



# Famille et droit publicRecherches sur la construction d'un objet juridique

Éric Millard

## ► To cite this version:

Éric Millard. Famille et droit publicRecherches sur la construction d'un objet juridique. Droit. Université Jean Moulin - Lyon III, 1994. Français. NNT : . tel-00012086

**HAL Id: tel-00012086**

**<https://theses.hal.science/tel-00012086>**

Submitted on 5 Apr 2006

**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.

# Famille et droit public

## Recherches sur la construction d'un objet juridique

Thèse pour le doctorat en droit nouveau régime

Soutenue publiquement le 6 décembre 2004 par

**Eric Millard**

### Jury

Madame Marie-Anne Cohendet, directrice de recherche

Messieurs :

Philippe Ardant

Jacques Chevallier

Antoine Jeammaud

Jean-Pierre Lassale

Jean-Arnaud Mazères

*« La famille est en France objet de politique  
avant d'être objet d'étude ».*

**Fournier, Questiaux et Delarue,**

Traité du social, p. 619.



*à mes parents,*

*à Laurence,*

*à Carole et Hugo.*



## REMERCIEMENTS

Rien ne se fait jamais seul.

Mes premiers remerciements vont à Marie-Anne COHENDET. Elle a su, avec une patience et une compétence de tous les instants, suivre cette recherche et la soumettre à une critique vigilante ; loin de la déformer, elle a pu au contraire me la faire percevoir plus clairement. Elle a toute ma reconnaissance, à laquelle je souhaiterais associer Daniel IMBERT, Antoine JEAMMAUD et Jean-Arnaud MAZERES : du début de cette entreprise jusqu'à son provisoire achèvement, j'ai trouvé auprès de chacun d'eux une disponibilité sans limite, un appui indéfectible et des conseils toujours pertinents.

Parce que la documentation est éparse, souvent orale, difficile d'accès pour un universitaire habitué aux balises des manuels, revues et thèses ; parce qu'aussi le parti pris d'une analyse transversale exige l'usage de concepts pour lesquels le juriste, trop souvent prisonnier de sa spécialisation, n'est pas formé, rien n'aurait été construit sans la contribution de celles et ceux qui m'ont écrit ou reçu et qui m'ont aidé à réunir des informations. Rappeler leurs noms dans une longue énumération serait sans doute vain et lassant. Ils se reconnaîtront ; qu'ils trouvent tous ici témoignage de ma gratitude.

Une dernière et amicale pensée va à celles et ceux qui ont accepté de lire et de critiquer les différentes versions du texte : Stéphane CAPORAL, Irène CROGUENEC, Emmanuel DOCKES, Nicole DOCKES, Delphine ESPAGNO, Marc FRANGI, Michel FRANQUES, Valérie LARROSA, Solange MIRABAIL, Claire NEIRINCK, Otto PFERSMANN, Olivier PHILIPPE. Nombre de développements doivent beaucoup à leurs lectures, et aux discussions parfois passionnées, toujours éclairantes, qui ont suivi. Leur travail fut particulièrement ingrat. Il ne fut pas pour moi le moins utile.





## ABREVIATIONS UTILISEES ET CONVENTIONS.

1 - Nous avons adopté la nomenclature des abréviations des principales références en matière juridique, élaborée en 1990 puis modifiée en 1993 par le Groupe des éditeurs de Droit, Sciences Economiques et Sociales du Syndicat national de l'édition. Cette nomenclature est reproduite après le texte (annexe 1).

2 - Nous indiquons préalablement les abréviations propres à cette thèse, non référencées dans ce document.

|          |                                                                                                                                                    |
|----------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| AFC      | Associations familiales catholiques                                                                                                                |
| AFEC     | Association française des établissements de crédit                                                                                                 |
| AFP      | Associations familiales protestantes                                                                                                               |
| AG       | Assemblée générale                                                                                                                                 |
| AIJC     | Annuaire international de justice constitutionnelle                                                                                                |
| APD      | Archives de la philosophie du droit                                                                                                                |
| APFS     | Associations populaires familiales syndicales                                                                                                      |
| CCAS     | Centre communal d'action sociale                                                                                                                   |
| CN       | Confédération nationale (suivi du nom de l'association)                                                                                            |
| (CN)AFAL | (Conseil national) des associations familiales laïques                                                                                             |
| CSCV     | Confédération syndicale du cadre de vie                                                                                                            |
| CSF      | Confédération syndicale des familles                                                                                                               |
| FAS      | Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles                                                                            |
| FF       | Familles de France (ex Fédération des FF)                                                                                                          |
| FR       | Familles rurales                                                                                                                                   |
| GAJA     | <i>Les grands arrêts de la jurisprudence administrative</i> ( MM. Long, Weil, Braibant, Delvolvé, Genevois), Sirey, 10 <sup>e</sup> édition, 1993. |
| GDCC     | <i>Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel</i> (Louis Favoreu et Loïc Philip), Sirey, 7 <sup>e</sup> édition, 1993.                       |
| GRMF     | Groupe pour la recherche sur les mouvements familiaux                                                                                              |
| IDEF     | Institut de l'enfance et de la famille                                                                                                             |
| INED     | Institut national des études démographiques                                                                                                        |

## VIII

|           |                                                                               |
|-----------|-------------------------------------------------------------------------------|
| MIRE      | Mission interministérielle recherche expérimentation                          |
| MRP       | Mouvement républicain populaire                                               |
| PDP       | Parti démocrate populaire                                                     |
| PP        | Proposition <sup>a</sup>                                                      |
| UDAF      | Union départementale des associations familiales                              |
| UFAC      | Union française des associations d'anciens combattants                        |
| UIOF      | Union internationale des organismes familiaux                                 |
| ULAF      | Union locales des associations familiales.                                    |
| (UN)ADMR  | (Union nationale des) associations d'aide à domicile en milieu rural          |
| (UN)MFREO | (Union nationale des) maisons familiales rurales d'éducation et d'orientation |
| UNAF      | Union nationale des associations familiales                                   |
| URAF      | Union régionale des associations familiales                                   |
| X (Dir.)  | Sous la direction de X                                                        |

3 - Nous avons chaque fois préféré la référence écrite à la référence informatique, même si, pour les décisions de justice par exemple, les deux supports existent. Ce n'est que lorsque le document est inédit sur papier que nous avons eu recours à l'indication d'une banque de données (Jade, Lexis, etc.) qui sont interrogeables soit sur CD-ROM, soit en ligne par le biais (entre autres) des services de recherches informatiques (RDI) des bibliothèques universitaires.

4 - Afin de limiter au maximum les surcharges et les répétitions, deux conventions ont été adoptées :

a - La mention (n. x) suivant une référence bibliographique renvoie à la note x de cette thèse, où a déjà été indiquée la référence complète.

b - Les références jurisprudentielles, et exceptionnellement constitutionnelles, législatives ou internationales, font l'objet d'annexes spécifiques en fin de thèse, où sont indiqués les références complètes et les enrichissements doctrinaux (notes, commentaires, etc.). Les notes infrapaginales de la thèse ne reprennent que l'identifiant simplifié et sont suivies d'un renvoi à ces annexes.

Exemple : Conseil Constitutionnel, 3 septembre 1986, Déc. 86-216 DC, (annexe).

---

<sup>a</sup> Bien que la liste du Groupe des éditeurs préconise de ne pas abrégé.

## ***SOMMAIRE.***<sup>a</sup>

INTRODUCTION.

PREMIERE PARTIE : LA FAMILLE, OBJET D'UNE PROTECTION.

Titre 1 : La détermination d'une technique de protection.

Chapitre 1 : L'absence de personnalisation juridique de la famille.

Chapitre 2 : La construction de la famille comme « paradigme »  
des prérogatives individuelles.

Titre 2 : Le choix d'un critère de protection, la « normalité ».

Chapitre 1 : Un droit fondamental, le droit de l'individu au  
respect de sa vie familiale normale.

Chapitre 2 : La protection de l'individu contre la famille  
anormale.

DEUXIEME PARTIE : LA FAMILLE, OBJET DE POLITIQUES.

Titre 1 : La famille, un objet à représenter.

Chapitre 1 : De la représentation de sujets à un objet représenté.

Chapitre 2 : L'institution représentative familiale, le « corps  
familial ».

Titre 2 : La famille, un objet administré.

Chapitre 1 : Le droit public au service d'une gestion publique de  
la famille.

Chapitre 2 : Le droit public de la famille, instrument du contrôle  
social.

CONCLUSION.

ANNEXES.

---

<sup>a</sup> On trouvera à la fin du volume la table analytique du texte avec indication de la pagination.



## **Introduction générale.**



1. Qu'un publiciste réfléchisse sur les relations entre sa discipline et la famille ne doit pas surprendre. La légitimité d'une telle démarche est maintenant bien admise, et les précédents doctrinaux en ont démontré la pertinence.

Dés l'époque classique du droit public, les plus illustres représentants de la doctrine française, notamment Léon Duguit <sup>1</sup>, Maurice Hauriou <sup>2</sup> ou Georges Renard <sup>3</sup>, n'avaient pas hésité à inclure la famille dans leur analyse générale du droit et de l'Etat. Au même moment en Allemagne, Georg Jellinek estimait que les relations qui existent nécessairement entre la famille et l'Etat devaient faire l'objet d'une étude spéciale au sein de la doctrine de l'Etat, et constatait notamment que certaines familles, très organisées et structurées, pouvaient « apparaître dans certaines conditions comme des groupements de puissance publique indépendants, et, partant, comme des embryons d'Etat » <sup>4</sup>. Ces auteurs ne faisaient alors que nuancer et moderniser une tradition plus radicale qui avait vu, sans réel succès, certains juristes de l'Ecole historique allemande, tel Savigny, ou des représentants de l'Ecole française de l'exégèse, comme Demolombe, se référer aux relations entre l'Etat et la famille, comprises explicitement comme des relations entre deux collectivités, pour ranger le droit de la famille au sein du droit public <sup>5</sup>.

Dans la doctrine contemporaine, d'importantes études spécifiques ont renouvelé l'intérêt des publicistes pour la famille.

En droit administratif, Philippe Ardant a ainsi montré les enseignements qu'il y avait à tirer du traitement que le juge réserve à la famille <sup>6</sup> ; d'autres auteurs sont venus enrichir cette analyse de la jurisprudence administrative <sup>7</sup>, et la croissance de la rubrique *Famille* dans les tables annuelles du « Recueil Lebon », tout comme l'apparition d'une entrée thématique autonome dans

<sup>1</sup> Cf. *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> édition, de Bocard, 1927-1930, et particulièrement les développements sur les actes juridiques. *Adde* nos développements *infra* § 83 et s.

<sup>2</sup> Dans ses analyses sur l'institution par exemple (*Aux sources du droit : Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée n° 23) et sur l'Etat (*Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2<sup>e</sup> édition, 1929) par exemple. *Adde* nos développements *infra* § 143 et s.

<sup>3</sup> *La théorie de l'institution : Essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930 ; *L'institution fondamentale : La famille*, in *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, 1933, p. 190 et s. ; *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 483 et s. ; *Le suffrage universel et la famille*, in Faculté de droit de Nancy, *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Sirey, 1930.

<sup>4</sup> *Introduction à la doctrine de l'Etat*, Fontemoing, 1904, p. 181-183.

<sup>5</sup> Rappelé par Jean Carbonnier dans sa préface à l'ouvrage de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983. On trouve la même analyse chez Durkheim.

<sup>6</sup> P. Ardant, *La famille et le juge administratif*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 23 et s.

<sup>7</sup> J. B. Geffroy, *La famille dans la jurisprudence administrative*, D. 1986, chron. I, p. 1 et s. ; F. Chauvin, *Le juge administratif et la famille, essai d'interprétation de la jurisprudence*, in *La terre, la famille, le juge*, études offertes à H. D. Cosnard, Economica, 1990, p. 269 et s.

la dixième édition des « Grands arrêts de la jurisprudence administrative »<sup>8</sup>, confirment chaque jour davantage la nécessité de telles études. L'introduction d'une dimension de science administrative dans l'approche juridique a permis de suivre directement l'intervention administrative, et de constater combien le thème de la famille peut y être présent, à travers les politiques sociales<sup>9</sup>, ou les services publics<sup>10</sup>.

En droit constitutionnel, Jean Boulouis s'était, pour sa part, attaché à expliquer la place marginale que semblait occuper la famille<sup>11</sup> ; le Conseil constitutionnel, en reconnaissant valeur constitutionnelle au droit pour l'individu de mener une vie familiale normale<sup>12</sup>, a rénové depuis la question, qu'une partie de la doctrine constitutionnaliste avait déjà entrepris d'aborder sous l'angle de la constitutionnalisation du droit privé<sup>13</sup>.

Il est enfin banal de rappeler combien certaines matières juridiques, au statut public ou privé parfois incertain, comme le droit social<sup>14</sup> ou le droit fiscal<sup>15</sup>, s'attachent directement à la famille.

Cet ensemble témoigne ainsi d'une activité des publicistes autour de la famille, qui n'est pas contestée par les civilistes spécialistes du droit de la famille<sup>16</sup> ; il est suffisant pour permettre, avec, il est vrai, des contributions qui ne sont pas toutes de droit public au sens le plus académique du terme, la publication d'un ouvrage fort dense consacré au *Droit non civil de la famille*<sup>17</sup>. Il faut sans doute y voir la conséquence de ce que l'Etat ne peut se désintéresser de la famille, et que son attention ne saurait se résumer à l'organisation par le droit privé des relations intrafamiliales : aux côtés du droit civil de la famille, il y a place pour des matières peut-être moins homogènes, sans doute moins explicites, mais qui incontestablement font foi de l'existence d'un droit public de la famille. Comme le relèvent ainsi avec beaucoup de justesse François et Marie-Françoise Rigaux, « [considérer] que la famille comme objet juridique [doit] relever du droit privé [...] procède peut-être d'une confusion entre le point de vue privé, celui des relations en soi

---

<sup>8</sup> M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé & B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative (GAJA)*, Sirey, 10<sup>e</sup> édition, 1993. Apparue d'abord comme sous-rubrique de la matière « étranger » dans l'index thématique (8<sup>e</sup> & 9<sup>e</sup> éditions), la « famille » est désormais un objet suffisamment important pour justifier de la part des auteurs un traitement immédiat.

<sup>9</sup> V. C. Debbasch & J. M. Pontier, *La société française*, Dalloz, 1991 ; J. Fournier, N. Questiaux & J. M. Delarue, *Traité du social*, Dalloz, 1989 ; M. T. Join-Lambert, *Politiques sociales*, Dalloz, 1994.

<sup>10</sup> Cf. A. de Laubadère, *Traité de droit administratif : les grands services publics*, t. 3, 3<sup>e</sup> édition, 1978, p. 497 et s. L'auteur consacre un titre entier à la famille.

<sup>11</sup> J. Boulouis, *Famille et droit constitutionnel*, in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, T. 1, p. 147 et s.

<sup>12</sup> 13/8/1993, Déc. 93-325 DC (annexe).

<sup>13</sup> V. notamment : L. Favoreu, *L'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les diverses branches du droit*, in *Itinéraires, Etudes en l'honneur de Léo Hamon*, Economica, 1982, p. 235 et s. ; M. Frangi, *Constitution et droit privé, les droits individuels et les droits économiques*, Economica, 1992 ; F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, RTD civ. 1982, p. 249 et s.

<sup>14</sup> Ainsi des grands manuels, qui consacrent tous de substantiels développements à la famille : par exemple E. Alfandari, *Action et aide sociales*, Dalloz, 4<sup>e</sup> édition, 1989 ; J. J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 1993.

<sup>15</sup> Par exemple D. Ponton-Grillet, *La famille et le droit fiscal*, D. 1987, chron. XXIV, p. 125.

<sup>16</sup> Rapp. H. Gaudemet-Tallon, V<sup>o</sup> *Famille*, Rép. civ. Dalloz.

<sup>17</sup> *Op. cit.* (n. 5).



irréductibles à toute appréhension juridique, et le point de vue institutionnel, le seul en définitive pour lequel la famille puisse constituer un objet juridique »<sup>18</sup> : si la famille est incontestablement, et avant toute chose, un objet pour la doctrine de droit privé, qui rend compte du cadre de relations individuelles en son sein, en tant qu'objet de droit positif, elle apparaît immédiatement comme un objet de droit public.

La nature privée de la famille d'un point de vue sociologique n'est alors pas en cause. Mais les problèmes que la famille pose en tant que fait social au droit positif d'une part, à l'étude juridique d'autre part, s'inscrivent dans une problématique de droit public : une problématique des « relations [entre les] Etats et [les] organisations ou [les] collectivités qui les regroupent ou les constituent »<sup>19</sup>. Celle-ci n'est en rien dépendante de la place réelle que le droit positif fait à la famille : quelle qu'elle soit, c'est-à-dire qu'il lui réserve un statut spécifique, qu'il l'ignore, ou qu'il l'envisage de manière indirecte – et nous verrons de ce point de vue que les choses sont complexes –, ce n'est pas sa nature de problématique de droit public qui est susceptible de changer, mais seulement la réponse que le droit y apporte.

L'approche est donc immédiatement celle du groupe par rapport à l'Etat, à la différence sans doute, pour l'essentiel, de celle qui dirige les analyses privatistes, centrées pour leur part sur les relations familiales entre individus. Pour autant, elle n'exclut pas l'appréhension des relations familiales des individus dans une perspective de droit public ; mais ces relations sont rapportées nécessairement à la relation primaire entre la famille et l'Etat, et partant médiatisées par elle.

2. Ce point admis, le publiciste qui entreprend d'étudier comment la famille est « saisie » par le droit public se trouve confronté à deux sentiments contradictoires. De prime abord, le sujet dégage à l'évidence une impression de déjà-vu. La notion de droit public accolée à celle de la famille semble renvoyer irrémédiablement aux relations entre l'Etat et la famille, si riches d'un point de vue historique et théorique (A). Cependant, il faut prendre garde à un sentiment trompeur : s'il est clair qu'envisager la famille par rapport au droit public revient à aborder à *nouveau* ce thème, et à en proposer une lecture d'un autre point de vue, l'étude juridique requiert ici la mise en oeuvre d'instruments spécifiques d'analyse, qui lui confèrent une autonomie certaine par rapport à une recherche d'histoire des idées politiques, de droit privé ou de science politique par exemple. Il convient alors de cerner les difficultés méthodologiques de la recherche (B), pour pouvoir les surmonter et proposer une problématique et un plan (C).

---

<sup>18</sup> *La famille devant le juge constitutionnel et le juge international*, in Présence du droit public et des droits de l'Homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, t. 3, Bruylant, 1992, p. 1712.

<sup>19</sup> V° *Public (Droit)*, in G. Cornu (Dir), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1992.

## A – Etat et famille : des rapports nécessaires et complexes.

3. « Liaison ambiguë »<sup>20</sup> ou « jeu de miroir »<sup>21</sup> : Etat et famille semblent inscrits dans un rapport inéluctable. Si la famille apparaît fréquemment comme le « groupement primaire, naturel et fondamental de la société »<sup>22</sup>, une « société naturelle »<sup>23</sup>, une « société civile établie par la nature »<sup>24</sup>, « l'élément naturel et fondamental de la société »<sup>25</sup>, voire le « fondement de l'Etat »<sup>26</sup> ou de « la Nation »<sup>27</sup>, Claude Lévi-Strauss nous prévient d'emblée que « rien ne serait plus faux que de réduire la famille à son fondement naturel »<sup>28</sup>. Elle est étroitement dépendante de la société dans laquelle elle se situe, et dans cette société, l'Etat ne peut pas ne pas avoir une influence déterminante.

4. Il n'est que de regarder l'importance du thème dans la littérature philosophique, juridique ou politique pour s'en convaincre : sa fréquence n'a d'égale que la diversité des solutions proposées<sup>29</sup>. Mais au-delà de celle-ci, c'est la place de l'Etat qui est toujours primordiale, parce que c'est la construction étatique qui est comprise comme susceptible de diriger le rapport entre l'Etat et la famille, pour la nier comme pour la protéger.

Ainsi, *La République*<sup>30</sup> de Platon ou *la Politique*<sup>31</sup> d'Aristote<sup>32</sup> s'opposent déjà, et pourtant se rejoignent : si l'idéal platonicien, en plaçant tout entière la famille au service de l'Etat, qui fixe son importance et contrôle sa force, ouvrait la voie à une approche interventionniste de l'Etat à l'égard de la famille, l'analyse aristotélicienne, quoique reconnaissant une légitimité, et donc une liberté, aux familles qui composent la Cité, ne fait pas moins de la Cité le seul garant de la liberté et de l'égalité, subordonnant l'autorité familiale à la volonté publique. Dans les deux cas,

---

<sup>20</sup> C. Debbasch & J. M. Pontier, *op. cit.* (n. 9), p. 266.

<sup>21</sup> C. Bruschi, *Essai sur un jeu de miroir : famille / Etat dans l'histoire des idées politiques*, in Association française des historiens des idées politiques, *L'Etat, la révolution française et l'Italie*, PUAM, 1990.

<sup>22</sup> *Constitution irlandaise du 1<sup>er</sup> juillet 1937*, art. 41.

<sup>23</sup> *Constitution italienne du 27 décembre 1947*, art. 29. Cf. R. Biagi Guerini, *Famiglia e Costituzione*, Seminario giuridico della Università di Bologna, Dott. A. Giuffré, Milan, 1989.

<sup>24</sup> Diderot (Dir.), *V<sup>o</sup> famille*, Encyclopédie.

<sup>25</sup> Art. 16-3 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (New-York, ONU, 10 décembre 1948 – annexe).

<sup>26</sup> *Constitution égyptienne du 11 septembre 1971*, art. 19.

<sup>27</sup> *Constitution grecque du 11 juin 1975*, art. 21.

<sup>28</sup> C. Lévi-Strauss, *Le regard éloigné*, Plon, 1983, p. 83.

<sup>29</sup> On trouvera une présentation des grandes analyses classiques, entre autres, dans l'article précité de C. Bruschi (n. 21), & dans J. F. Spitz, *L'Etat et la famille*, *Droits* n° 16, 1993, p. 59 et s.

<sup>30</sup> GF, 1966.

<sup>31</sup> Vrin, 1962.

<sup>32</sup> Pour une étude du concept de famille chez Aristote, Cf. C. Despotopoulos, *Sur la famille d'après Aristote*, *APD* t. 20, 1975, p. 71 et s.

sous l'angle de la liberté ou sous celui de l'intervention, il n'est de rapport entre l'Etat et la famille que nécessairement subordonné à l'Etat. La constance du thème jusqu'à nos jours est remarquable.

En contrepoint, le rapport entre Etat et famille tend à s'affirmer sur un double mode : génétique et métaphorique. Grande est la tentation d'abord de faire naître l'Etat de la réunion des familles : d'un point de vue logique, comme construction intellectuelle chez Hegel par exemple <sup>33</sup>, ou anthropologique, comme chez Engels <sup>34</sup>, un lien génétique immédiat est établi entre les deux réalités sociales que sont l'Etat et la famille. Ensuite, la métaphore familiale est d'une utilisation constante dans l'image explicative de l'Etat et de la communauté <sup>35</sup> ; la référence à la « famille humaine » dans les grands textes de l'ONU poursuit cette métaphore, en l'actualisant aux droits de l'homme <sup>36</sup>. Et surtout, l'approche métaphorique tend à être utilisée dans l'explication du pouvoir public. Le lien entre autorité paternelle et autorité publique chez Confucius est bien connu <sup>37</sup> ; la conception qui en résulte n'est pas éloignée en Occident de celle de Jean Bodin, qui comparait ainsi les structures étatique et familiale : « Ménage est un droit gouvernement de plusieurs sujets sous l'obéissance d'un chef de famille. République est un droit gouvernement de plusieurs ménages et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine » <sup>38</sup>. Et si John Locke, en critiquant la puissance paternelle, et l'analyse qu'en avait faite Sir Robert Filmer, dans le *Patriarcha* <sup>39</sup>, lorsqu'il l'appliquait à l'Etat, a fait du consentement, et donc de la volonté subjective, la caractéristique commune de la famille et du gouvernement, ouvrant à l'une et à l'autre les voies de la modernité, il demeure dans un parallèle où pouvoir familial et pouvoir public se répondent <sup>40</sup>.

L'ensemble de ces analyses s'accorde ainsi à faire de la relation Etat/famille une relation politique essentielle. L'identité entre les deux phénomènes, ou tout au moins leur ressemblance,

---

<sup>33</sup> *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 1963. Adde : P. Dupire, *Famille, besoin, travail et société civile chez Hegel*, in CURAPP, *La société civile*, PUF, 1986, p. 33 et s.

<sup>34</sup> *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, Editions Sociales, 1983.

<sup>35</sup> Cf. M. Borgetto, *Métaphore de la famille et idéologies*, in *Le droit non civil de la famille*, op. cit. (n. 5), p. 1 et s.

<sup>36</sup> Ainsi la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10/12/1948 commence par considérer « que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine... ».

<sup>37</sup> « Respectueux envers vos parents et bienveillant envers vos frères, vous ferez fleurir ces vertus partout sous votre gouvernement [...] Faire régner la vertu dans sa famille par son exemple, c'est aussi gouverner » (*Entretiens avec ses disciples*, Denoël, 1975, p. 17). Le lien chez Confucius est tel que, parce qu'il y a osmose fonctionnelle entre l'Etat et la famille, la famille peut être conçue comme un groupement de puissance qui s'oppose au Prince sans s'opposer à l'Etat : à un Prince qui encensait le témoignage d'un fils contre son père délinquant, Confucius répond « Dans mon pays, les hommes droits agissent autrement. Le père cache les fautes de son fils, et le fils, celles de son père. Cette conduite n'est pas opposée à la droiture. » (*ibid.*, p. 87)

<sup>38</sup> *Les six livres de la République*, cité par Jean Boulouis, *Famille et droit constitutionnel*, in *Mélanges Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, T. 1, p. 147 et s.

<sup>39</sup> L'Harmattan, 1991.

<sup>40</sup> Locke, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Vrin, 1977, p. 104 et s. Rapp. de cette analyse les écrits de B. de Jouvenel sur l'origine du pouvoir : *Du pouvoir*, Hachette, 1972, p. 121 et s. On peut alors remarquer qu'en légitimant ainsi l'autorité parentale par le bien des enfants, Locke, et avec lui l'école du droit naturel moderne, ouvrent paradoxalement « la voie aux théories qui feront de l'Etat l'arbitre de ce bien, [c'est-à-dire] jettent les bases idéologiques de l'intervention de l'autorité publique dans la famille comme celles du mouvement de libération des enfants. » (A. Dufour, *Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel moderne*, APD T. 20, 1975, p. 125).

est telle que la famille et l'Etat tendent à fonctionner de la même manière, et à s'opposer quant à la souveraineté que chacun exerce sur ses « ressortissants ». Si Platon et Aristote mettent la famille sous la coupe de l'Etat, c'est que, soit par rapport au « communisme » platonicien, soit par rapport à la liberté aristotélicienne, c'est-à-dire dans les deux cas par rapport à l'élément essentiel de l'Etat, la famille paraît un obstacle et un moyen : la famille génère les enfants, mais ceux-ci doivent être éduqués en commun pour échapper au particularisme familial nous dit Platon ; l'*oikia* chez Aristote est « une agrégation nécessaire au bon fonctionnement politique »<sup>41</sup>, qui ne doit pas cependant faire obstacle à la liberté individuelle défendue par l'Etat. Plus précisément, comme le montre Hegel, la famille est une étape indispensable du processus intellectuel constitutif de l'Etat, parce qu'elle remplit des fonctions indispensables à la constitution de l'Etat, ou à sa perception par l'individu – ce qui, s'agissant d'une construction intellectuelle et immatérielle, ne peut qu'être lié : fonctions de socialisation, d'éveil au collectif et à l'universel au-delà des perceptions égoïstes, fonction de reproduction et d'intégration des schémas de pouvoirs, etc. – ; cette étape doit cependant être dépassée, car sans ce dépassement, la famille apparaît comme un obstacle ou un frein à l'Etat. Il y a donc bien entre famille et Etat une dialectique, et une dialectique politique<sup>42</sup>.

5. Cette dialectique est sans doute irréductible : l'identité est trop forte entre les deux notions, la dépendance trop étroite, pour que cette relation soit parfaitement éclaircie, au moins, au-delà des théories, dans les institutions positives. La famille comme l'Etat sont un éternel recommencement : ce n'est pas tellement à l'échelle historique et globale que leur opposition se joue, mais plutôt au stade psychologique. Pour chaque individu, dans chaque famille, l'Etat, au moins l'Etat démocratique qui ne peut se reposer sur la seule force publique et doit mobiliser l'adhésion au moins autant que la contrainte, doit se constituer, c'est-à-dire s'imposer comme réalité souveraine, grâce et/ou contre la souveraineté familiale, contre une communauté et une solidarité plus proche de l'individu<sup>43</sup>, peut-être plus effective<sup>44</sup>, potentiellement concurrente de l'Etat pour la subjectivité individuelle<sup>45</sup> ; et dans le même temps, pour que les fonctions puissent

---

<sup>41</sup> A. Burguière & alii (Dir.), *Histoire de la famille*, t. 1, Armand Colin, 1994, p. 209.

<sup>42</sup> Pour approfondir, on pourra se reporter à un court et dense article de J. Commaille, qui énonce de manière très claire les problématiques que cette dialectique suscite : *Ordre familial, ordre social, ordre légal, éléments d'une sociologie politique de la famille*, l'Année sociologique, vol. 37, 1987, p. 265 et s.

<sup>43</sup> Cf. Informations Sociales, *Solidarités familiales*, n° 35/36, 1994.

<sup>44</sup> Il n'est pas neutre de constater à ce propos que 58 % des français, selon un sondage dont rend compte *La Croix* du 20/1/1994, font de la famille la valeur, pour eux, essentielle. Cette tendance a été également notée dans les réponses qui ont été apportées au questionnaire diffusé par le gouvernement auprès des jeunes durant l'été 1994.

<sup>45</sup> On peut recourir, pour mieux comprendre cette concurrence, au concept de « double bind » utilisé en psychiatrie, en l'aménageant au propos : ce concept témoigne de l'émission spontanée de deux ordres de message, se contredisant l'un l'autre. Si la famille assure des fonctions qui ne permettent pas à l'Etat de se présenter comme souverain, en ne socialisant pas l'individu, en n'assurant pas son développement physique et psychique, en ne reproduisant pas et en ne transmettant pas les valeurs civiques et morales constitutives de l'Etat, il y a un phénomène comparable au « double bind ». L'individu reçoit ainsi, en même temps, et souvent par la même voie (les parents, etc.) deux ordres contradictoires, se référant à deux systèmes de valeur contradictoires : situation schizophrénique pour le psychisme individuel, qui débouche sur une anomie sociale, c'est-à-dire sur l'absence de perception par l'individu des règles sociales, qui ne permet pas à l'Etat de s'imposer comme souverain. En revanche, ce sont alors les valeurs familiales qui peuvent apparaître à terme comme les valeurs

s'exercer dans un sens valorisant l'individu, valeur fondatrice de cet Etat démocratique, tous les moyens ne sont pas utilisables, et une large part de liberté pour la famille et ses membres est nécessaire. C'est ici alors que le droit prend une place particulière, en étant, relativement à la famille, un des moyens constituant l'Etat par rapport à elle, c'est-à-dire agissant sur les familles, en lui fixant un statut, pour l'inscrire dans un sens utile à l'Etat.

6. L'histoire confirme une telle dialectique. Le *politique* antique s'est incontestablement formé contre l'*économique* familial <sup>46</sup>. La reconstruction de l'Etat au Moyen-âge se fait contre le *domaine privé* où la famille règne en maître. Mais pour avoir mis en place des statuts juridiques différents concernant la famille, ces régimes politiques ont essentiellement entériné la puissance de fait du groupe. A l'inverse, la Révolution française nous offre le scénario idéal, où l'Etat, pour mobiliser de nouvelles valeurs, organise une réforme juridique de la famille, aussitôt suivie d'une autre, en même temps que les valeurs publiques changent avec l'empire <sup>47</sup>. S'ouvre alors une nouvelle vision du rapport Etat/famille, où celle-ci tend à s'effacer derrière l'individu, même, et peut-être surtout dans la vision napoléonienne de la famille, si dans les rapports individuels, et notamment entre le mari et la femme, ou entre le père et l'enfant, le droit reproduit ou introduit une situation de hiérarchie. Malgré tout, l'individu est mis au premier plan et, à la très notable exception de la période de Vichy qui, se réclamant d'autres valeurs, essaie de redonner une place importante à la famille <sup>48</sup>, c'est cette tendance à la prise en compte de l'individu qui domine les relations entre l'Etat moderne et la famille. Néanmoins, comme nous l'avons constaté cette prise en compte de l'individu ne signifie pas et ne peut pas signifier disparition de l'intérêt de l'Etat à l'égard de celle-là : si le droit privé est alors, pour la famille, le droit des relations entre individus, et si, logiquement puisque l'individu est au centre de la conception moderne de la famille, ce droit privé occupe la place essentielle de l'interrogation juridique, le droit public, parce qu'il peut proposer une conception alternative et complémentaire du rapport Etat/famille, n'est pas absent de cette interrogation.

Il n'est alors pas étonnant de voir que de nombreux instruments juridiques, ayant vocation à organiser le pouvoir politique, sont utilisés pour tenter de délimiter un tel rapport. En droit international, on ne compte plus les références à la famille, soit pour constater sa place

---

intégrées par l'individu, parce que plus concrètes, vécues par lui : contraires à celles de l'Etat, elles inscrivent pour l'individu la famille comme la seule institution souveraine. Sur le concept de double bind, Cf. G. Deleuze & F. Guattari, *L'anti-Oedipe, capitalisme et schizophrénie*, p. 94 et s. On pourra également rapprocher de ceci, dans une perspective plus consciente du conflit entre les prescriptions étatiques et les prescriptions des institutions non-étatiques, le classique conflit entre la loi de la famille (le coeur) et celle de l'Etat (la raison) qui joue un rôle si important dans la représentation collective (théâtre, éthique, etc.).

<sup>46</sup> Il n'est peut-être pas inutile de rappeler que le terme *économie* vient de *oikia*, qui signifie en grec, comme nous l'avons vu avec Aristote, *maison* ou *famille*. L'*économique* est donc bien, avant toute chose, ce qui a trait à la maison.

<sup>47</sup> Cf. I. Thèry & C. Biet (Dir.), *La famille, la loi, l'Etat de la révolution au code civil*, Imprimerie Nationale, Paris, 1989.

<sup>48</sup> Cependant ce régime, poursuivant l'oeuvre entreprise par la L. du 18/2/1938 supprimant l'incapacité de la femme mariée, va avec la L. du 22/9/1942 participer à une profonde réforme modernisant le droit de la famille, qui sera achevée par les grandes lois des années 60-70 (et notamment la L. du 13/7/1965 sur les régimes matrimoniaux).

essentielle au sein de la société <sup>49</sup>, soit pour protéger l'individu, dans sa famille <sup>50</sup>, ou dans son droit à la famille <sup>51</sup>. Et l'ONU a déclaré 1994 « Année internationale de la famille » <sup>52</sup>, en se donnant pour objectif d' « édifier la plus petite démocratie au coeur de la société ». En droit comparé, nombre de constitutions illustrent également de manière explicite la relation dialectique et constitutive entre l'Etat et la famille <sup>53</sup> : par exemple en Allemagne <sup>54</sup>, en Chine <sup>55</sup>, en Espagne <sup>56</sup>, en Iran <sup>57</sup>, en Italie <sup>58</sup>, en Irlande <sup>59</sup>, au Portugal <sup>60</sup> ou en Turquie <sup>61</sup>. Et l'on peut constater alors que de telles consécutions constitutionnelles transcendent largement les oppositions idéologiques ou culturelles.

La place de la France dans ce mouvement explicite apparaît, en revanche, singulièrement en retrait : si la famille est bien mentionnée dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 <sup>62</sup>, elle est absente du corps du texte de 1958, et n'est même pas explicitement évoquée par l'article 34 précisant le domaine législatif. Cette discrétion n'est pas propre à la V<sup>e</sup> République : si l'on excepte les textes de la période de Vichy, logiquement diserts au regard du familialisme affiché du régime <sup>63</sup>, seule la II<sup>e</sup> République a pu, dans la Constitution du 4 novembre 1848 <sup>64</sup>, se préoccuper explicitement de la famille. Il existe donc incontestablement en France une tradition de relatif silence à l'égard de la famille. Cela est d'autant plus surprenant que la France est, dans le même temps, un des rares pays à affirmer avoir une politique familiale spécifique <sup>65</sup>. Aussi cette

---

<sup>49</sup> Par exemple : Déclaration universelle des droits de l'Homme (New-York, ONU, 10 décembre 1948), Art. 16 ; Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ONU, 16 décembre 1966), art. 10 ; Déclaration des libertés et droits fondamentaux (Parlement européen, Union européenne, 12 avril 1989), art. 7 ; Charte sociale européenne (Conseil de l'Europe, Turin, 18 octobre 1961), art. 16 ; Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme (Bogota, 2 mai 1948), art. 6. Ces textes sont présentés, avec d'autres, en annexe.

<sup>50</sup> Parmi les plus importants : Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ONU, 18 décembre 1979) ; Convention relative aux droits de l'enfant (ONU, New-York, 20 novembre 1989) – annexes –.

<sup>51</sup> Notamment : Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Rome, 4 novembre 1950), Art 8 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ONU, 16 décembre 1966), art. 17 ; Convention relative aux droits de l'enfant (ONU, New-York, 20 novembre 1989) – annexe –.

<sup>52</sup> Résolution 44/82 du 8/12/1989.

<sup>53</sup> Il faut également penser aux dispositions déjà citées concernant l'Egypte (n. 26) ou la Grèce (n. 27). Un ensemble de dispositions pertinentes est reproduit en annexe à cette thèse.

<sup>54</sup> *Constitution du 11 août 1919*, art. 119, & *Loi fondamentale du 23 mai 1949*, art. 6.

<sup>55</sup> *Constitution de la République populaire de Chine du 4 décembre 1982*, art. 49.

<sup>56</sup> *Constitution espagnole du 29 décembre 1978*, art. 39.

<sup>57</sup> *Constitution de la République islamique de l'Iran du 4 décembre 1980*, § 10.

<sup>58</sup> *Constitution italienne du 27 décembre 1947*, art. 29.

<sup>59</sup> *Constitution irlandaise du 1<sup>er</sup> juillet 1937*, art. 41.

<sup>60</sup> *Constitution portugaise du 25 avril 1976*, art. 67.

<sup>61</sup> *Loi Constitutionnelle turque de 1982*, art. 41.

<sup>62</sup> Alinéa 10 « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

<sup>63</sup> *Projet de Constitution du maréchal Pétain*, Art. 5 « L'Etat reconnaît les droits des communautés spirituelles, familiales, professionnelles et territoriales au sein desquelles l'homme prend le sens de sa responsabilité sociale et trouve appui pour la défense de ses libertés ».

<sup>64</sup> Préambule, art. IV : « [La République] a pour principe la Liberté, l'Egalité et la Fraternité. Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre Public ».

<sup>65</sup> L'adoption d'une loi relative à la famille a montré récemment que, pour ne pas être toujours très lisible, l'intervention de l'Etat était aussi effective que diverse : L. du 25/7/1994.

tradition n'est-elle pas pour autant révélatrice d'un désintérêt, comme le confirme l'actualité récente du droit public. L'année 1993 a connu la constitutionnalisation du droit à la vie familiale normale <sup>66</sup>et, en 1995, les cérémonies commémoratives du cinquantenaire de l'ordonnance du 3 mars 1945, instituant l'Union nationale des associations familiales, inciteront à réfléchir sur le statut que les pouvoirs publics réservent à la famille, au travers de l'organisation officielle d'une représentation familiale <sup>67</sup>. Il faut alors dépasser le laconisme des instruments juridiques, pour définir les conditions qui permettront d'analyser les rapports Etat/ famille sous l'angle du droit public.

## B – Famille et droit public : conditions d'une analyse.

7. Pour pouvoir présenter quelque intérêt dans la compréhension des relations entre l'Etat et la famille, une étude portant sur la famille et le droit public doit répondre à un certain nombre d'exigences d'ordre méthodologique. Si le droit public est un instrument important de ces relations, il ne constitue pas l'unique instrument juridique, et le droit lui-même, pris globalement, n'est pas seul à intervenir efficacement et effectivement dans cette relation. Dès lors, les conditions de pertinence de l'analyse doivent être précisées : il faut savoir ce que l'on cherche, pour envisager comment et où le chercher, puisque aussi bien, « on ne cherche que ce qui est absent là où on le cherche » <sup>68</sup>.

8. L'intitulé du sujet : *Famille et droit public*, délimite le domaine de l'étude en se référant à deux termes. Leur définition n'est pas aisée *a priori*.

Souligner la polysémie du terme *famille* est très banal. En dehors de la sphère juridique, les discours cognitifs admettent cette polysémie à la fois comme condition et comme résultat de l'étude. Les historiens <sup>69</sup> envisagent ainsi, sous le même vocable, des réalités aussi différentes que, par exemple, la *familia* romaine – selon le Digeste, « grand nombre de gens soumis soit par le

---

<sup>66</sup> 13/8/1993, Déc. 93-325 DC – annexe- .

<sup>67</sup> Ord. n° 45-323 du 3/3/1945.

<sup>68</sup> Emir Abd-el-Kader, *Ecrits spirituels*, Le seuil, 1982. La phrase sert d'avertissement au livre de R. Lourau, *Actes manqués de la recherche*, PUF, 1994.

<sup>69</sup> Comme introduction, on pourra se reporter à plusieurs articles concernant l'histoire dans l'ouvrage collectif : F. de Singly (Dir.), *La famille, l'état des savoirs*, Editions La Découverte, 1991 ; V. également : *Histoire de la famille*, (n. 41). Les ouvrages qui suivent, classiques de l'étude historique sur la famille, apportent de nombreuses informations, même s'ils sont plus orientés autour du thème moderne (qu'ils ont contribué à imposer) des relations dans la famille, qu'autour de celles entre la famille et l'Etat : P. Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Seuil, 1973 ; J. L. Flandrin, *Familles : parenté, maison, sexualité dans l'ancienne société*, Seuil, 1984 ; E. Shorter, *Naissance de la famille moderne*, Seuil, 1977.

droit, soit par la nature, au pouvoir du père de famille » <sup>70</sup> –, la *famille-souche*, où le père désigne un héritier, qui demeure avec sa femme et ses enfants au foyer des parents, alors que ses frères et soeurs sont exclus, ou la *famille nucléaire* moderne, limitée aux parents et à leurs enfants <sup>71</sup>. Les anthropologues agissent de même, et nous ont montré que, du point de vue tout au moins des formes familiales, les diversités étaient grandes <sup>72</sup>. On pourrait multiplier les exemples, notamment en sociologie <sup>73</sup>, en psychiatrie <sup>74</sup>, ou en psychanalyse <sup>75</sup>. Un tel usage du terme famille ne tend pas à gommer l'apparition de réalités diverses (patrimoniales – les biens affectés ou appartenant à la famille – et extrapatrimoniales – le pouvoir dans la famille, par exemple –, communauté de vie ou parenté, etc.) sous un vocable unique ; la pluralité de sens est au contraire assumée par la recherche scientifique, mais elle est subsumée dans la construction d'une catégorie générique, construite comme objet d'étude : la famille. Par-delà les différences, une identité est ainsi saisie ou postulée.

Les juristes, pour leur part, ont du mal à proposer une définition de la *famille*. Le droit positif n'en donne pas, et les dictionnaires juridiques ont une attitude très révélatrice à cet égard : soit ils recensent les multiples usages que le droit positif fait du terme <sup>76</sup>, usages parfois contradictoires – par exemple, une définition peut inclure parents et enfants (famille nucléaire) <sup>77</sup>, alors qu'une autre limite la famille aux seuls enfants <sup>78</sup> et qu'une troisième l'élargira à d'autres membres <sup>79</sup> –, soit ils l'ignorent purement et simplement, semblant implicitement dénier que ce concept puisse concerner le droit <sup>80</sup>. En toute hypothèse, parce que les définitions que les juristes pourraient construire de la famille mobiliseraient nécessairement des concepts juridiques (définition par rapport à l'alliance, ou définition par rapport à la parenté, par exemple), c'est-à-dire des concepts construits par le droit, et variables selon les systèmes juridiques qui procèdent à cette construction, de telles définitions ne peuvent avoir d'efficacité cognitive que de manière très relative (au sein d'un système juridique donné), et ne peuvent prétendre lever l'imprécision que le droit manifeste à l'égard de la famille.

---

<sup>70</sup> *Digeste* 50, 16, 195, 2, cité in *Histoire de la famille*, op. cit. (n. 41), t. 1, p. 254.

<sup>71</sup> On parle à l'inverse de famille élargie dès lors que d'autres éléments de parenté se joignent à cette structure, ou que cette structure familiale est absorbée dans une structure plus grande. Nous aurons l'occasion d'observer, en analysant le droit positif, que celui-ci peut supposer aussi bien la famille nucléaire que la famille élargie : Cf. particulièrement *infra*, titre 2 de la 1ère partie.

<sup>72</sup> Cf., ici encore pour introduire, les contributions à l'ouvrage dirigé par F. de Singly, *op. cit.* (n. 69) ; pour une problématique d'ensemble, on relira l'article que C. Lévi-Strauss a consacré à *La famille*, in *op. cit.* (n. 28).

<sup>73</sup> Pour introduire, F. de Singly, *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, 1993.

<sup>74</sup> Par exemple : R. D. Laing, *La politique de la famille*, Stock, 1972

<sup>75</sup> V. les *Leçons*, de Pierre Legendre, Fayard, par exemple.

<sup>76</sup> C'est ce que fait par exemple le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de G. Cornu, *op. cit.* (n. 19)

<sup>77</sup> En matière d'autorité parentale par exemple.

<sup>78</sup> Dans le cadre de l'abandon de famille notamment, ou dans le statut réservé aux mères de famille.

<sup>79</sup> Par exemple en matière de Conseil de famille (art. 408 C. civ.) : « Le juge choisit les membres du Conseil de famille parmi les parents ou alliés des père et mère du mineur [...] ».

<sup>80</sup> Par exemple, F. de Fontette, *Vocabulaire juridique*, Que-sais-je ? n° 2457, PUF, 3<sup>e</sup> édition 1991, qui passe directement du *fait* à la *faute*.



9. A l'inverse, le *droit public* paraît se prêter plus aisément à une définition, ou tout au moins être moins mouvant que le concept de « famille ». Très académiquement, on pourra le présenter comme « l'ensemble des règles juridiques concernant la complexion, le fonctionnement, et les relations des Etats et des organisations ou des collectivités qui les regroupent ou les constituent »<sup>81</sup>. Simple, cette définition demande cependant à être précisée de deux points de vue : sa validité générale d'une part, et d'autre part sa validité pour l'étude.

D'un point de vue général, il faut compléter cette définition en incluant dans le champ du droit public un certain nombre de relations que l'Etat et d'autres personnes publiques entretiennent avec les individus. Il faut ensuite observer que le droit public constitue ainsi une branche du droit positif, un mot d'ordre<sup>82</sup>, davantage qu'une discipline de la science juridique ; c'est alors essentiellement à son étude, c'est-à-dire à une étude du droit actuel français, que nous nous essaierons.

Dans ce cadre, il convient de noter que c'est à travers les relations impliquant l'Etat et une entité non étatique (la famille), que nous serons conduit à envisager le droit public : une grande part du droit international ne relèvera dès lors pas de l'analyse ; cependant, il est incontestable que le sujet ne peut se limiter à la seule étude du droit interne, puisque aussi bien des notions telles que le regroupement familial, ou d'autres issues du droit européen des droits de l'homme, par exemple, viennent éclairer utilement le sujet. Selon la manière ensuite dont on abordera la famille, et notamment comment on la situera par rapport au concept de « collectivités qui constituent l'Etat », le champ du droit public pour le sujet connaîtra de très larges variations. Cela nous amène à pressentir que cette définition du *droit public* peut seulement être prise dans une fonction utilitaire, pour aborder la recherche et permettre une première approche analytique ; en retour, l'étude pourra obliger à la nuancer, à la modifier, ou à la reconstruire. Car en fin de compte, une analyse portant sur la famille et le droit public est, au-delà d'une analyse *de* droit public, une analyse *du* droit public. Si le droit public peut, éventuellement, contribuer à une meilleure connaissance de la famille, notamment par la description du contenu des normes, il est clair que la manière dont il appréhende la famille permet aussi, et surtout, au juriste de réfléchir sur l'instrument : le droit, en tant qu'il se donne pour objet la famille.

10. Ainsi, les définitions de la *famille* d'une part, du *droit public* d'autre part sont-elles déterminées par les relations qui existent entre elles. Notamment, il faut convenir que, en ce qui concerne le concept de « famille », la définition est étroitement dépendante, pour l'étude juridique, de la relation dynamique s'établissant entre deux phénomènes différents, le phénomène juridique et le phénomène familial.

---

<sup>81</sup> V° *Public (Droit)*, in G. Cornu (Dir), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1992.

<sup>82</sup> Rappr. C. Eisenmann : Régimes de droit public et régimes de droit privé, in *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, p. 301 et s., & *Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle)*, RD publ. 1952, p. 903 et s. V. également M. Troper, *L'opposition public - privé et la structure de l'ordre juridique*, Politiques et management, vol. 5, n°1, mars 1987, p. 181 et s.

Le sous-titre : *Recherches sur la construction d'un objet juridique*, explicite alors cette relation, en s'attachant à la dynamique qui s'y manifeste : une dynamique de construction et d'appropriation de l'un des termes (la famille) par l'autre (le droit public). On peut en effet admettre avec Michel Troper, au moins comme hypothèse de départ qu'il faudra soumettre ensuite à la critique, que « la famille n'est pas [ici, c'est-à-dire dans la sphère juridique] un objet naturel, [qu'elle] n'a même aucune existence en dehors du droit qui la régit [et qu'elle est] seulement un objet juridique ou, si l'on préfère, un objet construit ou constitué par le droit » <sup>83</sup>.

Un tel sous-titre indique ainsi ce que l'on entend chercher dans l'étude : un mouvement constructif, celui par lequel le droit public construit, ici, la famille. Il implique comment le chercher.

**11.** Les imprécisions que nous venons de noter dans les définitions ne nous semblent pas constituer un obstacle dirimant à notre entreprise. Rappelant François Perroux, nous admettrons que la polysémie n'est pas un handicap aussi lourd qu'il paraît de prime abord, et que « ces repères suffisent s'ils sont pris pour donner le départ, [et] non, bien sûr, pour désigner un aboutissement ni même délimiter un champ de la théorie et de l'analyse ; la science telle que nous la concevons aujourd'hui, ne se déduit pas de définitions » <sup>84</sup>.

Une des conditions essentielles de l'analyse est bien alors d'accepter de lier les deux sujets, pour montrer comment ils se définissent, dans une relation dialectique. Or, en nous attachant ainsi à ce lien et au mouvement qui en résulte, nous nous interdisons de prétendre traiter directement l'ensemble des sujets connexes qui concernent le droit public et la famille.

Ainsi, parce qu'il s'agit de rendre compte d'une construction, nous ne prétendons pas rendre compte de l'objet construit. Nous n'avons pas comme objectif de bâtir ce qui pourrait constituer, au sens académique, un « droit public de la famille », discipline aux côtés, ou à la place, du droit privé de la famille : une description raisonnée et exhaustive des règles de droit public ayant trait à la famille, établie à partir de la synthèse des différentes matières de droit public. L'intérêt d'une telle étude serait évident, ne serait-ce que pour mieux révéler à quel point la matière est riche, et il est probable que nombre de publicistes, voire de privatistes, spécialistes du droit de la famille, seraient surpris par l'ampleur qu'aurait une telle recherche. Cependant, elle ne saurait se confondre avec la nôtre, parce qu'elle tend à donner une image arrêtée du droit public et de la famille. Ce type d'approche ne permettrait de percevoir la famille que de manière très indirecte, au travers de textes épars et de niveaux différents, en droit international et communautaire, comme en droit interne, depuis la Constitution jusqu'aux actes administratifs les plus communs. La jurisprudence, éclatée et limitée à la solution de points précis et fragmentaires, ne serait pas plus éclairante. Quant à la doctrine, il faut convenir qu'elle manifeste pour l'essentiel

---

<sup>83</sup> M. Troper, Intervention au séminaire du Haut Conseil de la Population et de la Famille, *Du politique et du social dans l'avenir de la famille*, Paris, 6 et 7 février 1990, Doc. fr., 1992, p. 179.

<sup>84</sup> F. Perroux, *Pouvoir et économie*, Bordas, 1973, p.4.

à l'égard de la question de la famille un intérêt limité. S'il est vrai que certaines études, dont nous avons rendu compte, ont su faire admettre la légitimité d'une lecture de droit public, aux côtés du droit civil de la famille, la question apparaît malgré tout « à la marge ». Comme cela a pu être noté lors d'un colloque organisé par le ministère de la Recherche et celui des Affaires sociales autour du thème « Recherches et famille », cette lecture se heurte à l'absence de statut du champ social<sup>85</sup> dans le domaine juridique. Notamment, « le cloisonnement des disciplines à l'Université paraît influencer la contradiction entre la situation réelle du droit social à la frontière du droit public et du droit privé, et son rattachement au droit privé pour le concours d'agrégation : pour celui-ci, la spécialisation en droit civil garde une importance primordiale (ce qui a probablement un effet sur le nombre restreint d'orientations vers le droit social au niveau de la thèse) »<sup>86</sup> ; on pourrait alors ajouter que ce rattachement tend, pour de nombreux publicistes, à produire le même effet « repoussoir » : rattachée au droit privé, la matière mérite-t-elle de retenir le publiciste ? Ainsi reste-t-elle largement dans un brouillard, qui la laisse entrevoir, mais où elle n'est pas regardée. Cette situation impressionniste n'est pas sans avantages pour l'Etat : la construction de l'objet « famille », largement implicite, est aussi, et par là même, libre et souple. Cette construction ne préjuge d'aucune politique, elle laisse la porte ouverte à une grande palette d'interventions. Mais ces avantages, compréhensibles, ne sauraient satisfaire le juriste. En effet, l'illisibilité globale et apparente des techniques mises en oeuvre ici cache ce qui peut apparaître l'essentiel : la manière dont l'Etat construit par le droit public l'objet « famille », donc la politique du droit qu'il mène en la matière. S'attacher à rendre compte de la construction revient à essayer de dissiper le brouillard qui entoure l'objet juridique construit, en tout cas à en montrer la cohérence juridique. Nous cherchons bien un mouvement constitutif : *à la seule description de la structure du droit, nous semble préférable, pour sa compréhension, le suivi de sa génération.*

Une autre interrogation, pourtant essentielle, ne sera pas non plus au centre de notre analyse : c'est celle des rapports entre deux branches du droit (droit constitutionnel et droit civil de la famille par exemple), dans une perspective de recherche sur la constitutionnalisation des branches du droit<sup>87</sup>.

Cela ne signifie pas que ces problématiques seront systématiquement ignorées. Le pourraient-elles ? Nous les utiliserons, mais elles ne constituent pas l'élément dynamique de l'analyse, qu'il nous faut dès lors préciser.

---

<sup>85</sup> L'auteur emploie le concept de droit social dans un sens sans doute plus sociologique (le droit qui traite du champ social) que technique et juridique (droit du travail, de la sécurité sociale, etc.), ce qui n'est d'ailleurs pas sans poser des problèmes logiques, sur lesquels nous reviendrons (Cf. particulièrement le dernier chapitre de la thèse). Nous retiendrons nous-mêmes généralement ce sens, pour signaler, sous réserve de précisions, le champ social comme ce qui n'est ni le domaine politico-juridique, ni le domaine privé et intime.

<sup>86</sup> *Actes du colloque du 26 janvier 1983 à l'UNESCO*, RF aff. soc., n° 4, Octobre-décembre 1983, p. 137. Rapp. de l'étude de J. F. Niort, *La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité*, RRJ, 1994, p. 773 et s.

<sup>87</sup> Cette problématique a été singulièrement éclairée par les études citées note 13.

12. Il convient, semble-t-il, de partir non de ce que l'on croit être ou devoir être la famille *a priori*, en tant qu'élément sensible, empiriquement observable et soumis à un régime juridique, mais de la famille telle qu'elle se dégage du droit, telle qu'elle apparaît comme notion intelligible, relevant d'une interprétation qui lui donne un ou plusieurs sens ou significations. Ce qu'il faut ainsi rechercher, comme l'indique Jean-Arnaud Mazères à propos de notions qui partagent avec la famille un caractère polysémique, le marché et la Nation, n'est pas tant « la constatation seulement descriptive du rapport d'un objet au droit qui le règle, mais l'interrogation sur la signification de ce rapport : l'analyse se déplace alors sur le terrain du dégagement de l'intelligibilité de ce rapport [...] La question devient celle de l'interprétation par le droit de cette notion »<sup>88</sup>.

Ainsi doit-on admettre que le droit n'a pas le monopole de la construction de la famille, et que cet objet est aussi bien un objet sociologique, religieux, politique, etc., en fonction du système qui procède à sa construction. Nous rencontrons donc un objet qui est appréhendé par plusieurs constructions intellectuelles, souvent en relation les unes avec les autres<sup>89</sup>, ce qui oblige à comprendre la construction juridique de la famille par rapport à la spécificité de l'Etat lui-même, en tant qu'ordre juridique, donc en tant que construction. Aussi la construction juridique de la famille ne peut-elle être détachée de la relation qui existe entre l'Etat et la famille : elle constitue au sens le plus complet l'expression d'une politique du droit. Pour pouvoir être saisie, elle suppose qu'on puisse s'attacher aussi bien, dans la construction, à l'objet construit qu'à l'objet qui construit : à l'unilatéralité du discours juridique, qui constate la construction par le droit public comme un résultat, doit être substituée une approche phénoménologique<sup>90</sup>, qui considère l'Etat, dans cette relation constructive, non comme un axiome, ce qui est le propre des analyses positivistes<sup>91</sup>, mais comme un phénomène social, c'est-à-dire un phénomène dont la nature sociale est apte à éclairer la construction juridique à laquelle il soumet<sup>92</sup> un autre phénomène social : la famille.

---

<sup>88</sup> J. A. Mazères, *Marché et Nation : essai d'approche juridique*, Université des sciences sociales de Toulouse, mars 1994, p. 16.

<sup>89</sup> Comme l'a montré notamment Jack Goody (*L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Armand Collin, 1983), l'Eglise a influé sur la construction d'un système de comportements et d'interdits familiaux, qui sont devenus la règle commune. On peut ajouter que jusqu'à une période récente tout au moins, et à l'exception de certains milieux très minoritaires (libertaires, etc.), l'image de la famille propagée par l'Eglise a été l'image dominante dans l'ensemble du milieu politique, y compris dans la tradition socialiste française, ou dans la tradition syndicale et/ou communiste. Sur ces points, Cf. la bibliographie proposée par D. Renard, *La famille comme catégorie de l'action socio-politique*, MIRE, 1988, particulièrement au chapitre IV.

<sup>90</sup> Sur la phénoménologie en droit, Cf. la thèse de P. Amselek : *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit, essai de phénoménologie juridique (Méthode phénoménologique et théorie du droit)*, LGDJ, 1964.

<sup>91</sup> La question de l'Etat, dans cette perspective, est métajuridique ; la science du droit n'a pas à s'en préoccuper. L'Etat est l'ordre juridique (axiome) et la science du droit se préoccupe du fonctionnement valide de cet ordre.

<sup>92</sup> Une première convention de langage doit être précisée. Même si, comme nous le verrons, l'Etat n'est pas pour nous tout le droit, nous concevons l'Etat comme un ordre juridique : « Etat = droit ». En tant qu'ordre juridique, il est évident que l'Etat est une simple construction intellectuelle et immatérielle qui ne saurait en elle-même avoir une quelconque volonté ou capacité d'agir. Mais en tant que phénomène social, l'Etat est un objet construit pour et par quelque chose. Son institution n'est ni naturelle ni aléatoire. Elle est le fruit d'éléments complexes. Certains sont invariants et d'autres varient, certains sont explicites et d'autres obscurs et cachés, certains relèvent d'une volonté consciente et d'autres de déterminations diverses, etc. Ainsi, par commodité d'écriture, pourrions-nous fréquemment écrire « l'Etat veut ... » ou comme ici « l'Etat

**13.** L'analyse institutionnelle nous semble permettre cette approche. Aussi nous appuierons-nous sur elle, non pas parce qu'elle constituerait pour nous un idéal en soi, mais parce qu'elle s'est imposée à nous dès lors que nous avons cherché à comprendre la génération du droit et que, pour reprendre l'heureuse expression de Jacques Mourgeon, « s'enracinant dans la sociologie pour jaillir vers le droit »<sup>93</sup>, elle est apparue apte à éclairer efficacement notre projet de recherche<sup>94</sup>.

**14.** L'analyse institutionnelle suppose, à la différence des théories classiques sans doute, que l'on considère le droit comme une réalité qui apparaît dès qu'un groupe atteint une certaine cohérence : *ubi societas, ibi jus*, selon le mot de Cicéron. Le groupe constitue alors une *institution*, qui génère du droit, mais qui n'est pas créée par du droit, même si le droit lui permet de durer. Le mot *institution* fait ainsi référence non à un groupe institué par le droit<sup>95</sup>, mais à « une construction intellectuelle qui va au-delà de la description pour tenter de constituer un modèle explicatif, s'appliquant à l'Etat et au droit »<sup>96</sup>. Cette analyse a donné naissance à des théories nombreuses, diverses, et se déployant dans tous les champs de la connaissance sociale : sociologie, philosophie, politique, économie, etc.<sup>97</sup>. Ces théories ne sont pas constitutives d'une école

---

soumet » sans pour cela prêter une quelconque vie à cette construction. Simplement, nous voulons dire de manière courte et lisible que l'ensemble des phénomènes, conscients ou inconscients, explicites ou implicites, politiques, économiques ou autres, qui influent sur l'ordre juridique « Etat », et participent à sa construction, sont tels qu'un sens se dégage de cet ordre juridique sans que l'on puisse dire que tel gouvernement, tel groupe de pression, etc., a voulu explicitement ce sens – en revanche, lorsque tel serait le cas, nous ne dirions pas « l'Etat veut », mais « telle personne veut » –.

<sup>93</sup> Cf. *La répression administrative*, LGDJ, 1967.

<sup>94</sup> La notion même d'institution pourrait aisément faire encore l'objet de plusieurs thèses en droit, pour en présenter la genèse et en proposer une réelle critique. Nous n'avons ici nulle prétention de présenter de manière complète et objective un tel concept, qui est à nos yeux fondamental pour une compréhension du droit. Rejoignant en cela Jacques Chevallier (*L'analyse institutionnelle*, in *L'institution*, PUF, 1981, p. 3 et s.), nous nous servirons dans ce travail de l'analyse institutionnelle en ne retenant que les critères de l'opérationnel et de l'efficace, pour comprendre la construction du concept de famille par le droit public. Cela nous conduira donc à nous placer essentiellement au niveau interinstitutionnel de l'analyse, niveau dynamique et en perpétuelle évolution pour la constitution des institutions elles-mêmes, qui est par ailleurs celui qui pose le plus de problèmes à l'analyse institutionnelle, qu'elle soit ou non juridique (Cf. R. Hess & M. Authier, *L'analyse institutionnelle*, PUF, 1993, spécialement 4<sup>e</sup> partie).

<sup>95</sup> Au sens des *institutions politiques et administratives*, par exemple.

<sup>96</sup> J. A. Mazères, *Théories institutionnelles de la connaissance juridique*, cours de DEA de droit public, Université de Toulouse 1, 1994.

<sup>97</sup> V. pour une approche pluridisciplinaire R. Lourau, *L'analyse institutionnelle*, Editions de minuit, 1970, & V<sup>o</sup> *Institutions*, Encyclopaedia Universalis. Comme introduction, on pourra consulter : J. Chevallier (Dir.) : *L'institution*, PUF, 1981 ; G. Deleuze, *Instincts et institutions*, Hachette, 1955 & *Présentation de Sacher-Masoch*, Minuit, 1967 ; R. Hess & M. Authier, *L'analyse institutionnelle*, PUF- L'éditeur, 1993 ; R. Hess & A. Savoye, *L'analyse institutionnelle*, Que-sais-je ? n° 1968, PUF, 2<sup>e</sup> édition 1993 ; N. McCormick & O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit, nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, 1992 ; S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975 ; J. P. Sartre, *Critique de la raison dialectique*, t. 1 *Théorie des ensembles pratiques*, Gallimard 1960 ; A. Touraine, *La voix et le regard*, Seuil, 1978 . On trouvera de nombreux éléments de bibliographie complémentaire dans ces ouvrages et dans l'article de Y. Tanguy : *L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou, actualité d'une doctrine*, RD publ. 1991 n° 1 p. 61 et s. Certaines approches, dans des disciplines diverses, mériteraient enfin d'être précisées par rapport à ce que l'on entend dans le monde des juristes par analyse institutionnelle. On pense notamment à certains courants émergeant en Economie, dont *a priori* la problématique rejoint des interrogations institutionnalistes : outre le cas maintenant bien connu de François Perroux (Cf. notamment *Pouvoir et économie*, Bordas, 1973), des recherches seraient à entreprendre en direction de l'Ecole française de la régulation, de l'Ecole néo-institutionnaliste ou de l'Ecole française conventionnaliste (V. *Revue économique* n° 2, 1989, «L'économie des conventions », spécialement à partir de la définition de la convention comme « une régularité qui a sa

unique, et l'on rencontre des approches institutionnelles aussi bien dans une conception proche du jusnaturalisme <sup>98</sup> que dans une approche se réclamant de l'analyse positiviste <sup>99</sup>. Pareillement, il semble que ces théories ont été mobilisées par des auteurs aux conceptions politiques divergentes, voire opposées, et que l'institution puisse avoir une connotation positive (chez Maurice Hauriou par exemple, l'institution est synonyme d'équilibre) ou négative (chez Sartre, à l'inverse, l'institution s'inscrit dans un mouvement de décadence collective). L'analyse institutionnelle, au-delà de ces oppositions théoriques, permet de rendre compte juridiquement de phénomènes sociaux parce qu'elle prend l'existence du droit au sérieux, pour détourner le titre d'un ouvrage célèbre de Ronald Dworkin <sup>100</sup>, c'est-à-dire parce qu'elle considère le droit comme une réalité liée à la nature sociale de l'institution.

**15.** En refusant ainsi la construction idéaliste du droit, c'est-à-dire la construction qui fait de l'Etat un axiome, pour appréhender directement le fait juridique comme fait social, on se donne la possibilité de comprendre le droit dans son existence et dans son contenu en se référant à sa réalité institutionnelle et sociale. Loin de toute prétention d'établir une théorie pure du droit, coupé de sa réalité sociale, ce réalisme primordial nous conduit à aborder sociologiquement le droit, sans établir alors de hiatus entre le droit et ce qui n'en serait pas <sup>101</sup>. Comme le précise Jean-Arnaud Mazères <sup>102</sup>, l'idée de « connexion » caractérise toute analyse institutionnelle. Elle met en évidence le refus d'introduire une double césure dans le champ de la recherche : refus de la césure entre le droit et le non-droit, d'une part ; et d'autre part, refus de la césure entre l'individu et les collectifs. Cela ne suppose pas que toute chose soit juridique. En revanche, cela signifie que l'étude du droit ne saurait se limiter à la seule prise en compte de ce qui se présente explicitement comme du droit. Ainsi peut-on identifier, d'une part, le droit comme phénomène social, c'est-à-dire lié à l'existence d'un fait social qui génère des phénomènes juridiques, constitutifs d'ordres juridiques divers, comme par exemple l'Etat, l'entreprise ou la famille, et, d'autre part, le droit généré par tel ordre juridique particulier, par exemple le droit positif s'agissant de l'Etat.

Le fondement épistémologique de l'analyse est ainsi lié à la constatation de l'existence sociale de l'institution. Dès lors que le droit n'est pas un phénomène propre à l'Etat, mais attaché à la discipline organisationnelle du groupe, rendre compte de manière descriptive du droit positif ne peut se limiter à rendre compte de manière isolée de cette réalité sociale. Le droit ne peut être décrit réellement sans tenir compte de sa constitution. Cela est vrai, bien sûr, pour une connaissance globale des phénomènes juridiques, connaissance qui n'est pas purement ou

---

source dans les interactions sociales, mais qui se présente aux acteurs sous une forme objectivée », ou comme « représentation collective permettant une coordination *a priori* des anticipations individuelles »).

<sup>98</sup> Maurice Hauriou, Georges Renard, etc.

<sup>99</sup> Neil MacCormick, Ota Weinberger, Paul Dubouchet, etc.

<sup>100</sup> *Taking rights seriously*, Duckworth, Londres, 1991.

<sup>101</sup> A l'inverse de la démarche de certaines sociologies du droit, de celle de Jean Carbonnier notamment : Cf. *Flexible droit : Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ.

<sup>102</sup> *Cours cité*, (n. 96).

exclusivement juridique au sens classique. Mais cela l'est aussi pour une connaissance du droit positif lui-même. Il n'est pas possible, *a priori*, d'estimer que la structure du système juridique, son fonctionnement et son effectivité, ou le contenu des règles qui le composent, ne dépendent pas, pour partie, des modalités de constitution de ce système comme fait social.

Nous ne quittons pas pour autant le terrain de la description et de la compréhension pour nous engager sur un terrain prescriptif. Si cette description des conditions de production du droit tient effectivement compte du phénomène politique ou des données sociales, ce n'est pas pour tenir un discours politique sur le droit, mais pour décrire où se rencontre le Politique. Cela a, en fait, deux effets qui ne sont pas nécessairement liés : d'une part, rendre au politique son rôle premier et essentiel en montrant où et comment il intervient, ce qui permet *éventuellement* de tenir alors, au-delà, et dans un autre cadre, un discours prescriptif (c'est-à-dire de politique juridique), assumé comme tel ; et d'autre part, décrire comment l'objet d'étude se constitue et apparaît. En ce sens, au risque de heurter les tenants d'une orthodoxie doctrinale, le projet n'est pas fondamentalement différent de celui qu'affiche la démarche positiviste. Mais l'analyse du point de vue interne au système juridique, à laquelle se limite le positivisme, est élargie au point de vue externe. Il ne s'agit pas de décrire uniquement l'ordonnement juridique, mais bien de lier cet ordonnement à sa génération. Là où le positivisme prétend étudier un fait *in abstracto*, nous cherchons à étudier un fait situé, à mettre en évidence ses déterminations éventuelles, à décrire non ce qui est dans le fait, mais le fait lui-même, ce qui inclut naturellement ce qui est à l'intérieur <sup>103</sup>.

Parce qu'il se limite à l'analyse interne d'un fait, le positivisme peut poser comme axiome que ce fait est unique, et ne voir du droit que dans l'Etat. A l'inverse, parce qu'en analysant l'Etat comme phénomène on s'intéresse aux conditions de sa juridicité, on peut, sans nier que l'Etat puisse présenter des particularités, considérer que le phénomène de juridicité ne lui est pas propre <sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> En qualifiant le droit de fait, nous ne livrons pas un paradoxe gratuit, mais nous nous référons, en fin de compte, à une analyse du droit comme fait social, telle qu'on la trouve dans la sociologie française (par exemple : Durkheim) ou dans la doctrine juridique (par exemple : Hauriou).

<sup>104</sup> Préciser une deuxième convention de langage s'impose alors. Nous tenons pour équivalentes désormais, comme nous y invite le *Vocabulaire juridique* (n. 19), les expressions « système » et « ordre » juridiques. Nous ne réservons pas le terme « juridique » au droit positif, pour opposer des ordres normatifs à l'ordre juridique. Nous voulons, en effet, montrer que le concept d'ordre juridique par rapport à celui d'ordre normatif n'est pas autonome par sa nature, et que, bien au contraire, cette juridicité est commune au droit de l'Etat (droit positif), et au droit généré par d'autres situations sociales. Les analyses qui réservent le terme « juridique » à l'Etat ne se fondent pas sur le résultat d'une appréciation de la nature de l'Etat, mais sur un axiome préalable : la norme fondamentale, établissant la césure entre le juridique et le non-juridique, la juridicité de cette norme fondamentale étant ainsi rejetée dans le métajuridique. Dans notre analyse, nous voulons nous attacher à montrer que cette césure est elle-même construite par l'Etat (droit positif), et fait partie de la manière dont l'Etat se constitue : elle est un élément de sa légitimité, et non un élément de sa juridicité. Nous ne pouvons donc accepter, au regard de nos prémisses, la discrimination entre droit positif et autres situations normatives dites non-juridiques, puisque, justement, notre analyse s'attache à considérer la construction de cette discrimination : le système juridique étatique n'est pas opposé aux systèmes normatifs ; il est un système normatif dont la spécificité est de se constituer et de se présenter comme ordre unique, et dans cette présentation, le recours à l'idée de monopole juridique n'est pas indifférent. Le terme

Il s'agit alors très précisément de considérer que la connaissance du phénomène juridique doit être globale et non partielle, qu'elle ne peut être scindée en diverses sciences, et que les conditions de constitution de l'objet ont des incidences sur l'objet lui-même. C'est pourquoi on doit admettre que la connaissance interne du système juridique n'est pas la connaissance du droit ; qu'une science du droit, si elle prétend exister et si elle peut être, doit intégrer la réalité sociale de celui-ci pour étudier si, et comment, cette réalité influe sur le droit. Trois niveaux d'analyse doivent alors être conjointement mobilisés pour rendre compte des phénomènes juridiques en général, et du droit positif de l'Etat en particulier <sup>105</sup>.

**16.** Le premier niveau est celui de la connaissance des faits sociaux, qui présente les institutions comme des réalités sociales fondant la juridicité de certains ordres.

Au-delà du préalable de l'existence réelle des institutions, il faut approfondir par des analyses sociologiques ou politiques, par exemple, la spécificité de chaque type institutionnel, ses modalités et ses enjeux. Surtout, il faut considérer et préciser comment le fait social des relations entre institutions, ou entre individus, dans les institutions ou entre elles, se présente, c'est-à-dire comment les systèmes juridiques tiennent compte de ce qui leur est extérieur.

Ce niveau de l'analyse conduit à poser la question de la fonction sociale du droit comme instrument d'action extérieur, dans le champ interinstitutionnel. A cet égard doit être envisagée la spécificité du droit positif relativement à la prétention de l'Etat au monopole sur son territoire, c'est-à-dire relativement à l'idée de souveraineté. Il faut ainsi s'attacher à la fonction intégratrice de l'Etat, qui tend à assimiler toutes les institutions existantes en établissant leur statut dans son ordre juridique. Mais il faut aussi rechercher pourquoi, et comment, l'Etat arrive à se présenter comme l'institution globale, c'est-à-dire comment se construit la supériorité et l'extériorité de l'Etat par rapport aux individus et aux autres institutions. Cela suppose de confronter le discours juridique produit par l'Etat, en tant qu'institution spécifique, au phénomène généalogique de l'Etat comme institution sociale réelle <sup>106</sup>.

**17.** Un deuxième niveau mobilise les règles de l'Etat lui-même pour analyser comment ces règles s'articulent, sont édictées, voire respectées ou sanctionnées. Il s'agit de l'analyse juridique au sens classique du terme, ou dogmatique juridique <sup>107</sup>. L'approche positiviste <sup>108</sup> propose à cet

---

*droit* revêt alors, dans cette constitution, non une dimension descriptive d'une réalité attachée au seul ordre de l'Etat, mais une fonction idéologique qui tend à transformer une différence de degré en différence de nature.

<sup>105</sup> Ce classement en trois niveaux n'implique ni une hiérarchie entre les trois niveaux, ni une chronologie, qui serait déjà en soi une césure. C'est bien de manière conjointe que ces trois niveaux sont mobilisés. L'ordre suivi ici ne vise qu'à clarifier la présentation.

<sup>106</sup> V. pour une problématique de cette analyse J. A. Mazères, *Réflexions sur la génération du droit administratif*, in *Mélanges offerts à Max Cluseau*, IEP Toulouse, 1985, p. 439 et s.

<sup>107</sup> Rappr. M. Troper, *Pour une définition stipulative du droit*, *Droits* n° 10, 1989, p. 104. Paul Amselek parle pour sa part de technologie juridique, Charles Eisenmann de casuistique juridique, Antoine Jeammaud d'approche dogmatico-doctrinale, et Hans Kelsen de propositions de droit.

<sup>108</sup> Même si la question de l'effectivité n'est pas pour elle pleinement pertinente.



égard une grille d'analyse permettant la mise en oeuvre d'instruments objectifs de connaissance interne. Si l'on ne peut suivre la prétention kelsénienne de fonder la science du droit uniquement sur cette dogmatique, sans se poser la question de la juridicité du système juridique de l'Etat, c'est-à-dire sans se poser en tant que juriste la question de l'extériorité de ce système, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit de rendre compte, non du système, mais de l'articulation et du fonctionnement des règles dans le système.

**18.** Un troisième niveau de la connaissance juridique établit la connexion entre les deux analyses précédentes, en s'attachant à rendre compte de la politique du droit.

L'effort porte bien alors sur la politique du droit, et non sur la seule politique législative. Il s'agit de montrer comment, dans le milieu social (premier niveau de l'analyse), l'Etat se constitue <sup>109</sup> en tant que système juridique spécifique, par le recours au droit positif (deuxième niveau d'analyse). Il faut pour cela effectuer un perpétuel va-et-vient entre les deux niveaux évoqués, et analyser comment le fait social appelle la norme, et comment la norme modifie le fait social. Il faut essayer ici de faire la part du volontarisme et du déterminisme dans l'édiction du droit de l'Etat, dévoiler le non-dit juridique par une mise en perspective d'un ensemble d'éléments divers (droit positif, faits sociaux, politiques publiques, etc.).

Ce niveau d'analyse est essentiel, car il tend à montrer, quant à l'Etat, la forme spécifique que prend la constitution de sa juridicité, c'est-à-dire la constitution de l'Etat comme système juridique hégémonique. C'est ici, à notre sens, que l'approche institutionnelle peut se révéler enrichissante, et tendre à constituer la connaissance du droit comme science.

C'est aussi à ce niveau que la question de la valeur éthique du droit peut être appréhendée. D'un point de vue éventuellement prescriptif dans le cadre d'une politique juridique, mais surtout d'un point de vue descriptif dans le cadre de la connaissance du droit, la question du « juste » se pose au niveau d'une politique étatique du droit. Qu'il soit fait appel à une vérité immuable, délivrée (théologie ou droit naturel, par exemple) ou construite (raison pure), ou bien qu'une raison pratique se construise et évolue par l'éthique de la discussion, c'est à ce stade que l'analyse institutionnelle isole la question de la vérité éthique qui se constitue. Sans entrer davantage dans un débat de philosophie du droit, il semble d'ailleurs que la construction progressive de la raison pratique par l'éthique de la discussion, sur laquelle se retrouvent par exemple Jürgen Habermas et John Rawls <sup>110</sup>, corresponde à l'impératif évolutif de la constitution politique de l'Etat tel que le découvre l'analyse institutionnelle. S'il n'exclut pas le recours à un

---

<sup>109</sup> *Se constitue* et non *s'est constitué* comme l'analyse classique le suppose : l'analyse institutionnelle cherche comment à chaque moment l'Etat s'adapte au fait pour réussir ce « miracle social » que représente son existence ; l'analyse classique prétend, elle, rendre compte d'un fait achevé alors que c'est à une constitution perpétuelle qu'il faut s'attacher.

<sup>110</sup> Sur cette parenté d'analyse, V. l'entretien accordé par J. Rawls à C. Delacampagne, *Le Monde* daté du 30/11/1993 & les ouvrages d'Habermas (notamment : *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987 ; adde la présentation par J. Lenoble in P. Bouretz (Dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Paris, 1991, p. 163 et s.) et de Rawls (notamment : *Théorie de la justice*, Seuil, 1987).

certain nombre de valeurs immuables (constitutives des valeurs essentielles autour desquelles l'institution Etat se constitue)<sup>111</sup>, le caractère fondamental de l'Etat, *en devenir* pour réaliser son hégémonie dans le champ social, c'est-à-dire en perpétuelle évolution et constitution pour pouvoir être souverain dans une société qui évolue, semble indissociable d'une idée à la fois évolutive et consensuelle du juste.

19. Ces trois niveaux permettent la compréhension du mouvement constructif par lequel l'Etat, dans le droit public, se saisit de la famille en tant que réalité sociale pour en proposer une construction juridique. L'analyse institutionnelle paraît susceptible de rendre compte de cette construction juridique ; elle nous semble apte à proposer une lecture juridique des relations entre famille et droit public, au-delà du caractère épars et peu explicite du droit positif.

## C – Problématique et plan.

20. Dans les Etats démocratiques et libéraux qui placent l'individu au premier plan, la famille, parce qu'elle peut apparaître comme un risque pour les libertés individuelles de ses membres, et comme un obstacle à l'emprise, à la souveraineté et à la généralité étatique<sup>112</sup>, est l'objet d'un mouvement que l'on peut découper, pour la compréhension, en deux éléments simultanés et complémentaires.

D'une part, la famille est renvoyée prioritairement à la sphère de l'intimité<sup>113</sup>. La dialectique qu'elle entretient avec l'Etat la rejette hors du domaine politique d'abord, de l'espace public ensuite<sup>114</sup>. D'autre part, cette dialectique ne doit pas exclure totalement la famille du champ de l'intervention étatique. L'Etat se priverait, en effet, d'une structure dont il a besoin, parce qu'elle remplit des fonctions fondamentales pour la construction de l'Etat et pour l'exercice de sa souveraineté : fonctions de socialisation, d'éducation, de solidarité, de transmission des valeurs morales, civiques et patrimoniales, etc.

La politique qui résulte de ces deux éléments, apparemment contradictoires, ne repose pas alors sur une séparation véritable entre l'espace public et l'espace privé, mais sur la reconstruction, dans l'espace public, du modèle de cette séparation : la *summa divisio* juridique

---

<sup>111</sup> Est-ce dans ce rapport du figé et du mouvement que peut s'incarner le concept d'intégrité proposé par Ronald Dworkin ? Il faudrait pouvoir consacrer de longs développements pour s'en assurer. Mais de prime abord, et au-delà des termes, il semble bien qu'il n'y ait pas contradiction entre l'équilibre que recherche l'analyse institutionnelle et celui que propose Dworkin, à défaut d'y voir une identité. Cf. *L'empire du droit*, PUF, 1994.

<sup>112</sup> Pour nous limiter à un exemple que l'on considérera peut-être comme marginal, mais qui, en toute hypothèse, témoigne bien des possibilités d'opposition entre famille et Etat, et de construction d'une société autour de la puissance familiale, Cf. A. J. Ianni, *Des affaires de famille, la mafia à New-York*, Plon, 1972.

<sup>113</sup> Rapp. H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy/ Presses Pocket, 1983.

<sup>114</sup> Cf. J. Habermas, *L'espace public*, Payot, 1978.

entre droit privé et droit public. Elle se manifeste dans la soumission, pour l'essentiel, de la famille au droit privé, en tant que cadre de relations individuelles.

Apparaît ainsi une dynamique générale, dans laquelle la famille est déconstruite par le droit en tant que réalité sociale pour pouvoir être mieux reconstruite et réinsérée par lui dans l'espace public comme objet idéalisé, modélisé et fonctionnalisé.

**21.** Alors, en nous en tenant au système juridique français, on constate la prégnance d'une approche utilitariste, qui inscrit, au-delà d'évolutions nécessaires, en relation avec l'évolution sociale, la famille et l'Etat dans une continuité fonctionnelle. La construction juridique dans son ensemble tend ainsi à assurer la maîtrise étatique de cette continuité, par un mouvement qui doit parvenir, dans une construction toute marquée par l'individualisme des droits de l'homme et du citoyen, à protéger à la fois la famille et l'individu, et qui renvoie le fait familial à l'intimité et aux affaires privées, pour constituer la famille comme un objet juridique.

**22.** C'est au regard de ce mouvement que doit être situé le droit public. Si, de prime abord, il semble simplement y participer, une analyse plus approfondie montre que c'est pour y présenter des caractéristiques essentielles et originales. En effet, le droit public permet à la fois de protéger l'individu dans sa vie familiale, et de faire de la famille l'objet de politiques publiques. Ces deux éléments sont en réalité liés.

D'une part, le droit public assure très directement la protection juridique de la famille : en ramenant la famille à des relations individuelles régies par le droit privé, le droit semble exclure la famille de la problématique des corps intermédiaires entre l'Etat et l'individu, qui s'inscrirait tout naturellement dans le droit public ; mais, parce que le droit saisit ces relations individuelles par référence à des fonctions dans le cadre familial, et qu'il garantit l'exercice de ces fonctions comme un droit fondamental pour les individus, de valeur constitutionnelle, c'est par le droit public que la famille est protégée. Et parce que cette protection n'est pas accordée à toutes les familles, mais seulement à celles qui, qualifiées par le droit de « normales », remplissent leur fonction dans le sens que requiert l'Etat, c'est encore le droit public qui permet la réalisation de la politique de l'Etat, c'est-à-dire qui lui donne, d'abord, l'assurance qu'il pourra compter sur la famille comme élément socialisant l'individu, l'ouvrant à l'universel et permettant ainsi sa construction, et, ensuite, lutter contre celle qui freine ou s'oppose à cette construction, celle qui lui fait ainsi concurrence auprès de l'individu, parce qu'elle s'intercale entre lui et ce dernier pour générer des comportements et des valeurs qui ne sont pas compatibles avec les siens.

D'autre part, cette construction juridique ne s'arrête pas à la protection de la famille normale comme référent des fonctions individuelles que garantit le droit public. Parce qu'elle propose une protection indirecte, elle construit l'objet « famille » d'une manière abstraite qui permet à l'Etat une liberté d'action politique à l'égard de l'objet juridique. Et parce qu'elle fait de la famille un référent fonctionnel, elle la construit comme un moyen d'action pour l'Etat. Là où le droit privé se saisit seulement des relations individuelles au sein du groupe familial, le droit public

peut, à partir de l'objet juridique « famille » qu'il construit, tendre en retour à reconstruire la réalité sociale. Ce faisant, il inscrit la famille dans une perspective de contrôle social, par la mise en oeuvre de techniques juridiques assurant sa représentation et son administration. La famille est ainsi l'objet d'une représentation officielle dans la sphère du pouvoir et celui d'une administration directe ou indirecte. Elle est l'objet de politiques, qui la maintiennent dans une logique d'instrumentalisation, pour les besoins de l'Etat.

**23.** En définitive, le droit public apparaît donc comme un instrument permettant à l'Etat de reconstruire la réalité sociale s'attachant aux relations qu'il a avec la famille. Derrière la construction de l'objet juridique *famille*, il faut montrer comment l'Etat entend protéger la seule famille qui, dans ses formes et surtout dans ses fonctions, est utile à sa propre construction ; mais il faut poursuivre la démonstration au-delà, et s'attacher à révéler comment cette même construction, qui protège la famille en lui conférant un statut d'objet juridique, ouvre en même temps la possibilité de l'inscrire dans la logique de l'intervention publique. Cette construction du droit public traduit ainsi une cohérence dans la politique de l'Etat : c'est pour permettre que soient remplies les fonctions assurées par la famille qui lui sont utiles que l'Etat, à travers la construction par le droit public d'un objet *famille*, fait de celle-ci l'objet d'une protection (1<sup>ère</sup> partie) et l'objet de politiques (2<sup>e</sup> partie).

**Première partie :**  
**la famille, objet d'une protection.**



**24.** L'Etat en France protège la famille. Cela paraît ressortir clairement du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dont l'alinéa 10 dispose que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Elle est renforcée et complétée par nombre de dispositions internationales, qui engagent la France <sup>115</sup>, ainsi que par des dispositions législatives. Ainsi, aux termes de l'article premier de la loi relative à la famille du 25 juillet 1994 : « La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société. C'est sur elle que repose l'avenir de la Nation » ; une telle valeur nécessite une prise en compte par le droit.

On peut, cependant, se demander si les termes très généraux de telles dispositions constituent davantage que des affirmations de principe, fussent-elles le fait d'instruments constitutionnels, pour pouvoir être considérées comme une réelle protection. Il peut être tentant d'évacuer ces dispositions dans l'ordre des énoncés programmatiques et non normatifs, en regrettant éventuellement l'absence de dispositions plus précises, comme celles que l'on peut rencontrer dans d'autres constitutions <sup>116</sup>.

Cela ne serait pourtant pas satisfaisant, tout au moins si l'on s'en tient à cette appréciation, sans rechercher directement dans l'ordre juridique les manifestations de cette protection. Or, une telle recherche conduit à constater que cette protection de la famille est réelle. Il faut cependant s'efforcer, pour la percevoir, de lever deux voiles.

D'une part, il faut arriver à déterminer, parmi les multiples techniques juridiques qui existent, celle(s) qui protège(nt) l'institution ; il convient donc de rechercher comment la protection de la famille est assurée, ce qui nous invite à nous interroger sur la manière dont le collectif familial est appréhendé par le droit pour être construit comme statut juridique d'un fait social, et sur la signification du recours à une technique spécifique : le paradigme collectif de fonctions individuelles érigées en droit fondamental (titre 1).

D'autre part, il faut se demander si l'ensemble des faits sociaux ainsi construits comme « famille » par le droit sont pareillement protégés : à cet égard, on constate que le droit fait apparaître une démarcation entre des familles normales, qu'il protège, et des familles anormales, qui ne bénéficient pas de cette protection et qui sont au contraire combattues par le droit. Il faut alors rendre compte de la construction d'un droit de l'homme à la famille normale comme modalité générique de protection juridique de la famille (titre 2).

---

<sup>115</sup> La plupart d'entre elles sont rappelées en annexe et seront envisagées en cours de développement (particulièrement aux § n° 176 et s.).

<sup>116</sup> Cf. les textes présentés en introduction (§ n° 6) et en annexe.

## ***TITRE 1 : LA DETERMINATION D'UNE TECHNIQUE DE PROTECTION.***

25. Le système juridique français actuel est principalement ordonné autour d'une idéologie individualiste, fruit de l'héritage révolutionnaire des droits de l'Homme, et d'une technique qui la réalise : la personnalité juridique.

Le premier moyen, en tout cas le plus direct et le plus explicite, par lequel l'Etat peut protéger une réalité sociale tient alors à cette technique : en érigeant une telle réalité en sujet de droit, grâce à la personnalisation. C'est ce qu'il fait très généralement pour les individus. C'est ce qu'il fait aussi parfois pour les réalités collectives, consacrées comme personnes morales ; il nous faut voir que tel n'est pas le cas pour la famille. Cela n'est pourtant pas nécessairement la démonstration d'une absence de protection juridique de la famille.

Nous allons voir, en effet, qu'il est d'autres techniques juridiques pour protéger les réalités collectives, sans les transformer pour autant en sujets de droit. Le seul sujet de droit reste la personne physique, et la dimension collective est saisie au travers du statut de l'individu, médiatisée par celui-ci. N'étant pas sujet de droit, cette réalité collective sociale est ainsi objet du droit positif, plus ou moins explicite, plus ou moins saisissable, mais pourtant bien présent au travers du statut du sujet individuel. Le collectif apparaît alors comme un paradigme, c'est-à-dire « un cadre de relations, [...], une référence implicite des normes de droit [...], mais une référence indéfinissable, promise à de constants ajustements et peu opératoire lorsqu'il s'agit d'appliquer certaines règles qui la visent [...] » <sup>117</sup>. Telle est bien la manière dont le droit appréhende l'institution sociale qui nous retient et construit la famille comme objet juridique.

Il nous faut ainsi montrer que la famille n'est pas consacrée par le droit comme un sujet de droit (chapitre 1), mais bien comme un paradigme, ce qui conduit à rechercher sa protection au travers de la construction d'un objet du droit positif (chapitre 2).

---

<sup>117</sup> A. Jeammaud, *Irréductibilité du droit du travail à une organisation de l'entreprise*, extrait d'un ouvrage à paraître. Adde G L'Huilier, *Le « paradigme » de l'entreprise dans le discours des juristes*, *Annales Economies, sociétés, civilisations*, 1993, p. 329 & A. Supiot, *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, *RTD com.* 1985, p. 621.



## **CHAPITRE 1 : L'ABSENCE DE PERSONNALISATION JURIDIQUE DE LA FAMILLE.**

**26.** L'analyse du droit positif ne fait pas apparaître directement une personnalisation juridique de la famille (section 1).

Cependant, une partie de la doctrine a prétendu que, ce droit positif n'excluant pas explicitement la personnalisation, celle-ci pouvait se justifier en droit. Les arguments invoqués en ce sens ne semblent pas totalement convaincants (section 2).

Ce décalage entre le droit positif et les analyses d'une partie de la doctrine quant à la personnalisation de la famille est riche d'enseignements. Il permet de saisir la dynamique politique qui aboutit au refus de consacrer la famille comme sujet juridique, et révèle ainsi les limites, au regard de cette dynamique, de l'enjeu juridique lié à la personnalisation de la famille (section 3).

## **SECTION 1 : LE DEFAUT DE CONSECRATION EN DROIT POSITIF.**

27. Il ne suffit pas de constater l'absence de règle de droit positif érigeant la famille en personne morale pour pouvoir affirmer que la famille n'est pas un sujet de droit. Encore faut-il préalablement rappeler en quoi la personnalité morale est une technique juridique qui, quelle que soit par ailleurs l'existence réelle d'un collectif social, ne trouve à s'exercer que dans la sphère juridique.

En cela, seule l'analyse de cette personnalité comme une fiction juridique peut permettre d'apprécier l'état du droit positif. Mais cela implique que l'on appréhende totalement toute personnalité juridique comme une fiction, qu'il s'agisse de la personnalité morale ou de la personnalité physique, c'est-à-dire qu'on la considère véritablement et seulement comme une technique juridique s'appliquant à des situations diverses, collectives ou individuelles, indépendamment de tout autre considération (§ 1).

Une fois présenté le mécanisme de la personnalisation, il est possible de tirer les conséquences du silence du droit positif en matière de personnalisation de la famille (§ 2).

## **§ 1 – La personnalité morale, une technique juridique.**

28. La notion de personnalité morale a donné lieu à de nombreux débats en doctrine. Si ces questions ne sont pas toutes définitivement tranchées, il faut cependant reconnaître que le débat est aujourd'hui moins vif qu'auparavant.

La consécration fréquente de cette technique par le droit positif n'est pas étrangère à cette évolution. L'Etat, les collectivités territoriales et les établissements publics se voient ainsi dotés de longue date en droit public français d'un statut personnalisé ; en droit privé, les exemples sont également nombreux : sociétés, associations, fondations ou syndicats, notamment. La reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales <sup>118</sup> confirme, si besoin était, qu'il ne saurait plus être question de nier l'existence du concept juridique.

Le point qui, en revanche, demeure débattu concerne la nature de cette personnalité. Préexiste-t-elle à sa traduction en droit positif ? Certaines décisions jurisprudentielles le laissent penser. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu énoncer, dans un arrêt célèbre <sup>119</sup>, une formule de principe reprise depuis lors <sup>120</sup>, selon laquelle « la personnalité civile n'est pas une création de la loi [...mais] elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes [...] d'être juridiquement reconnus et protégés ». S'agit-il au contraire d'une création du droit, simple technique juridique à laquelle il est loisible aux autorités publiques de recourir dans le cadre de leur politique du droit, sans qu'il y ait à chercher une correspondance entre la technique juridique et une réalité sociale ?

La controverse divise depuis des lustres la communauté juridique. La résoudre d'un point de vue théorique et général n'est pas ici notre propos, et, cela le serait-il, que l'exercice ne serait pas exempt de difficultés méthodologiques, tant les réponses possibles apparaissent dépendantes de présupposés sur la conception globale du droit et du monde, et échappent ainsi largement à la discussion purement juridique, c'est-à-dire limitée au bien-fondé technique des arguments juridiques, indépendamment du recours à une explication globale de nature philosophique. Nous limiterons nos observations à ce qui est nécessaire pour analyser le statut juridique de la famille : la personnalité morale est une technique juridique et, quelles que puissent être les autres considérations concernant le groupe personnalisé, cette qualité juridique est le seul élément à prendre en considération dans l'étude.

---

<sup>118</sup> Art. 131-37 et s. du nouveau C. pén.

<sup>119</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28/1/1954 ; D. 1954 p. 217 (note Levasseur) ; JCP 1954-II-7978 (concl. Lemoine).

<sup>120</sup> Cf. notamment, dans la jurisprudence récente, pour la personnalité morale du comité de sécurité, d'hygiène et des conditions de travail : Cass. soc., 17/4/1991, CFDT Fos/mer, pourvoi n° 89-17-993.

29. Il n'est pas inutile, lorsque l'on aborde la question de la personnalité juridique, qu'elle soit morale ou physique, de rappeler que le mot vient du latin *persona*, signifiant « masque de théâtre » <sup>121</sup>. Cette racine a aussi bien servi à forger le concept de personne <sup>122</sup> que celui de personnage <sup>123</sup> : les deux termes ne sont pas éloignés l'un de l'autre.

30. On a souvent fait remarquer, pour s'en féliciter <sup>124</sup> ou, au contraire, pour en faire la critique <sup>125</sup>, que l'individu n'était pas directement appréhendé par le droit, mais qu'il l'était derrière un masque, la citoyenneté ou la personnalité juridique physique <sup>126</sup>. En effet, la caractéristique du droit tel qu'il est conçu dans les démocraties occidentales modernes, vient de ce qu'il dispose, pour reprendre les termes de la déclaration des droits de l'Homme de 1789, que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux » dans sa sphère <sup>127</sup>. Comme cela n'empêche nullement qu'en fait existent des inégalités tenant à diverses choses (talent, fortune ou physique, par exemple), il faut en déduire qu'il est nécessaire pour le droit de recourir à une technique <sup>128</sup> pour rendre égaux ceux qui sont différents. Cette technique consiste à interposer entre les individus, tels qu'ils sont, et les normes que le droit pose, un masque, une *persona*, qui est la personnalité juridique, et qui fait que chacun est un personnage dans le jeu <sup>129</sup> des relations juridiques <sup>130</sup>.

Ce recours à une technique participe déjà d'une fiction. Bien sûr, l'individu existe et préexiste à la personnalité. Mais faire de l'individu une personne, c'est poser fictivement une égalité juridique qui n'existe pas hors du droit, ou qui pour le moins ne pourrait être assurée et

---

<sup>121</sup> V. G. Cornu (Dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1992, V° *personne*.

<sup>122</sup> En droit mais aussi en philosophie politique : V. le personnalisme notamment.

<sup>123</sup> Rappr. : G. de la Pradelle, *L'homme juridique*, Presses universitaires de Grenoble, 1981.

<sup>124</sup> Dans la perspective par exemple des droits de l'Homme, de la justice sociale. Cf. l'analyse célèbre du Père Lacordaire : si, entre le riche et le pauvre, la liberté opprime, il faut masquer le riche et le pauvre par le droit afin qu'une égalité juridique assure la liberté de l'un et de l'autre.

<sup>125</sup> V. Par exemple la critique que fait Marx de la séparation de l'homme et du citoyen, spécialement dans la *Question juive*, in *Oeuvres*, t. 3, Gallimard, 1981, p. 369.

<sup>126</sup> Cf. les actes des 4<sup>e</sup> journées René Savatier de la Faculté de droit de Poitiers : *La personne humaine, sujet de droit*, (PUF, 1994), et particulièrement la contribution éponyme de J. M. Trigeaud, p. 5 et s.

<sup>127</sup> Art. 1<sup>er</sup>.

<sup>128</sup> Le souci d'explication nous oblige à ce pléonasmе théorique.

<sup>129</sup> Sur les potentialités autres qu'analogiques que contient l'analyse du droit comme jeu, V. F. Ost & M. van de Kerchove, *Le jeu : un paradigme pour le droit*, LGDJ, 1992, spécialement p. 209-217 & 239-276.

<sup>130</sup> Nous avons présenté ici la personnalité juridique parce que c'est à son propos que la famille nous conduit à nous interroger, mais il faut bien voir que ce qui est vrai pour la personnalité l'est aussi pour une multitude d'autres techniques, qui présupposent la personnalité sans la recouvrir (citoyenneté ; compétence), ou qui sont conférées sans qu'il y ait personnalité : V. en droit administratif la capacité d'ester en justice des associations de fait, CE, 31/12/1969, *Syndicat de défense des eaux de la Durance*, rec. CE p. 462 ; AJDA 1970 p. 252 (note Landon) ; CJEG 1970 p. 154 (concl. Morisot). Elles visent toutes à permettre à des individus ou des entités d'exister dans le jeu juridique et de s'y exprimer pour faire valoir des intérêts.

De plus, si nous avons ici raisonné dans le cadre juridique des démocraties libérales, il faut avoir présent à l'esprit que ce raisonnement vaut quelles que soient les valeurs fondant le système juridique. Si c'est une technique qui permet l'accès à l'expression juridique, c'est aussi une technique qui peut la refuser, en l'occurrence le refus d'octroyer la personnalité, ou la citoyenneté, etc.

garantie sans le droit <sup>131</sup>. C'est en faire le titulaire de droits, patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. C'est en faire un acteur juridique, exprimant juridiquement une volonté au travers d'actes juridiques qu'il est habilité à prendre. C'est en faire donc un sujet agissant dans la sphère juridique, capable de modifier l'ordonnement juridique, intervenant d'un point de vue dynamique sur la scène du droit ; mais c'est également, par là même, en faire un acteur susceptible de s'opposer à d'autres acteurs (dont les acteurs publics tel l'Etat), en faisant valoir ses droits ou en imposant le respect de son statut par exemple.

**31.** Si l'on envisage maintenant la personnalité juridique octroyée à un groupement, on conviendra que la technique de personnalisation n'est pas essentiellement différente de celle que nous venons d'observer pour les personnes physiques. Il s'agit ici également de faire entrer ce qui n'est pas juridique dans le champ du droit. Il ne peut s'agir, là aussi, que de la mise en oeuvre d'une fiction. Deux points, liés, marquent cependant une différence.

D'abord, si très généralement l'individu est l'organe juridique de sa propre personne, si son intérêt lui est propre, parce qu'à l'unité sociale de l'individu humain correspond l'unité juridique de la personne physique, il n'en va pas nécessairement de même de la personne morale. Elle exige que des organes, nécessairement humains (ou composés d'organes humains pour ce qui est des organes collectifs), soient désignés pour agir en son nom. Elle suppose qu'un intérêt collectif soit individualisé pour devenir celui de la personne morale. La construction juridique est alors plus visible que pour la personne physique, car elle ne correspond pas nécessairement à la traduction d'une réalité sociale. Mais pour être plus nettement perçue comme une fiction, elle participe de la même construction intellectuelle.

Ensuite, et peut-être surtout du point de vue des débats doctrinaux, là où il suffisait de constater qu'un individu existant était personnalisé, on peut s'interroger pour savoir si le groupe existait avant le déclenchement de la technique juridique, ou plus exactement si ce groupe pouvait avoir une expression, une volonté, un intérêt propres, distincts de ceux de ses membres et qui n'empruntent pas la voie juridique.

Le débat n'est alors pas sans intérêt. Il peut notamment permettre que soit menée une politique du droit cohérente, et que la personnalité morale soit accordée aux groupes qui ont une existence réelle et un intérêt licite. Cependant, les termes mêmes dans lesquels ce débat est posé montrent nettement qu'il ne s'agit pas d'un débat de technique juridique.

En effet, la question envisagée est la suivante : doit-on faire entrer dans le domaine du droit ce qui, pour l'instant, en est exclu ? On voit mal comment apporter une réponse purement juridique à cette question. Il n'y a, en effet, aucun argument de technique juridique qui puisse

---

<sup>131</sup> Cf. Demogue, *La notion de sujet de droit*, RTD civ. 1909 p. 611 et s. ; M. Hauriou, *Etude sur la personnalité comme élément de la réalité sociale*, Revue générale du droit, de législation et de jurisprudence, 1898, article en 2 parties : p. 1 et s. & 119 et s. ; L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, LGDJ, 2<sup>e</sup> édition, 1924.

déterminer ici le sens d'une réponse juridiquement valide. La seule argumentation juridique consisterait à dire comment il est possible de rendre juridique la question, en fonction de procédures (quelles sont les procédures à suivre si l'on veut ériger tel groupe en personne morale ? ), de compétences (qui a le pouvoir juridique d'ériger tel groupe en personne morale ? ) ou de sauvegarde de droits garantis (comment préserver, en érigeant tel groupe en personne morale, l'effectivité des droits que possèdent ses membres, ou des personnes tierces ? ). Mais dire qu'il faut ou non ériger tel groupe en personne morale mobilise une appréciation qui n'est pas une appréciation purement juridique.

On ne peut donc apporter à la question qui nous occupe, qui est une question d'opportunité politique ou éthique, qu'une réponse politique ou éthique.

Le juriste lui-même peut le faire. Le débat n'est pas réservé aux philosophes ou aux politiciens, et il n'est pas demandé au juriste de se cantonner dans une analyse technique. Mais il ne le fera pas en fonction d'une argumentation juridique, et il serait alors dangereux, et non fondé, qu'il prétende le faire en fonction d'une telle argumentation.

Dès lors, la question doit d'abord être repoussée hors du champ de la dogmatique juridique pour être pleinement et sereinement envisagée dans la sphère du politique. Et ce n'est qu'après, une fois discutés et définis les objectifs politiques, que la question relève du débat juridique : comment techniquement mettre en place des moyens de droit au service de ces objectifs ? Une telle analyse n'aboutit pas à rejeter, au fond, la théorie de la réalité des personnes morales ; elle conduit à estimer que, quelle que soit sa vérité philosophique d'une part, sociologique d'autre part (et de ce point de vue, il est patent que de nombreux groupes de fait existent), elle n'a pas d'incidence juridique directe.

**32.** En ce qui concerne cette étude, la question importante n'est pas alors de savoir si la famille est ou n'est pas naturellement un groupe personnalisé, mais bien de déterminer si, au regard du droit positif, le groupe familial est doté de la personnalité juridique : si une technique juridique, la personnalisation de la famille, existe en droit positif. Tel n'est pas le cas.

## **§ 2 – Une technique inappliquée à la famille.**

33. Pour que l'on puisse reconnaître le groupe familial en tant que personne, il faut envisager le statut de la personnalité morale de la famille en droit positif. Cela commande l'analyse de deux points de vue : la consécration explicite ou la négation explicite de la personnalité ; de ces deux point de vue, l'analyse montre que la famille n'est pas une personne morale.

34. En premier lieu, on doit rechercher si le droit positif a recours à la technique de la personnalisation de la famille. Sans qu'il soit nécessaire d'aller plus loin, on pourra estimer que la satisfaction de cette condition est suffisante. Pour ce faire, il convient d'une part de rechercher si des énoncés constitutionnels, législatifs ou réglementaires, affirment que la famille est une personne morale ; et d'autre part, il faut se demander si l'on peut considérer que la jurisprudence a interprété des énoncés juridiques comme faisant de la famille une personne morale.

La réponse ici doit être négative.

Ni la constitution, ni la loi, ni le règlement <sup>132</sup>, ni *a fortiori* les normes internationales et communautaires, limitées par l'obligation de tenir compte de la diversité des réalités familiales selon les pays, n'ont érigé le groupe familial en personne morale <sup>133</sup>.

Si le gouvernement de Vichy a bien envisagé officiellement de faire sien un projet de loi en ce sens élaboré par la Société d'Etudes législatives <sup>134</sup>, cela ne s'est jamais concrétisé, le projet restant lettre morte <sup>135</sup>.

On ne note pas davantage d'affirmation jurisprudentielle. Il n'est ainsi aucune consécration explicite en droit positif.

35. En second lieu, on doit également rechercher si des énoncés normatifs excluent que la famille soit une personne morale.

A cet égard, force est de constater que les textes sont tout aussi muets. Aucun ne pose expressément que la famille n'est pas une personne morale. Pourtant, il arrive parfois au

---

<sup>132</sup> Sous réserves de leurs domaines respectifs sous les différentes constitutions qui se sont succédé.

<sup>133</sup> V. J. Dabin, *Le problème de la personnalité morale de la famille*, Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique, vol. 35, 1949, p. 329 et s. & *Sur le concept de famille*, *Miscellanées Vermeersch*, t. 2 in *Analecta Gregoriana* t. X, Rome, 1935 ; J. P. Gridel, *La personne morale en droit français*, RID comp., 1990, n° 2, p. 495 et s ; Association Henri Capitant, *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, T. XXI, Dalloz, 1969.

<sup>134</sup> Cf. J. Dabin, *Le problème de la personnalité morale de la famille*, art. cité (n. 133) ; R. Savatier, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, 1952, p. 107 et s.

<sup>135</sup> R. Savatier, *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945 (René Savatier avait été le rapporteur de ce projet, André Rouast présidant la commission d'étude).

législateur de préciser qu'il entend que tel groupement ne soit pas personnalisé : par exemple pour la société en participation <sup>136</sup>, ou les fonds communs de placement <sup>137</sup> ou de créances <sup>138</sup>.

**36.** Ce silence doit alors être interprété : la doctrine, en le regrettant parfois, mais avec une (presque) parfaite unanimité <sup>139</sup>, y voit pour l'essentiel la démonstration que la famille n'est pas un sujet de droit. En effet, la personnalité morale est définie comme «l'aptitude à être titulaire actif ou passif de droits subjectifs» <sup>140</sup> ; or, seule une personne juridique saurait être titulaire de tels droits.

Et s'il arrive bien que, dans le discours non juridique, on fasse de la famille le titulaire de droits <sup>141</sup>, la doctrine dominante considère qu'il s'agit là uniquement d'appréciations prescriptives, visant à orienter la politique du droit, voire de considérations de droit naturel, qui n'ont pas d'incidence quant au droit positif.

**37.** Les choses ne sont pourtant pas aussi claires qu'il paraît. Le lien établi entre personne morale et sujet de droit, qui n'est que l'expression d'une construction juridique plus large, le subjectivisme – qui fait naître les droits et obligations juridiques de l'expression juridique de la volonté, donc de la personne juridique, physique ou morale –, n'est peut-être pas aussi net qu'une partie de la doctrine veut le croire. En toute hypothèse, il est évident que les autorités normatives ne partagent pas avec cette doctrine, ou bien la même conception du droit, ou bien la même rigueur terminologique.

L'usage du concept de « droits des familles » dans des documents normatifs incite, en effet, à nuancer cette lecture doctrinale : tel est principalement le cas, pour le domaine législatif, de la loi du 6 juin 1984 relative « aux *droits des familles* dans leurs rapports avec les services chargés de la protection de la famille et de l'enfance, et au statut des pupilles de l'Etat » <sup>142</sup> ; encore plus révélatrice de ces ambiguïtés est l'utilisation de l'expression par le Conseil constitutionnel lui-même <sup>143</sup>.

---

<sup>136</sup> Art 1871 al. 1 C. civ.

<sup>137</sup> L. 23/12/1988, art. 7-1.

<sup>138</sup> *Ibid.*, art. 34.

<sup>139</sup> Tous les manuels de droit civil de la famille rappellent la question. Nous consacrerons la section suivante à l'appréciation des opinions dissidentes.

<sup>140</sup> La définition est de F. Terré (*Introduction générale au droit*, Dalloz, 1991, p. 260). V. également comme exemple de la construction subjectiviste l'exposé classique de R. Demogue, *La notion de sujet de droit*, RTD civ. 1909 p. 611 et s.

<sup>141</sup> V. par exemple la *Déclaration des droits de la famille* proclamée par l'Union nationale des associations familiales les 10 & 11 juin 1989. V. également E. Balladur, dans le *Dictionnaire de la réforme* : « Il faut réaffirmer le rôle et les droits de la famille » (cité par *Le Monde*, *La pression de l'ordre moral*, 24/6/1994).

<sup>142</sup> L. n° 84-422 (JO 7/6/1984 p. 1762). V. pour illustration dans le domaine réglementaire l'arr. du ministre de l'Éducation nationale du 22 novembre 1993 fixant le pourcentage des tarifs de pension et de demi-pension des lycées et collèges correspondant à la *participation des familles* à la rémunération des personnels d'internat pour l'année 1994 (JO 25/11/1993 p. 16244).

<sup>143</sup> 3 septembre 1986, Déc. 86-216 DC, (annexe).



S'agit-il d'un simple raccourci sémantique voulant marquer la cohérence et l'interdépendance de divers droits individuels ? Ou vise-t-on par là une réalité juridique collective ? On constate que, pour l'essentiel, l'expression remplit une fonction synthétique et pédagogique. Elle vise des réalités collectives de fait, sans en impliquer nécessairement une consécration juridique directe.

Cependant, comme le note Antoine Jeammaud, « on ne saurait tenir pour indifférent au fonctionnement de l'ordre juridique, au jeu concret de cette régulation spécifique, que les énoncés d'un instrument censé produire du droit, même si leur valeur normative apparaît légitimement en discussion, fassent état de ce qu'ils nomment un droit [...] » <sup>144</sup>.

Or, même s'il s'agit d'un raccourci sémantique, l'emploi par le législateur ou le Conseil constitutionnel de la formule « droits des familles » ne sert pas seulement de cadre à des droits ou obligations individuels mais prend d'une certaine manière en compte la dimension collective : il n'est sans doute pas indifférent de constater à cet égard que de telles utilisations interviennent, sous réserve d'un recensement exhaustif, dans des domaines tels que le secteur social ou éducatif, où les fonctions et solidarités familiales sont prégnantes, c'est-à-dire où la réalité collective se manifeste publiquement avec force.

**38.** Malgré ces imprécisions sémantiques, qu'on ne peut ignorer, il faut constater que le droit positif ne consacre pas directement cette réalité sous la forme de la personnalité morale. C'est cette absence de consécration qu'une partie de la doctrine a contestée, pour proposer, et essayer d'imposer, une autre lecture du droit positif.

## **SECTION 2 : LES LECTURES DOCTRINALES PERSONNALISANT LA FAMILLE.**

**39.** L'absence de consécration de la personnalité morale a été diversement interprétée par la doctrine, spécialement par la doctrine subjectiviste.

On peut définir très simplement le subjectivisme comme le fait de lier dans le domaine juridique ce qui se produit (action, maintien d'une situation, etc.) à la volonté consciente d'un sujet de droit (personne physique, ou personne morale comme la société commerciale ou l'Etat). L'approche subjectiviste du droit envisage ainsi principalement la protection juridique des

---

<sup>144</sup> *Consécration de droits nouveaux et droit positif, sens et objet d'une interrogation*, in Consécration et usage de droits nouveaux, actes du colloque du Centre de recherches critiques sur le droit de mai 1985, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1987, p. 9 et s.

phénomènes collectifs autour du sujet de droit, de la personne morale, et de la volonté qu'exprime cette personne. Rapportée à cette approche subjectiviste, le droit positif apparaît en l'état peu protecteur de la famille. Et à vrai dire, c'est principalement parce que cette notion de sujet est centrale pour la doctrine subjectiviste, que cette technique de la personnalisation est à ses yeux essentielle, et qu'elle s'est tant investie dans le sujet, de manière quasi exclusive.

Pour autant, ce droit positif n'est guère contesté dans sa validité par la majorité des auteurs subjectivistes : si son opportunité est mise en doute à l'occasion, la critique reste pour l'essentiel extérieure à une approche strictement juridique des normes. Ainsi fait-on valoir que la réalité collective qu'incarne la famille mériterait assurément qu'une réforme juridique la reconnaisse en tant que sujet de droit ; on considère malgré tout qu'une réforme juridique est indispensable.

Pour être dominante, cette conception n'est cependant pas unanime dans les rangs subjectivistes. Certains auteurs ont, en effet, mis en doute que le droit positif puisse être présenté comme ne personnalisant pas la famille (§ 1). Une telle mise en cause ne pouvait rester sans réponse et la valeur de ces thèses « personnalisantes » a été diversement appréciée (§ 2).

## **§ 1 – Les thèses « personnalisantes ».**

40. Deux courants principaux ont approfondi la question de la personne morale de la famille d'un point de vue de droit positif. Pratiquement concomitants, dans l'immédiate avant-guerre, ils conservent des partisans dans la doctrine contemporaine. Ils se séparent radicalement quant à la méthode à mettre en oeuvre dans l'analyse du droit positif.

D'un point de vue inductiviste, certains auteurs, et particulièrement René Savatier, ont voulu établir à partir de l'examen de l'ensemble des diverses normes, de droit public et de droit privé, le sujet collectif. Pour ces auteurs, cet examen démontrerait que la personnalité morale de la famille existe à l'état latent, étant en quelque sorte « méconnue ».

D'un point de vue déductiviste, en revanche, d'autres auteurs, au premier rang desquels il faut citer Jean Carbonnier, ont essayé d'isoler et de comprendre les normes, et les statuts en découlant, qui, dans le droit positif, ne pouvaient être interprétés sans recours à la personnalisation. Ils en ont déduit que le droit ne pouvait être estimé cohérent si l'on n'avait pas recours au concept de « société conjugale », élément personnalisé au sein de la famille.

Nous allons donc envisager successivement la thèse de la famille comme personne morale méconnue (A) et celle de la société conjugale (B).

### **A – La doctrine de la famille « personne morale méconnue ».**

41. Pour René Savatier, l'étude du statut juridique de la famille montrerait que le groupe possède tous les attributs de la personne morale <sup>145</sup>. Ainsi le fait que les autorités publiques ne consacrent pas explicitement cette personnalité dans un énoncé juridique (constitution et loi notamment), ou dans une interprétation normative (acte d'application, et particulièrement une décision de justice), traduirait une méconnaissance de la personne.

---

<sup>145</sup> On trouvera la présentation de cette thèse à plusieurs moments dans l'oeuvre de R. Savatier. V. principalement : *Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit*, D. 1939, chron. XIII p. 49 et s. ; *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945 (on trouvera une critique de cet ouvrage sous la plume de C. Eisenmann : *Droit public, droit privé – en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle* – , RD publ. 1952, p. 903 et s.) ; *La réalité juridique de « l'Etre Familial », ses exigences : le point de vue du juriste*, in *Recherche de la famille, essai sur « l'Etre Familial »*, Editions familiales de France, 1949, p. 49 et s. ; *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, op. cit. (n. 134).

L'argumentation ici se veut strictement juridique et entend pouvoir se passer de la mise en jeu de considérations sur l'opportunité de la personnalisation. Il s'agit de montrer que, juridiquement, nous rencontrons avec la famille toutes les techniques qui font la personnalité. La critique adressée aux autorités ne porte pas alors sur leur politique juridique à l'égard d'une réalité sociale, le groupe familial, mais sur leur raisonnement juridique lui-même. Il serait vicié en ce qu'il n'irait pas au bout de sa logique : l'explicitation d'une personnalité latente en droit. De ce fait, sa validité serait sujette à caution.

**42.** René Savatier propose une étude d'ensemble des droits, prérogatives et techniques ayant trait à la famille, qu'ils relèvent du droit privé – c'est là le droit de la famille au sens académique – ou du droit public. Tout l'intérêt de sa démonstration est ainsi de s'appuyer sur une méthode dépassant l'opposition droit public/ droit privé pour avoir une vision globale de l'institution familiale en droit. Elle lui permet d'avancer que, si l'on rapproche l'ensemble de ces techniques, on observe un faisceau d'indices incitant à conclure que le groupe familial baigne dans une ambiance de personnalité morale. Celle-ci existerait à l'état latent, serait méconnue, et il serait non seulement souhaitable d'un point de vue politique, mais surtout indispensable d'un point de vue juridique, que le pas soit franchi vers une reconnaissance explicite.

En ce sens, c'est bien une « méconnaissance de l'existence juridique » <sup>146</sup> de la famille qui est dénoncée par l'auteur, et non une méconnaissance de la réalité collective de ce groupe. En cela, l'argumentation de René Savatier ne peut être assimilée à un avatar de la théorie de la réalité de la personnalité morale, et appelle un examen spécifique.

**43.** Les arguments techniques recensés à l'appui de sa thèse sont les suivants : la famille possède des droits et des organes ; elle a donc une possibilité de s'exprimer personnellement pour défendre des intérêts juridiquement protégés et qui lui soient propres ; de plus, au moins après 1942, elle a un rôle politique sanctionné par le droit public. Reprenons ces arguments rapidement.

**44.** Des droits appartiennent à la famille en propre.

S'agissant des droits extrapatrimoniaux <sup>147</sup>, il s'agit du nom patronymique <sup>148</sup>, de la défense de la mémoire des morts, et des droits de puissance – dans le droit actuel droits d'autorité – pour lesquels l'auteur distingue soigneusement l'exercice, confié à des individus – père à l'époque, l'un des parents ou les deux actuellement – en tant qu'organes de la personne morale, de la jouissance revenant à la famille.

---

<sup>146</sup> Une personne morale méconnue, *op cit.*, p. 52.

<sup>147</sup> V. de manière générale sur les difficultés méthodologiques des droits de la personnalité en droit privé : F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, 1990, spécialement 3<sup>e</sup> partie (p. 607-770).

<sup>148</sup> Pour une confirmation de cette analyse, V. sect. CE, 9/12/1983, *Vlădescu*, AJDA 1984 p. 81 (chron. très critique Lasserre & Delarue). B. Genevois, concluant dans cette affaire, estimait qu'il fallait privilégier l'aspect familial du nom contre la liberté individuelle du choix du nom. Ainsi, si le droit au nom est un droit de l'individu, c'est aussi un droit de la famille (rapporté dans la chron. précitée).

Pour ce qui est des droits patrimoniaux, il faut envisager les souvenirs de famille <sup>149</sup>, la sépulture familiale, le régime matrimonial et la réserve héréditaire, le régime des baux ruraux et les biens de famille, et enfin les prestations familiales.

45. Des organes existent pour s'exprimer au nom de la famille.

Souvent la loi les détermine : ainsi le ou les détenteurs de l'autorité parentale <sup>150</sup>. A défaut, les arrangements familiaux ou le juge s'en chargent, comme en matière de souvenirs de famille <sup>151</sup>.

46. En dernier lieu, après la Loi Gounot qui organise un « corps familial » investi d'un statut, de missions et de prérogatives exorbitantes du droit commun <sup>152</sup>, la famille bénéficie d'une représentation officielle en droit public, et s'exprime dans un organisme officiel, l' *Union nationale des associations familiales*, dont les règles de vote impliquent le suffrage familial.

47. Ainsi l'argumentation avancée est à l'évidence solide. Le législateur aurait voulu personnaliser la famille qu'il n'y aurait eu rien à changer, sinon peut-être coiffer ces dispositions d'un titre à cet effet. Le juge aurait lui-même pu s'inspirer de cette méthode d'analyse pour en déduire, au vu de cette cohérence, que le législateur n'ayant pas exprimé son refus de la personnalisation de la famille, il avait entendu implicitement l'octroyer. Nous avons vu pourtant que tel n'a pas été le cas et que le juge n'a pas fait sienne cette théorie. Il faut en rechercher sans doute la raison dans la méthodologie suivie par l'auteur.

René Savatier a, en effet, envisagé la famille d'un point de vue inductiviste. Cela l'a conduit à mobiliser toutes les normes ayant trait de quelque manière que ce soit à la famille, pour conclure à une personnalisation globale. Cette démarche entraîne deux conséquences. D'une part, si l'on parle d'une famille personnalisée, on ne sait guère à quelle(s) réalité(s) cette famille renvoie (à la famille nucléaire, au lignage, ou à une tout autre réalité <sup>153</sup> ? ), c'est-à-dire qu'on ne dispose d'aucune définition juridique du groupe personnalisé, ce qui au regard de la diversité des situations familiales pose problème. D'autre part, la personnalité proviendrait ici de manière statique d'un état du droit positif, d'une volonté étatique, en tant qu'elle s'incarnerait dans un « self-starting status » <sup>154</sup>, c'est-à-dire un statut déclenché par un état de fait (la filiation,

<sup>149</sup> A propos desquels d'ailleurs la théorie de la méconnaissance de la personnalité morale continue à être d'actualité en doctrine : V. en dernier lieu M. Reynaud-Chanon, *Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille*, D. 1987, chron. XLVI, p. 264 et s.

<sup>150</sup> En dernier lieu, L. du 8/1/1993.

<sup>151</sup> V. M. Reynaud-Chanon, *Les souvenirs de famille, une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille*, op. cit. (n. 149).

<sup>152</sup> L. n° 1107 du 29/12/1942 relative aux associations de familles. V. 2<sup>e</sup> partie, titre 1, *infra*.

<sup>153</sup> V. sur ce point les flottements de René Savatier et du projet de la société d'Etudes Législatives (n. 135).

<sup>154</sup> Rapp. A. Jeammaud & E. Serverin, *Evaluer le droit*, D. 1992, chron., p. 195. V. également section suivante pour une étude des conséquences de ce « self starting status ».

notamment) sans que les membres composant la famille aient eu à mobiliser ce statut par un acte ou une volonté, état qui ne se retrouve guère en droit que pour les collectivités publiques <sup>155</sup> et éventuellement la famille. Mais il est paradoxal alors que cette personnalité, juridiquement fondée de manière exclusive par la volonté du législateur, ne soit pas explicitée par lui. Si cette méthode ne porte guère préjudice à la démonstration d'un point de vue logique, il demeure qu'elle ne satisfait pas entièrement les interrogations qu'elle soulève. La doctrine subjectiviste observe, à ce propos, que la famille n'exclut pas toutes sortes de consentements juridiques. Et à l'encontre d'une analyse inductiviste et globalisante, il est apparu alors tentant de rechercher directement, de manière limitée, au sein de la famille une personne morale associative, c'est-à-dire dont la fondation est liée au consentement des individus.

---

<sup>155</sup> Collectivités territoriales (Etat, collectivités locales) ou autres (par exemple, les associations syndicales).

## B – La doctrine de la famille « personne morale réduite à la société conjugale ».

48. Ainsi, la famille n'étant pas de manière statique une personne, est-il possible que, de manière dynamique, le consentement des individus à un statut fasse naître la personnalité du groupe ? Certains juristes qui, comme Jean Carbonnier, se sont intéressés au mariage dans cette perspective ont pu le penser. Adoptant une démarche inverse à celle de René Savatier, il s'agit alors non pas de montrer que la famille est globalement une personne morale, mais de voir jusqu'à quel point il est possible d'admettre dans une logique subjectiviste un collectif juridique, c'est-à-dire un sujet de droit collectif, au sein du groupe familial, autour du couple qui se marie.

49. C'est dans sa thèse que Jean Carbonnier s'est attaché à démontrer que le couple qui se forme et qui se place ainsi par le mariage dans une situation matrimoniale, pour partie soumise au droit, constitue par cet acte une véritable société conjugale <sup>156</sup>. Il est difficile de rendre compte de cette démonstration, fort longue et d'une très grande rigueur, sans risquer d'en offrir une pâle caricature. Elle constitue pourtant une des plus remarquables tentatives pour bâtir un groupe personnalisé dans la réalité familiale, et, se limitant au régime matrimonial, elle fournit la recherche la plus rigoureuse pour une analyse subjectiviste du droit positif. C'est pourquoi, et même si son auteur a quelque peu nuancé le caractère absolu de ce qui peut sembler une oeuvre de jeunesse <sup>157</sup>, il est nécessaire d'en faire l'examen.

50. L'idée soutenue par Jean Carbonnier peut s'exprimer comme suit : du seul fait du mariage, la loi établit entre les époux une société civile investie de la personnalité morale, que l'on appelle *société conjugale* ou *ménage*. Ses éléments constitutifs sont donnés par la réglementation même des régimes matrimoniaux. Parfois, à côté de cette société, existe une fondation privée, la *fondation dotale*, dont les pièces constitutives s'identifient avec les règles de la dotalité <sup>158</sup>.

Pour exprimer cette idée, l'auteur a dû, dans un premier temps, fournir un rigoureux travail sur les méthodes, afin de bien circonscrire les problèmes envisagés. Ce travail permet une approche réaliste de la personnalité morale dans la famille, qui puisse se rattacher à l'individualisme méthodologique et au consensualisme.

<sup>156</sup> *Le régime matrimonial, sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Y. Cadoret, Imprimerie de l'Université, Bordeaux, 1932.

<sup>157</sup> Il ne s'agit que de nuances, et non d'un abandon, comme le montre l'introduction du manuel de l'auteur sur la famille : « [...] on aurait sans doute moins de difficulté à faire fonctionner la famille-*domus*, le ménage – surtout lorsque, mariés sous le régime de la communauté, les époux ont déjà rassemblé leurs intérêts patrimoniaux dans une espèce de société civile – » (J. Carbonnier, *Droit civil : la famille, les incapacités*, PUF, 1992).

<sup>158</sup> V. conclusion de la thèse (n. 156) p. 809. Adde P. Raynaud, *La nature juridique de la dot, Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine*, Sirey, 1934.

51. Le premier des efforts de Jean Carbonnier est d'ordre méthodologique <sup>159</sup>.

Pour l'auteur, la personnalité morale doit être conçue comme une réalité <sup>160</sup>. Cette réalité n'est pas d'ordre métaphysique mais participe de la même réalité que la personnalité physique. Les deux se résolvent dans le concept d'intérêt, individuel pour la personnalité physique qui est empiriquement observable, collectif pour la personnalité morale que l'on ne peut matériellement se représenter.

Mais, à la différence des théoriciens de l'institution <sup>161</sup>, Jean Carbonnier estime qu'il y a identité entre la personnalité morale et la personnalité juridique <sup>162</sup>. Dès lors, l'auteur va s'efforcer de conduire une analyse juridique qui lui permette, au-delà de l'intuition qu'existe un groupe, de rechercher d'abord ce qui juridiquement manifeste l'existence d'un sujet collectif de droits, et d'en fixer ensuite précisément l'étendue. On perçoit ainsi clairement en quoi le projet diffère de celui de René Savatier, qui s'attachait à un sujet collectif global, la famille dans sa généralité et sa pluralité.

Ce projet conduit l'auteur à établir des distinctions opératoires. Il dénonce alors avec raison des erreurs que les juristes commettent trop souvent.

La plus importante, note-t-il, est une confusion constante existant entre mariage et régime matrimonial <sup>163</sup>. Ce qu'appréhende le droit, ce n'est pas l'ensemble de la vie commune entre deux individus qui existe dans le mariage <sup>164</sup>, mais un statut qui préside à l'organisation, la vie et la dissolution de la société conjugale. Une forte proportion de ce statut est fixée par la loi, notamment tout ce qui concerne les droits et les obligations des époux. Ne relève donc du domaine contractuel que la gestion juridique des biens. A proprement parler ainsi, ce que l'on entend par contrat de mariage n'est que le contrat par lequel les époux règlent la contribution de chacun d'eux aux charges du mariage.

De ce fait, lorsque deux personnes se marient, elles consentent à se placer personnellement sous un statut légal et à mettre en commun tout ou partie de leurs biens selon le régime matrimonial choisi.

Il y a donc par le mariage un patrimoine commun. Or, et c'est une autre confusion que note Jean Carbonnier, ce n'est pas parce qu'il y a ce patrimoine qu'il y a une personnalité morale, mais bien parce qu'il y a une personnalité morale qu'il peut y avoir ce patrimoine.

52. De manière réaliste, il faut donc s'en tenir à ce qui est la véritable mise en commun, et qualifier, sous le régime juridique approprié, cette mise en commun. Il faut donc montrer que la

---

<sup>159</sup> A cet égard, l'introduction constitue un véritable « manifeste méthodologique » qui dépasse largement le sujet traité.

<sup>160</sup> P. 4.

<sup>161</sup> V. chapitre suivant.

<sup>162</sup> *Thèse* (n. 156), p. 110.

<sup>163</sup> *Id.*, p. 11.

<sup>164</sup> On reconnaîtra en quelque sorte l'apparition du concept de « non-droit » cher à l'auteur.



loi, qui soumet nécessairement les personnes mariées à un régime matrimonial, fait que par là même existe une société entre les époux.

Pour qu'il y ait cette personne morale, il doit exister, nous indique Jean Carbonnier en reprenant la démonstration de Bonnecase, un intérêt collectif, un organe et une conscience du type *affectio societatis*. Il y a alors unité de la personne morale et juridique, et identité de cette personne avec la notion de sujet de droits.

Pour Jean Carbonnier, la société constituée du fait du mariage entre les époux relativement à leurs biens répond à l'ensemble de ces critères <sup>165</sup>. Tout régime matrimonial (y compris le régime légal <sup>166</sup>) constitue ainsi une société investie de la personnalité morale. Cette société est engendrée par un effet direct de la loi, mais ne l'est que parce que les époux ont choisi de se marier. Elle présente une nature intégralement commutative et onéreuse, de la nature de celle des sociétés véritables.

La société conjugale comprend donc deux associés, les conjoints, auxquels sont adjoints les enfants mineurs s'il y a lieu, sans que leur soit reconnue la qualité d'associés <sup>167</sup>. Cette société possède tous les attributs d'une société : elle a un nom (le nom patronymique), un domicile (le domicile conjugal), une capacité juridique et judiciaire (avec un préposé pour l'exercer) ainsi qu'un patrimoine. Mais cette société ne dépasse pas ce patrimoine.

**53.** L'important pour Jean Carbonnier est bien ici de démontrer que l'on s'est trompé en cherchant dans la famille une éventuelle association de personnes. Il faut simplement constater que le ménage constitue une société de biens, qui découle, peut-être inconsciemment d'ailleurs, de l'accord de volonté, non à la naissance de la société elle-même, mais à l'union des associés dans le mariage, union de laquelle la loi fait automatiquement découler la société conjugale <sup>168</sup>.

Potentiellement, cette conception est fort riche. D'une part, le recours à la forme sociale quant aux biens ouvre la voie aux modalités de dissolution de cet organisme ainsi, éventuellement, qu'à la société de fait (concubinage, par exemple) <sup>169</sup>. D'autre part, en limitant la personnalité morale à l'aspect patrimonial du mariage, et en faisant découler son existence de la loi, l'auteur permet d'éviter les obstacles les plus insurmontables de la question, ceux qui tiennent à l'aspect de puissance dans le groupe – nécessairement limités ici par l'exclusion de l'association de personnes, et donc par exemple de l'autorité parentale –, et ceux qui tiennent à la création de la personne morale – le recours à l'effet direct de la loi associé à l'aspect de consentement qu'exprime le mariage permettant alors de conjuguer consensualisme et statut légal – . Avec cette

<sup>165</sup> La seule difficulté pourrait tenir à la notion d'organe, mais l'auteur indique qu'il y a un préposé chargé par l'organe d'agir, par représentation légale ou conventionnelle. Rappr. de la Théorie de l'organe de Carré de Malberg, *infra*.

<sup>166</sup> A cet égard, le régime légal est aussi un contrat renvoyant à la loi pour son contenu et dont la seule formalité est justement l'absence de recours à un autre contrat.

<sup>167</sup> *Thèse* (n. 156) p. 460.

<sup>168</sup> *Id* p. 543. On notera au chapitre suivant que ce raisonnement n'est pas sans rappeler celui de M. Hauriou sur le consentement dans l'institution.

<sup>169</sup> *Id*. p. 443. Rappr. du Contrat d'union civile, *infra*.

démonstration, la théorie civiliste pouvait donc passer outre le problème méthodologique de la famille-sujet de droit, et s'en tenir au concept technique de régime matrimonial comme instrument d'appréhension juridique de la communauté.

Pourtant, la thèse de Jean Carbonnier n'a guère rencontré d'échos plus favorables que celle de René Savatier. La doctrine, même, surtout peut-être, subjectiviste, y a rencontré trop de limites.

## **§ 2 – La valeur des thèses « personnalisantes ».**

54. Les affirmations de René Savatier et de Jean Carbonnier ne pouvaient rester sans réponse. Une partie de la doctrine s'est attachée, avec un certain succès à notre sens, à démontrer que les droits et prérogatives rattachés ainsi par René Savatier à la famille, par Jean Carbonnier à la société conjugale, pouvaient en vérité recevoir fort simplement une interprétation en termes de prérogatives individuelles. Il nous faut présenter cette interprétation, à notre sens cohérente, du droit positif (A), mais il convient également de se demander jusqu'à quel point les limites opposées aux théories personnalisant la famille peuvent elles-mêmes être pertinentes, dans la mesure où elles ne sont pas dépourvues de toute valeur, loin de là, en tant que propositions de droit (B).

### **A – La persistance d'une lecture individualiste du droit de la famille.**

55. Une partie de la doctrine estime qu'il est totalement erroné de voir dans la famille quoi que ce soit qui montrerait une potentialité de personnalité, et approuve ainsi le droit positif exprimé, c'est-à-dire explicite, ne reconnaissant pas formellement la famille en tant que personne morale, comme seul possible <sup>170</sup>. Au sein de ce courant doctrinal, une place particulière revient à Jean Dabin, qui a présenté, contre René Savatier principalement, mais aussi sans la moindre concession envers la construction de Jean Carbonnier, la lecture individualiste la plus pertinente des droits relatifs à la famille.

Les droits et prérogatives que René Savatier accorde à la famille ne peuvent, selon Jean Dabin, être interprétés que comme des droits strictement individuels. Pour cet auteur, la démonstration de René Savatier repose en réalité sur de nombreuses confusions, qu'il convient de reprendre rapidement.

56. Les droits extrapatrimoniaux ne sont pas des droits de la famille, mais des droits appartenant en propre à chacun de ses membres : tel est d'abord le cas du droit de porter le nom

---

<sup>170</sup> *Le problème de la personnalité morale de la famille* (réponse aux écrits de R. Savatier) ; *Sur le concept de famille*, articles cités (n. 133).

patronymique ; tel est aussi le cas du droit d'autorité des parents <sup>171</sup>; plus généralement, ces droits extrapatrimoniaux sont accordés aux individus à raison de leur qualité familiale <sup>172</sup>, alors que René Savatier y voyait des droits du groupe dont les organes avaient l'exercice.

Il en va de même pour les biens, qui n'appartiennent en aucune manière au groupe, mais sont objets de copropriété.

Rien donc ne montrerait une prise en compte du groupe. Au mieux, en raison de l'indivisibilité du budget familial – régime matrimonial – ou de la fin familiale de certaines créances – allocations familiales –, le système organisé pourrait se traduire par « l'idée d'un droit collectif organisé et soumis à affectation, qui n'est pas celle à laquelle correspond le concept technique de personne morale ou sujet de droit distinct » <sup>173</sup>.

Enfin, quant à la représentation publique des familles, Jean Dabin n'y voit qu'un abus de langage. Il ne s'agirait en fait que de représentation des chefs de famille <sup>174</sup>.

57. Cette lecture du droit positif, qui est celle de la doctrine dominante en droit civil, ne peut être accusée de déformer le droit positif. Mais il ne faut pas pour autant lui accorder une portée plus importante qu'elle n'en a. En définitive, c'est sur un terrain épistémologique que la pertinence de ces lectures doctrinales, personnalisantes ou individualistes, doit être vérifiée : en tant que propositions de droit.

## **B – L'appréciation en tant que propositions de droit.**

58. Il faut en réalité s'interroger sur les exigences épistémologiques de la démonstration qu'entend faire l'auteur d'une thèse. De ce point de vue, René Savatier et Jean Carbonnier ne se donnent pas les mêmes objectifs. Au-delà donc des différentes lectures du droit positif évoquées, c'est par rapport à ce projet épistémologique que la lecture et la critique doivent être appréciées. De ce point de vue, l'originalité de chacun doit être respectée.

59. S'il s'agit de proposer simplement une interprétation du droit positif, on pourrait s'en tenir avec René Savatier à une présentation cohérente de l'ensemble de la matière, à laquelle on parvient alors aisément en suivant sa démonstration. Mais il faut alors admettre que juges et

---

<sup>171</sup> Nous actualisons la puissance paternelle à l'autorité parentale.

<sup>172</sup> C'est dire que ces droits relèveraient véritablement d'une problématique de la jouissance individuelle : nous reviendrons sur ce qu'implique cette conception dans le chapitre suivant.

<sup>173</sup> *Le problème de la personnalité morale de la famille*, op. cit., p. 337 (n. 133).

<sup>174</sup> Comme nous le verrons (2<sup>e</sup> partie, *infra*), l'argument est beaucoup moins valide de nos jours.

doctrine puissent ne pas être convaincus, et ne pas faire leur ce qui n'est qu'une proposition interprétative.

Or il semble bien que René Savatier ait voulu aller plus loin, en prétendant montrer que la personnalisation est une évidence juridique : de ce point de vue alors, il ne suffit plus de montrer que la matière est susceptible d'être lue comme permettant la personnalisation du groupe familial ; il faut encore montrer que cette lecture est la seule juridiquement fondée, donc que toute autre lecture n'est pas valide. Il n'est pas certain alors qu'une analyse inductiviste, fondée sur une présentation cohérente des règles, soit méthodologiquement suffisante, et la démonstration faite par Jean Dabin d'une possible lecture individualiste de l'ensemble des normes ayant trait à la famille montre parfaitement que le résultat n'a pas été atteint. L'effort demande en tout cas une grande rigueur, dont les exigences sont davantage satisfaites par la logique déductiviste : c'est ce à quoi s'est essayé pour sa part Jean Carbonnier, ce qui l'a conduit à des affirmations plus nuancées, mais aussi peut-être plus justifiées, que celles que propose René Savatier.

**60.** Par rapport à ces projets, les critiques de Jean Dabin rappelées précédemment ne manquent pas non plus de pertinence juridique. Indéniablement, la construction individualiste proposée permet de rendre compte du droit positif pour l'essentiel. La thèse peut emporter la conviction.

Mais tout autant que dans le cadre de la démonstration critiquée, il n'est pas certain que l'on puisse glisser d'une proposition d'interprétation pertinente et cohérente à une exclusivité d'interprétation valide. Jean Dabin montre que le droit peut s'interpréter sans recours à la personnalisation. Il n'est pas certain pour autant que l'auteur ait définitivement disqualifié la présentation de la famille comme personne morale méconnue, c'est-à-dire potentielle. Rien, dans sa démonstration, n'empêche logiquement que la famille puisse éventuellement être érigée en personne distincte sans qu'il soit nécessaire de changer les techniques juridiques s'appliquant au groupe.

**61.** Pour la majorité de la doctrine alors, au-delà des prises de position tranchées d'un René Savatier, d'un Jean Carbonnier ou d'un Jean Dabin, on se heurte, en dernière instance, à une absence de reconnaissance officielle et explicite par le législateur ou le juge.

Plutôt que de condamner le silence de ces autorités, nombre des juristes estiment qu'elles ne commettent pas d'erreur en refusant de déduire la personnalisation du statut actuel.

Mais si cette doctrine ne veut pas alors conclure que la famille est une personne morale, elle admet cependant qu'elle puisse le devenir sans qu'une révolution des techniques juridiques soit nécessaire <sup>175</sup>. La position est alors prudente, et n'apparaît nullement comme un démenti

---

<sup>175</sup> V. par exemple la théorie de l'institution, chapitre 2, section 2, *infra*. A cet égard on notera en substance la distinction que propose M. Hauriou entre la personnalité morale et la personnalité juridique (la personne morale, qui sera plus tard l'institution, n'est pas nécessairement une personne juridique selon le vocabulaire utilisé alors par l'auteur), et la place que

logique à la démonstration de René Savatier, ni comme une adhésion à la démonstration de Jean Dabin ; la prétention de celle-ci à la validité exclusive est tout autant repoussée. On revient, en fin de compte, à une question d'opportunité dans l'interprétation. Tout en admettant que les énoncés sont susceptibles d'interprétations différentes, on reconnaît que l'interprétation actuellement authentique, bien que susceptible d'évolution sans modification des énoncés, a tranché dans le sens du refus ... pour l'instant.

**62.** Doit-on alors s'en tenir à un relativisme prudent, souvent reproché, de manière sans doute excessive, à l'école positiviste <sup>176</sup>, et renvoyer dos à dos les auteurs qui prennent le risque de trancher ? Nous ne le pensons pas, parce qu'il nous paraît nécessaire de replacer le débat dans une analyse du phénomène normatif.

Si, dans l'absolu, les deux présentations divergentes proposées par René Savatier et Jean Dabin peuvent avoir une égale valeur d'un point de vue de cohérence ou d'interprétation doctrinale d'énoncés juridiques, il n'en est pas de même de leur valeur contingente dans une interprétation systémique, c'est-à-dire de leur valeur eu égard à l'ensemble du système juridique – écrit et jugé – à un moment et en un lieu donnés : au regard du droit positif.

René Savatier plaidait contre le droit exprimé, contre le droit positif explicite, afin de dénoncer un désaccord entre celui-ci et le droit positif implicite tel qu'il devrait être interprété. L'auteur estimait alors que le droit positif peut être autre que le droit exprimé de manière explicite. Pour cela, il devait démontrer que ce droit exprimé n'était pas valide d'un point de vue normatif, donc qu'il avait été posé par des organes non compétents (ce n'est pas là le terrain choisi par l'auteur), ou qu'il avait été posé en contradiction avec le fond des énoncés juridiques. De ce point de vue, nous avons vu que René Savatier ne parvenait pas à convaincre de l'absence de validité du droit exprimé. Dès lors, il n'est pas possible de voir avec lui un écart entre droit exprimé et droit positif. Il faut simplement s'en tenir à une divergence entre des énoncés interprétés par les autorités normatives, c'est-à-dire les autorités interprétant ces énoncés lors de l'édiction d'actes modifiant l'ordonnancement juridique, et ces énoncés interprétés par une partie de la doctrine autour de René Savatier.

Jean Dabin, quant à lui, parle avec ce droit exprimé. S'il ne parvient pas à nous convaincre que le droit exprimé traduit la seule interprétation possible des énoncés juridiques, il faut convenir que l'interprétation qu'il retient ne va pas à l'encontre de l'interprétation retenue par les autorités normatives.

On peut contester d'un point de vue dogmatique l'exclusivité de la présentation que propose Jean Dabin, en tant qu'elle exclurait définitivement tout autre interprétation. Mais on doit

---

tient la famille dans cette démonstration. V. : *Etude sur la personnalité comme élément de la réalité sociale*, op. cit. (n. 131).

<sup>176</sup> Sur le relativisme positiviste, V. C. Grzegorzczuk, F. Michaut & M. Troper (Dir.), *Le positivisme juridique*, LGDJ, 1992.

admettre qu'elle correspond à l'interprétation authentique, donc à la norme. A charge de renverser cette présomption de validité dogmatique si la jurisprudence évoluait <sup>177</sup>.

**63.** En revanche, on peut se demander si, en raison de la nature de son projet, adresser la même critique à Jean Carbonnier est tout aussi pertinent. Moins qu'une critique de droit positif, l'auteur a en vérité énoncé à quelles conditions, dans ce système juridique, il est possible à la doctrine subjectiviste d'envisager la famille du point de vue du droit. En effet, par sa rigueur et son réalisme, cette thèse a clairement révélé l'impasse à laquelle une approche classique du droit, fondée sur la notion de personnalité et de sujet, conduisait pour la compréhension juridique de la communauté familiale. Que reste-t-il de la famille dans la société conjugale, dès lors qu'elle se limite aux aspects patrimoniaux du mariage ? Que reste-t-il de subjectiviste dans la compréhension de l'extrapatrimonial familial quand on ne peut plus le ramener à la notion de sujet de droit ? On verra, dans la théorisation du « non-droit », l'illustration de cette impasse, l'auteur ayant touché par sa démonstration les limites que la théorie subjectiviste assigne au domaine juridique. On appréciera surtout la démonstration extrêmement rigoureuse ainsi faite, *a contrario*, de l'impasse promise à la compréhension de la famille comme sujet de droit.

Nous y voyons de ce fait, pour notre part, une invitation à rechercher ce qui, dans l'approche subjectiviste, fait obstacle à une appréhension plus large du collectif. C'est dire que les imperfections, relatives, de la doctrine subjectiviste dans la présentation de la famille comme sujet de droit nous paraissent riches d'enseignements, pour qui ne voudrait pas renoncer à une analyse juridique de la famille.

---

<sup>177</sup> Cette détermination de la norme par l'interprétation est bien saisie par les analyses réalistes du droit comme celle que propose M. Troper. V. en particulier *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Mélanges Eisenmann, Cujas, 1974, p. 133 et s. & en dernier lieu, en date tout au moins, le débat entre D. de Béchillon et M. Troper, RRJ, 1994, n° 1, p. 247-274.

### SECTION 3 : LA PERSONNALISATION DE LA FAMILLE, UN ENJEU JURIDIQUE LIMITE.

**64.** Les efforts d'une partie de la doctrine subjectiviste pour établir un lien entre la famille et la personnalité juridique méritent attention ; ils sont en toute hypothèse révélateurs d'une démarche qui doit être critiquée par rapport à la nature de la personnalité en tant que technique juridique.

En premier lieu, il apparaît très clairement que cette technique doit être consacrée par une autorité publique, soit dans un énoncé juridique qui la viserait, soit par un acte normatif, c'est-à-dire un acte d'interprétation des énoncés juridiques, et particulièrement, de manière authentique, par une décision de justice à l'occasion d'un procès. Tout effort pour faire reconnaître une personne morale méconnue dans la famille, ou pour démontrer qu'une société de biens existe au sein de la famille, ne saurait avoir d'effet que pour autant que cette reconnaissance n'est pas simplement dogmatico-doctrinale, mais normative. En ce sens, une telle reconnaissance ne peut être que la manifestation d'une volonté normative et, quelle que puisse être par ailleurs la pertinence de la démonstration doctrinale, cette manifestation ne peut être que l'expression d'une politique du droit. Dès lors, tant l'absence de consécration explicite de la personnalité morale de la famille dans un énoncé juridique, que l'absence de décision jurisprudentielle suivant les interprétations doctrinales « personnalisantes » pour estimer que ces énoncés consacrent un sujet de droit collectif dans la famille, doivent être rapportées à ce phénomène politique.

En second lieu, l'échec d'une partie de la doctrine subjectiviste à convaincre de la personnalisation de la famille mérite une analyse des prémisses et de la démarche que cette doctrine adopte. De ce point de vue, la position centrale occupée par la notion de sujet de droit, et par son corollaire, la volonté, cache sans doute mal qu'il est des questions à poser, à propos de la famille, que la mise en oeuvre des concepts de volonté et de sujet est inapte à éclairer en totalité. La démonstration de Jean Carbonnier est ainsi *a contrario* très révélatrice : là où l'auteur parvient à construire un sujet collectif limité aux biens mis en commun par les époux, et lié aux effets que la loi accorde au consentement dans le mariage, il faut rechercher directement les manifestations de la fondation juridique et de la puissance attachée à la famille, et finalement saisir quelles sont les questions juridiques que la réalité sociale familiale pose au droit, questions que, justement, logiquement et normalement, la société conjugale ne peut appréhender.

Ainsi verrons-nous que la personnalisation de la famille, question de politique du droit (§ 1), ne paraît pas pouvoir apporter de solution juridique pertinente aux questions que la protection de la famille pose au droit (§ 2).



## **§ 1 – La personnalisation, une question de politique du droit.**

65. Si l'on admet que la personnalité est une technique juridique, il n'est pas possible de comprendre le recours à cette technique, ou son rejet, sans rattacher l'un ou l'autre à l'ensemble de l'ordre juridique, et, derrière celui-ci, aux volontés politiques qui l'ont institué. Le choix d'une technique juridique par les autorités normatives n'est jamais neutre. Il doit être conscient et s'inscrire dans une réflexion plus générale, qui saisit le droit comme instrument de réalisation d'une politique.

Et il est alors clair que des motivations conjoncturelles pour lesquelles telle technique de droit est ou non adoptée ne sauraient être détachées toutes les dimensions politiques du droit : de son aspect le plus immédiat de politique normative, qui explicitement procède à une gestion politique des procédures d'adoption des textes, à la politique des autorités, qui concrétisent leur programme par le droit, en passant par l'efficacité des politiques publiques que tend à réaliser le droit. Surtout, ce choix tient également à une politique structurelle. Parce que l'Etat et la famille présentent des analogies fortes, la politique de l'Etat ne peut pas ne pas développer une politique de la famille. A cet égard, la question politique du statut juridique de cette réalité sociale que constitue la famille est la question centrale de la politique du droit en la matière.

Or, c'est là que les interprétations doctrinales subjectivistes peuvent apparaître comme défailtantes. Même si Jean Dabin et René Savatier par exemple appréhendent l'ensemble des techniques de droit public et de droit privé dans leurs études, il est à craindre que cette intégration soit insuffisante pour leur permettre d'envisager globalement une étude juridique de la personnalité morale de la famille.

Du simple point de vue du recensement des techniques, on sait en effet qu'il existe un droit privé de la famille <sup>178</sup>, et que ce droit privé ne fait pas obstacle à l'émergence d'un droit public de la famille <sup>179</sup>. Est-ce à dire qu'il suffirait d'accoler l'examen des deux disciplines pour avoir une vision globale de la famille ? Nous ne le croyons pas, pour autant que l'on recherche

---

<sup>178</sup> Notamment : A. Bénabent, *La famille*, Litec, 1994 ; J. Carbonnier, *Droit civil : la famille, les incapacités*, PUF, 1992 ; C. Colombat, *La famille*, PUF, 1990 ; G. Cornu, *La famille*, Montchrestien, 1993 ; J. Hauser & D. Huet-Weiller, *La famille*, 2 tomes, in Ghestin Jacques (Dir.), *Traité de droit civil*, 1993 & 1989 ; P. Malaurie & L. Aynès, *La famille*, Cujas, 1993 ; A. Weill & F. Terré, *Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, 1993.

<sup>179</sup> P. Ardant, *La famille et le juge administratif*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 23 et s. ; J. B. Geffroy, *La famille dans la jurisprudence administrative*, D. 1986, chron. I, p. 1 et s. ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif : les grands services publics*, t. 3, 1978, p. 497 et s. ; Association Henri Capitant : *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, T. XXXIX, Economica, 1988 (Rapp. droit constitutionnel français – P. Ardant) ; Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983.

autre chose qu'une analyse exégétique. S'il est ici indispensable de dépasser la séparation droit public–droit privé pour effectivement essayer d'avoir une vision d'ensemble du statut juridique de la famille, nous sommes persuadés qu'il faut aller plus loin qu'une simple juxtaposition pour rechercher les conditions mêmes de l'apparition de ces différents statuts. De ce point de vue, la question de la personnalité morale de la famille, de son octroi ou de son refus, ne peut être comprise que si on l'extrait du champ du droit privé pour l'intégrer immédiatement dans la problématique essentielle du droit public <sup>180</sup> : celle du rapport de l'Etat avec les groupes.

**66.** Ainsi, avant de s'attacher à une interprétation purement technique de la famille personnalisée, qui tiendrait compte des seuls éléments de droit positif pour essayer d'en déduire ou d'en induire ce que justement il ne dit pas explicitement, convient-il de s'arrêter sur cette politique de l'Etat par rapport à la famille. C'est, en effet, le préalable nécessaire pour apprécier comment, en l'absence d'énoncés juridiques personnalisant la famille, mais en l'absence également d'énoncés normatifs excluant explicitement que la famille soit un sujet de droit, les autorités d'application, au premier rang desquelles pour une analyse authentique il faut envisager les juges, n'ont pas pris parti pour cette technique, et n'ont pas, par l'interprétation normative, dégagé la personnalité morale de l'ensemble des énoncés juridiques.

A cet égard, il faut avoir présent à l'esprit que si les autorités d'application participent effectivement à l'opération normative en transformant en norme ce qui n'est qu'un énoncé juridique non appliqué <sup>181</sup>, elles ne sont pas pour autant libres de toutes contraintes dans la phase d'interprétation et d'application. Comme l'a montré Michel Troper, toute interprétation, toute application, s'insère dans un système de contraintes, c'est-à-dire « dans un ensemble de données juridiques » <sup>182</sup> dont l'autorité doit tenir compte, lié à l'organisation générale du système judiciaire par exemple, ou à l'obligation de motivation. Or, cette organisation, centralisée (par la voie de l'appel et de la cassation notamment, par la voie de la formation juridique également : universités ou Ecole de la magistrature, par exemple), dégage en fait une conception relativement unitaire des relations famille/Etat qui, à la fois, est imprégnée par la politique du droit existante, et, à la fois, la reproduit, la renforce et la perpétue ; cette conception pèse alors sur la difficulté de motiver une décision concluant à la personnalisation de la famille. C'est donc bien cette politique structurelle du droit qui est au centre de la possible compréhension de la question de la famille-sujet de droit.

---

<sup>180</sup> Ce qui ne veut nullement dire disparition ou négation du droit de la famille en droit privé, comme nous allons le voir. Notons que René Savatier avait parfaitement saisi ce problème, comme l'intitulé d'un de ses ouvrages précités l'indique : *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*. Mais il redoutait peut-être les conséquences de cette problématique.

<sup>181</sup> Comme nous le pensons en faisant nôtres sur ce point les analyses de la théorie réaliste de l'interprétation. Pour un exposé de cette théorie, V. notamment M. Troper, *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFD const. 1990 p. 30 et s.

<sup>182</sup> *Id.*, p. 44.

67. Etat et famille possèdent des caractères semblables, qui tendent à les faire apparaître, pour l'individu, comme deux institutions en concurrence.

Parmi l'ensemble des collectivités qui saisissent l'individu, la famille et l'Etat se rapprochent par leur aspect obligatoire : ce sont ainsi deux groupements auxquels on ne peut se soustraire, et cette obligatorité tend à les distinguer des collectivités « ordinaires »<sup>183</sup>. A moins en effet de limiter l'idée de famille au simple couple<sup>184</sup>, la particularité de ce groupe est, comme pour l'Etat, d'englober l'individu pour partie hors de son consentement<sup>185</sup>. On naît dans une famille. On appartient à une famille, et même si, adulte, on est libre d'en fonder ou non une autre, on s'extrait de celle dans laquelle on est né, ou on s'en dispense, tout aussi difficilement que l'on s'extrait ou se dispense de l'Etat<sup>186</sup>. La famille ne participe donc pas pleinement de la logique du contrat qui sous-tend les personnes morales de droit privé. C'est en effet une banalité qu'on a quelques scrupules à rappeler, mais il faut bien avoir à l'esprit que le propre de la famille, toute considération juridique mise à part, est que chaque personne, au moins un instant dans sa vie (pour envisager le cas heureusement rarissime de l'individu qui n'aurait plus aucune famille par parenté ou alliance), l'instant *t* de sa naissance, en a, ou en a eu une. Et chaque fois, il n'y a pas eu lieu pour cette personne à y consentir, non plus qu'il n'y a eu la possibilité de s'en extraire : on peut refuser sa famille comme communauté de vie ou d'affection ; on peut parfois rompre par certaines voies le lien familial juridique ; on ne peut faire disparaître qu'on est fils ou fille de quelqu'un, ou qu'on l'a été, au moins biologiquement.

En ne raisonnant plus maintenant uniquement sur l'appartenance obligatoire, et en introduisant l'élément de pouvoir<sup>187</sup>, qui est indissociable de la relation familiale – pouvoir d'une personne sur des biens affectés de droit ou de fait à la vie familiale, pouvoir d'une personne sur une autre personne, et principalement l'autorité parentale : garde, éducation, choix des modes de vie, etc. –, nous rencontrons des techniques marquées par l'unilatéralité<sup>188</sup>. Elles ne sont pas caractéristiques du droit privé, même si on les y rencontre. Et surtout, en raison de l'impossibilité de faire remonter cette unilatéralité à un consentement juridique préalable, tel le contrat de travail s'agissant des prérogatives unilatérales de l'employeur, elles révèlent un pouvoir dont on dirait

<sup>183</sup> On objectera peut-être qu'il est en droit privé des institutions, choses plus que personnes d'ailleurs (pour utiliser le vocabulaire de M. Hauriou), pour lesquelles l'adhésion est obligatoire (assurance automobile, etc.). Mais cela n'est qu'un impératif conditionnel : il est juridiquement possible de renoncer à se placer dans une situation qui commande cet impératif, quitte (et en cela l'argument strictement juridique, pour exact qu'il soit, est bien théorique) à renoncer aux avantages ou droits que procure cette situation. A l'exception de ce qui se passe pour une partie du droit de la famille ... nous y reviendrons.

<sup>184</sup> V. les conséquences juridiques au § suivant.

<sup>185</sup> Pour partie seulement, car des techniques juridiques permettent de s'extraire du groupe (V. *infra*) et parce que, sauf à ramener toute les familles à un mytique ancêtre commun, il faut bien admettre que lorsqu'on fonde une nouvelle famille, on s'extrait d'une certaine manière (V. *infra*) de celle dont on est issu.

<sup>186</sup> Comme en témoigne par exemple le devoir d'aliment.

<sup>187</sup> Cf. de ce point de vue l'étude extrêmement importante d'E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

<sup>188</sup> Ni l'aménagement de l'autorité parentale et l'exercice en commun qui en résulte, ni son contrôle n'occultent ce caractère unilatéral : l'unilatéralité ne tient pas à l'unité de l'auteur de l'acte mais bien au caractère intrinsèquement normateur de l'acte, qui modifie l'ordonnancement juridique sans que son destinataire ait à y consentir.

volontiers, si on n'avait pas peur d'être mal compris, qu'il n'est pas sans présenter des analogies avec la structure d'un « droit réel »<sup>189</sup> : analogie structurelle non pas parce que le droit porterait sur une chose, mais parce que, droit sur un individu qui n'a pas à y consentir, il révèle une situation exorbitante du droit privé, que l'on ne retrouve guère, dès lors qu'il ne s'agit plus de choses mais d'individus, qu'en droit public<sup>190</sup>.

Il résulte de cela que la famille est pour l'individu un fait social, au sens que Durkheim donne de ce terme, c'est-à-dire « un fait qui se reconnaît au pouvoir de coercition externe qu'il exerce ou est susceptible d'exercer sur les individus », fait externe à l'individu et qui s'impose à lui, ne serait-ce que par sa présence. Mais elle est également un fait social pour l'Etat, parce qu'elle est pour l'individu un fait social concurrent de l'Etat. L'affirmation peut surprendre, si l'on se place d'un point de vue général et objectif : comment la famille, sans statut juridique, sans pouvoir de contrainte légitime, sans moyen véritable d'action apparent, pourrait-elle concurrencer cette machine souveraine que les juristes voient dans l'Etat ? Elle paraîtra bien plus acceptable si l'on se place du point de vue subjectif de l'individu, le seul finalement qui compte ici, puisque c'est cette subjectivité qui doit également accepter ce qui n'est qu'une construction intellectuelle, l'Etat, avec les attributs de souveraineté qui s'y attachent<sup>191</sup>. Or de ce point de vue, il est clair que l'individu est saisi de manière totale par ces deux institutions : hors son consentement, à tout instant, en tous lieux. Des deux, il n'est *a priori* aucune échappatoire, sauf mise en jeu de procédures longues et complexes, nullement comparables à la démission d'un emploi ou d'une association par exemple. Et toujours de ce point de vue, il est possible que les pouvoirs étatiques et familiaux se concurrencent, parce que notamment ils n'obéiraient pas aux mêmes objectifs.

**68.** Le thème est classique. La littérature n'a-t-elle pas construit quelques-uns de ces plus beaux chefs-d'oeuvre autour de lui ? Il suffit de penser, par exemple et chacun a dans ses souvenirs ses propres lectures, à l'opposition du coeur (la famille) et de la raison (l'Etat), chez Chrétien de Troyes<sup>192</sup>. Il faut surtout saisir comment cette concurrence se manifeste essentiellement et comment elle peut être gérée. A cet égard, on doit souligner comment la famille

---

<sup>189</sup> Quand nous disons « structure d'un droit réel » nous disons très exactement que l'individu, généralement l'enfant, se trouve dans une situation que l'on rencontre habituellement en droit privé pour les choses, et non pour les individus. Il est ainsi très révélateur que l'on ne trouve, pour caractériser la structure de ce pouvoir, qu'une expression par référence à une « chose » (*jus in re*), de laquelle il faut partir pour construire éventuellement un équivalent qui puisse à la fois marquer la structure du droit (*jus in*) et son objet (la personne et non la chose) : *jus in persona*. Cela ne veut donc en rien dire qu'en fait l'individu est traité comme une chose, ni même que le droit habilite un individu à traiter un autre individu sans tenir compte de sa nature humaine. Mais le fait que les droits de l'enfant soient pris en considération et garantis n'empêche pas que, structurellement, l'enfant se trouve dans une situation qui l'implique juridiquement sans qu'à aucun moment cette situation ne puisse s'analyser, de près ou de loin, comme la manifestation d'un droit personnel : *jus ad personam*.

<sup>190</sup> Même en droit du travail par exemple, le pouvoir est ramené *ab initio* au contrat, c'est-à-dire à l'expression du consentement.

<sup>191</sup> Sauf en effet à faire de l'Etat un totalitarisme de tous les instants, il faut bien admettre qu'il repose d'abord et surtout sur la conception que ses sujets s'en font. La force et la souveraineté de l'Etat, au moins sa souveraineté intérieure, sans laquelle il n'est aucune souveraineté extérieure, c'est bien que chaque individu subjectif perçoive comme existant ce qui n'a aucune existence matérielle, l'Etat.

<sup>192</sup> *Yvain ou le chevalier au lion*.

et l'Etat sont deux moments de l'éveil de l'individu au collectif, comment, par ces institutions, il prend conscience de sa nature sociale, mais également comment ces deux collectifs ne participent pas de la même dimension, proposant ainsi deux horizons collectifs totalement différents. Parce que l'Etat tend à l'universalité, ou, du moins, se présente comme tel (ce que montre le concept d'*intérêt général*), il doit s'appuyer sur la dimension collective que la famille fait percevoir à l'individu, mais il doit également parvenir à nuancer cette dimension, et à ne pas la faire apparaître comme une frontière ou une limite au collectif.

**69.** Il n'est pas inutile alors de repartir de la manière dont ces deux collectifs que sont la famille et l'Etat se constituent l'un par rapport à l'autre, et comment cette constitution est à la fois juridique et politique.

On peut ainsi rappeler avec Hannah Arendt comment, à l'origine, la famille relevait bien du droit privé en ce que le terme même de droit privé signifiait, en réalité, privé de droit, par incorporation dans le groupe familial : dans la Grèce antique, la famille s'inscrit dans le domaine de l'économie, lieu de la vie forcée et naturelle, lieu d'inégalité <sup>193</sup>. A l'inverse, le domaine du politique est le domaine de la liberté et de l'égalité, auquel seul pourtant le chef de famille a accès : ni la famille en tant que groupe, ni *a fortiori* les individus qui la composent en dehors du chef, n'ont directement accès au politique et au droit. Si cela fait implicitement de chaque famille une entité reconnue dans le politique par la reconnaissance de liberté octroyée de manière égalitaire à chacun des chefs de famille, l'existence même de la famille prive tous ses autres membres de droits publics (c'est-à-dire, dans notre conception moderne et positiviste, de droits).

L'individu est alors bien pris dans une dimension collective, mais ce collectif ne l'ouvre pas à l'universel, parce qu'il tend à l'enfermer dans la communauté familiale. Cependant, parce qu'elle est déjà plus que l'individuel, parce qu'elle est déjà communauté, et parce qu'elle fonctionne comme l'Etat sur le mode de la nécessité, de la puissance et de la généralité, la famille est une étape sans laquelle l'Etat ne saurait exister. Si l'histoire des idées politiques est fortement marquée par une telle analyse <sup>194</sup>, sur le plan historique (la famille précède l'Etat) ou sur le plan métaphorique (l'Etat se construit et fonctionne comme la famille <sup>195</sup>), c'est essentiellement la construction hégélienne, relayée ensuite par d'autres approches, marxistes notamment, qui a le plus clairement mis en valeur cette dialectique <sup>196</sup>. Mais pour être sans doute moins systématisée,

<sup>193</sup> *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1983, spécialement le chapitre II : *Le domaine public et le domaine privé*.

<sup>194</sup> A titre de présentation, V. C. Bruschi, *Essai sur un jeu de miroir : famille / Etat dans l'histoire des idées politiques*, in Association française des historiens des idées politiques, *L'Etat, la révolution française et l'Italie*, PUAM, 1990. ; J. F. Spitz, *L'Etat et la famille*, Droits n° 16, 1993, p. 59 et s.

<sup>195</sup> Cf. M. Borgetto, *Métaphore de la famille et idéologie*, in Faculté de Droit et des Sciences Sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 1 et s.

<sup>196</sup> Il faut ici penser à ce texte capital de la philosophie politique et juridique que sont *Les principes de la philosophie du droit*, dans lequel Hegel s'attache à montrer la constitution de l'Etat comme universalité dépassant et englobant les individus et leurs collectifs (Gallimard, 1963). Sur la famille chez Hegel, V. : P. Dupire, *Famille, besoin, travail et société civile chez Hegel*, in CURAPP, *La société civile*, PUF, 1986, p. 33 et s.

une telle réflexion sur les collectivités, naturelles ou non, comme étape dans l'éveil de la conscience individuelle à la communauté sociale d'abord, à l'universalité politique ensuite, s'étend bien au-delà de la philosophie allemande : on la retrouve, pour s'en tenir à un exemple universellement connu, chez Alexis de Tocqueville, à propos de la commune, de l'association et finalement de la famille <sup>197</sup>.

Tout l'effort intellectuel du christianisme d'abord, du libéralisme politique ensuite, a ainsi porté sur la recherche de l'individu dans les groupes élémentaires et sur la construction de la personnalité juridique à octroyer à cet individu pour qu'il puisse s'ouvrir à l'universel, au politique, et que l'Etat puisse de ce fait s'en saisir directement hors de l'économique.

**70.** Ainsi la construction de l'Etat lui-même, entendu comme ordre juridique spécifique, c'est-à-dire comme un ensemble de normes souveraines sur un territoire et la population qui s'y trouve, n'est possible qu'à partir de ces groupes primaires dont la famille constitue l'archétype. Cependant, une telle construction exige alors que ces groupes se résorbent dans cet ordre juridique souverain <sup>198</sup>. De ce point de vue, l'émergence d'une entité juridique souveraine telle que l'Etat ne peut se faire qu'en niant la réalité sociale des entités à partir desquelles il se constitue, telles les familles. L'Etat doit déconstruire cette réalité en objet juridique. Cela ne signifie pas nécessairement que l'objet juridique construit soit sans rapport avec ces réalités : il pourra en être la copie juridique, aussi près du modèle que possible, comme à l'inverse il pourra en être fort éloigné ; c'est là une question de politique du droit. Mais cela signifie que l'Etat met en place des normes qui tendent à nier que ces réalités existent en dehors de lui, et qui donnent à ces réalités sociales un statut en son sein : par là, l'Etat les intègre et peut, grâce à cette intégration, construire sa souveraineté.

**71.** A cet égard, l'analyse d'Hannah Arendt mérite attention pour la compréhension du droit moderne, celui de l'Etat démocratique libéral. Comme le montre l'auteur, le glissement progressif de l'économique, qui constituait le champ de l'activité familiale et de l'espace privé, vers l'espace public, exige une autre approche et une autre forme d'Etat que celles de l'Etat antique, spécifiques à cette modernité libérale.

L'individu, qui existait dans la sphère politique, n'y existe plus ; celle-ci ne connaît en effet que des personnes juridiques, sujets de droit, égales en droit, n'ayant pas d'individualité subjective, mais dont le conformisme, c'est-à-dire la conformité aux postulats constitutifs de l'Etat, à ses valeurs politiques fondamentales d'égalité juridique, est la condition nécessaire que réalise la personnalité juridique. C'est là l'idée de base de tout le droit libéral : les hommes naissent libres et égaux en droit, ce qui signifie à la fois qu'ils ont une égalité de droits, et qu'ils

---

<sup>197</sup> *De la démocratie en Amérique*, à plusieurs reprises et spéc. 3<sup>e</sup> partie, chap. VIII, in *Oeuvres*, Robert Laffont/Bouquins, 1986, p. 559 et s.

<sup>198</sup> *Se résorber* étant pris au sens de *absorption par un corps ou un système*, et non au sens dérivé de *disparition*, sachant cependant que cette absorption peut, parfois, avoir pour effet la disparition.

sont égaux dans la sphère du droit ; mais cela signifie également que tout ce qui fait leur spécificité, leur inégalité subjective ou objective, leur personnalité au sens psychologique du terme, pour tout dire leur individualité, est hors du droit.

Au contraire, c'est là où il n'existait pas que l'individu resurgit : dans la famille, dans l'espace privé. C'est en effet là que l'homme échappe – ou tout au moins pourrait échapper – aux normes qui le saisissent dans l'espace public pour pouvoir s'exprimer dans sa totalité et son immédiateté, débarrassé du masque de la personnalité juridique ; mais pour ce faire, il est indispensable que la famille échappe elle-même à l'espace public : réduite à l'intimité des individus, elle se trouve sans statut dans cet espace public <sup>199</sup>. C'est ainsi que Tocqueville peut constater : « la démocratie détend les liens sociaux, mais elle resserre les liens naturels. Elle rapproche les parents en même temps qu'elle sépare les citoyens » <sup>200</sup>.

Le conformisme est, en effet, dépendant du droit, qui doit d'abord s'attacher à un statut juridique du collectif, et particulièrement de la famille, ne faisant pas obstacle à la construction de l'Etat comme universalité.

Cette construction politique ne peut ainsi se réaliser qu'au prix de la déconstruction juridique des communautés du domaine privé, que celles-ci deviennent publiques – happées par l'Etat et reconstruites par le droit – ou qu'elles soient exclues du domaine juridique – privées au sens premier de droit–.

**72.** Le droit de l'Etat moderne manifeste ainsi une méfiance à l'égard des groupes, méfiance révélatrice d'une pensée politique logiquement centrée sur l'individu, et ainsi d'un véritable individualisme méthodologique, pour emprunter un concept sociologique <sup>201</sup>.

La Révolution française a voulu supprimer les groupes intermédiaires <sup>202</sup> et n'admettre de collectif que public dans cette perspective de liberté et d'égalité. Ce n'est que tardivement que le législateur a admis l'association d'individus, syndicale, politique ou civile <sup>203</sup>. Encore était-ce sous l'empire de la liberté d'adhérer et a-t-il fallu qu'une volonté politique des pouvoirs publics se traduise par la mise en place par la loi (expression s'il en est de la puissance publique) d'un régime juridique approprié : le contrat (expression de la liberté individuelle) <sup>204</sup>.

<sup>199</sup> Rapp. du livre classique de J. Habermas, *L'espace public*, Payot, 1978.

<sup>200</sup> *Op. cit.* (n. 197) p. 563.

<sup>201</sup> V., parmi une littérature abondante, les ouvrages classiques : E. Cayret, *Le procès de l'individualisme juridique*, Sirey, 1932 ; L. Duguit, *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, F. Alcan, 1908 ; M. Waline, *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, 1945. Adde : J. A. Mazères, *Théories institutionnelles de la connaissance juridique*, cours de DEA de droit public, Université de Toulouse 1, 1994.

<sup>202</sup> L. Le Chapelier des 14 & 17 juin 1791.

<sup>203</sup> Partis politiques (art. 4 Const. du 4/10/1958), syndicats (L. 21/3/1884), associations (L. 1/7/1901). Encore faut-il noter que le juge constitutionnel est heureusement intervenu pour garantir le droit au groupement : droit syndical (*D. 144 DC du 22/10/1982* ; Pouvoirs 1983 chron. Avril & Gicquel ; Gaz. Pal. 1983.28/29 p. 6 ; RD publ. 1983 p. 333 note Favoreu ; Dr. soc. 1983 p. 155 note Hamon) et liberté d'association (*Déc. 44 DC du 16/7/1971*, GDCC n° 19 avec bibliographie).

<sup>204</sup> A cet égard, la collectivité comme collection d'individus succède à la communauté.

En matière familiale, l'individualisme issu de la Révolution française a alors durablement marqué le système juridique français. L'ensemble de la politique juridique que mène l'Etat libéral depuis la Révolution française révèle véritablement l'individualisme méthodologique dont nous parlions <sup>205</sup>, et qu'incarne, au plan théorique, la doctrine subjectiviste centrée sur le sujet de droit et l'autonomie de la volonté <sup>206</sup>. *A contrario*, les périodes où libéralisme et démocratie ont été mis entre parenthèses ont été favorables à la famille en tant qu'institution forte, et ont parfois mené, comme le régime de Vichy, une politique favorable à la personnalisation, sans toujours y parvenir.

Le consensualisme du droit privé, la puissance publique contrôlée (Etat de droit <sup>207</sup>) apparaissent donc comme les deux faces <sup>208</sup> d'un même mouvement protecteur de l'individu <sup>209</sup>. Le groupe en droit ne connaît de ce fait que trois positions. Soit il est issu du consentement et donc de l'exercice par la personne physique de sa liberté individuelle dans le cadre des statuts et des habilitations que l'Etat a mis en place, au travers du contrat d'association ou de société par exemple. Soit il provient directement des manifestations de la puissance publique en charge de la protection de la liberté individuelle, qui crée le groupe sans que ses membres aient à y consentir, par sa compétence normative, comme, entre autres, pour les collectivités locales ou les associations syndicales de propriétaires <sup>210</sup>. Soit, enfin, il n'est pas juridiquement consacré et, pour exister éventuellement hors de la sphère juridique, dans la réalité sociale, se trouve inexistant *de jure*.

---

<sup>205</sup> L'analogie est limitée, puisque la question posée n'est pas celle de la constitutionnalité de la famille-personne morale, mais celle de son existence ; il faut cependant constater que la tradition républicaine, et son corollaire normatif, les principes fondamentaux reconnus par les lois de la république, ne font aucune place à la famille.

<sup>206</sup> Cf. notamment S. Goyard-Fabre, *Sujet de droit et objet de droit : défense de l'humanisme*, in *Sujet de Droit et objet de Droit*, Cahiers de philosophie politique et juridique n° 22, Presses Universitaires de Caen, 1992, p. 7 et s. V. également les considérations générales présentées par J. F. Niort, *La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité*, RRJ, 1994, p. 773 et s.

<sup>207</sup> Sur cette notion, V. J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1992.

<sup>208</sup> Ce qui est vrai des institutions-personnes l'est aussi des institutions-choses (actes) : c'est la fameuse présentation de l'unilatéralité comme spécificité du droit administratif par rapport au droit civil à laquelle se réfèrent tous les manuels. Cf. J. A. Mazères, *Acte administratif unilatéral et institution*, cours de DEA de droit public, Université de Toulouse 1, 1985.

<sup>209</sup> Etant entendu qu'en dernière instance, au regard de cette fondation politiquement marquée de l'ordre juridique, le droit privé lui-même se ramène à la puissance publique dans son existence et dans son contenu. C'est-à-dire que l'existence d'un droit privé qui ne soit pas une privation de droit et qui soit distinct structurellement du droit public, n'est pas une évidence mais une construction méthodologique nécessitée par l'individualisme politique (Rappr. de l'art. 66 de la Const. avec toutes ses ambiguïtés théoriques et ses conséquences pratiques : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi » ; Cf. F. Fines, « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle » dans *la jurisprudence constitutionnelle*, RFD adm. 1994, p. 594 et s.) & T. Renoux, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, 1984.

C'est en ce sens qu'on a pu dire que tout le droit est droit positif étatique, et que donc tout droit est public, niant l'existence même d'un droit privé (tel la *Thémis* antique) : V. H. Kelsen, *Théorie pure du droit (traduction française de la 2<sup>e</sup> édition de la « Reine Rechtslehre » par Charles Eisenmann)*, Dalloz, 1962. Pour une approche critique de l'analyse kelsénienne, V. *infra*, chapitre 2. Pour l'usage du droit privé dans une politique publique de la famille, V. 2<sup>e</sup> partie, titre 2.

De là vient l'extrême importance pour les libertés d'un contrôle de constitutionnalité permettant une inscription constitutionnelle du droit privé. V. F. Luchaire, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, RTD civ. 1982, p. 249 et s. ; M. Frangi, *Constitution et droit privé, les droits individuels et les droits économiques*, Economica, 1992 (et la préface de L. Favoreu).

<sup>210</sup> Rappr. pour l'existence d'une collectivité dans cette logique le très célèbre arrêt *Canal de Gignac* (T. Confl., 9/12/1899, GAJA n° 7 avec bibliographie).



73. La mise en oeuvre de la technique de la personnalité est ainsi indissolublement liée à l'existence du pouvoir public et à sa conception de l'espace public. Elle permet d'intégrer les individus dans le système juridique de ce pouvoir, et de garantir des droits subjectifs à tous <sup>211</sup>. C'est à partir de là seulement que l'on peut envisager la question de la personnalité morale pour la famille, c'est-à-dire d'une construction juridique par laquelle l'Etat admet un groupe et détermine son statut.

De quelque côté que l'on envisage la question, une volonté manifeste, qui ne peut être que publique en ce qu'elle doit être juridique et normative (énoncé juridique ou acte d'application), doit s'exprimer pour faire de la famille un sujet de droit <sup>212</sup>, puisque les caractères de ce groupe en termes d'obligatorité sont tels qu'ils font obstacle à une explication ramenant totalement sa fondation à la volonté consciente et exprimée de chacun de ses membres. Sans doute rencontrons-nous ici les limites de la discussion juridique sur le problème de la personnalité morale de la famille. Il ne s'agit pas de construire théoriquement un modèle par l'articulation et l'interprétation de différentes techniques qui en constituent le statut. Le problème est tout autre : il s'agit de savoir si, au regard des principes politiques qui ont présidé à la constitution de notre système juridique, la famille peut et doit être érigée en personne juridique.

C'est bien comme cela que certains tenants de la personnalité morale pour la famille ont compris la question, y voyant une dignité pour le groupe. Et c'est pour cette raison même que René Savatier peut finalement tenter de présenter la personnalisation comme étant une simple mise en cohérence du droit existant, n'entraînant pas de modification importante du droit applicable : à cet égard, la personnalisation remplit essentiellement ici une fonction politique dans la relation entre l'Etat et les corps intermédiaires <sup>213</sup>, qui a des conséquences juridiques, mais qui n'est pas un impératif, d'autres éléments de la technique du droit pouvant aboutir à des résultats comparables <sup>214</sup>.

74. Nous rencontrons donc bien d'abord un problème d'opportunité politique et non de technique juridique. Il appelle un choix des autorités politiques. Il n'échappe pourtant pas de ce seul fait à toute argumentation de droit.

D'une part, d'un point de vue immédiat, on observe que si la réponse des pouvoirs publics au problème de la personnalisation de la famille n'a jamais été, comme nous l'avons vu,

---

<sup>211</sup> On se reportera avec profit à la très intéressante introduction que J. P. Gastaud a proposée à sa thèse (*Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, 1977), justement intitulée « Individualisme et phénomènes juridiques collectifs ».

<sup>212</sup> Cf. nos développements sur la *relevance*, *infra*, chapitre 2.

<sup>213</sup> Fonction de reconnaissance, d'affirmation ou de négation des valeurs politiques constitutives de l'Etat, etc. Sur les fonctions politiques et juridiques de la personnalisation, Cf. E. Gaillard, *thèse citée* (n. 187) p. 165 et s.

<sup>214</sup> V. chapitre 2 du présent titre.

explicite, l'examen de la politique menée en matière de statut juridique privé <sup>215</sup> ou public <sup>216</sup> et en matière de droits individuels <sup>217</sup> incite à rejeter toute construction implicite d'une famille personnalisée. A cet égard, la volonté de soumettre l'essentiel du statut du groupe au droit civil, droit des relations individuelles, droit intra-familial plus que droit familial, manifeste cette «non-reconnaissance» du collectif, et s'inscrit bien dans l'individualisme méthodologique de l'Etat en ramenant essentiellement le droit à des situations individuelles : mariage ou filiation, par exemple <sup>218</sup>. Techniquement discutée, la présentation de la « personnalité morale méconnue » semble alors politiquement illusoire. Cela incite fortement à tenir cette personnalité en l'état pour inopérante.

Eventuellement d'autre part, la question pourrait subir un examen juridique. Une volonté politique de personnaliser la famille qui, en l'état actuel du droit positif, aux termes de l'article 34 de la Constitution <sup>219</sup>, devrait émaner du législateur, pourrait être soumise à l'examen du Conseil constitutionnel pour voir si cette consécration de la personnalité morale ne porte pas atteinte aux droits individuels constitutionnellement, voire internationalement, garantis. A cet égard, l'alinéa 10 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui dispose que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement », marque clairement qu'un exercice de conciliation ne serait pas sans difficulté : notamment, cette disposition devrait-elle être interprétée comme impliquant la construction de la famille comme sujet de droit <sup>220</sup> ? Ceux qui voient dans le sujet de droit une protection essentielle pourraient le penser, même si, à notre sens et comme nous nous emploierons à le montrer, il est d'autres techniques que celle du sujet pour organiser la protection juridique d'une institution.

Enfin, et surtout, si l'on met en perspective la démonstration d'une partie de la doctrine subjectiviste qui vise essentiellement à convaincre les juges, la question pourrait se poser au contentieux. Or à cet égard, si rien n'empêche la validité d'un jugement consacrant cette personnalité, la conjonction de l'unité politique du droit libéral depuis deux siècles relativement à la question de la famille-sujet, et des systèmes de contraintes, notamment d'appel et de cassation, sont tels qu'une telle consécration semble pouvoir être exclue pour l'avenir, comme elle l'a été jusqu'à présent.

---

<sup>215</sup> V. J. Carbonnier : *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979 & *Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1983. Adde J. Rubellin-Devichi, *L'évolution du statut civil de la famille depuis 1945*, CNRS, Lyon, 1983.

<sup>216</sup> Particulièrement le statut politique au regard du suffrage et de la représentation ; V. 2<sup>e</sup> partie *infra*.

<sup>217</sup> V. cette partie, titre 2.

<sup>218</sup> En ce sens, l'expression utilisée et discutée de « non-droit » – V. les ouvrages de Jean Carbonnier (n. 215) –, si on l'admet, nous semble devoir renvoyer d'abord à un non-droit du groupe ou non-droit public. Nous y reviendrons au chapitre suivant.

<sup>219</sup> « [...] La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; [...] ; l'état et la capacité des personnes [...]. La loi détermine les principes fondamentaux : [...] du régime de la propriété, des droits réels, et des obligations civiles et commerciales [...] ».

<sup>220</sup> V. sur cet alinéa important le titre 2 de cette partie.

75. Un tel sentiment est confirmé si l'on s'interroge enfin sur les avantages techniques qu'apporterait la personnalisation de la famille. Au-delà des significations et utilisations politiques de la technique, force est alors de constater que la personnalisation ne semble guère indispensable. Si, bien sûr, elle permet une individualisation patrimoniale qui peut être simplificatrice, s'agissant particulièrement des biens communs (sépulture familiale, souvenirs de famille, voire régimes matrimoniaux), on doit constater que le droit civil, au travers de règles parfois complexes (successions, etc.), propose des techniques qui dans l'ensemble remplissent des fonctions équivalentes. S'agissant, ensuite, de l'autorité ou du pouvoir, la personnalisation permettrait assurément de qualifier les organes de la famille en tant que tels. Mais cette qualification serait le fait du législateur, qui investit directement certaines personnes de cette autorité, dans le régime actuel, sans pour autant avoir cru nécessaire de recourir à la personnalité collective.

On peut alors avoir légitimement le sentiment qu'une telle personnalisation, si elle permet une cohérence explicite de la matière en insistant sur l'unité collective qu'incarne la famille – et une telle insistance est pleinement un acte politique conférant une dignité au groupe, comme nous l'avons vu –, n'est nullement nécessaire techniquement. Aussi peut-on affirmer que la question de la personnalité morale de la famille relève exclusivement d'un questionnement de la politique du droit, c'est-à-dire d'une utilisation des techniques juridiques, telle celle de la personnalité morale, dans un contexte de politique constructive de l'Etat. Cela révèle bien que l'important alors n'est pas tant de s'attacher à l'une de ces techniques, comme celle du sujet de droit, pour faire de cette technique l'unique moyen de protection de la réalité collective familiale par l'Etat dans le cadre de cette politique, mais bien de saisir, à l'opposé, quelles sont les questions juridiques que la famille pose au droit, pour espérer comprendre comment, dès lors, des techniques juridiques, compatibles avec la politique du droit que mène l'Etat, peuvent assurer la protection de la famille. A cet égard, il est certain que les problèmes que posent au droit la fondation de la famille, qui ne peut être toujours déduite du consentement de l'ensemble de ses membres, et les manifestations de puissance qui y trouvent place, dans l'autorité parentale notamment, revêtent une importance capitale.

## **§ 2 – La personnalisation, une réponse incomplète.**

76. Si René Savatier voyait dans l'ensemble du phénomène familial, alors non défini de manière précise, une personne morale, ce serait en revanche mal comprendre la démonstration de Jean Carbonnier que de prétendre qu'il a entendu montrer que la famille était une personne morale. Au contraire, tout l'intérêt de sa recherche tient au souci avec lequel il a soigneusement construit une séparation entre ce qui peut être juridiquement considéré comme le domaine communautaire personnalisé sous forme sociétale (régime matrimonial), et le reste, renvoyé au statut légal ou soustrait à l'emprise du droit.

Dès lors, on peut repartir de cette démonstration pour mettre en avant les limites inhérentes à l'approche subjectiviste de la famille et du droit. De ce point de vue, il semble très clair que la construction de Jean Carbonnier, entièrement dépendante du consensualisme, a des incidences singulièrement restrictives pour la protection de la famille.

D'abord, le recours à la notion de contrat, que le subjectivisme implique derrière la volonté, à défaut, bien entendu, de volonté législative, et qui est au centre de la fondation de la société conjugale, recouvre mal la diversité des situations familiales : il met en évidence la trop grande pauvreté de la classification des actes juridiques qu'adopte la doctrine subjectiviste, inapte à rendre compte totalement des phénomènes de fondation des réalités collectives. Il est alors nécessaire de réfléchir sur la mise en oeuvre d'outils descriptifs adaptés aux réalités que l'on entend décrire, en s'interrogeant sur la question juridique essentielle de la fondation (A).

Ensuite, l'aspect communautaire, limité au patrimoine, ne saurait constituer une réponse à l'ensemble des interrogations juridiques en matière familiale, qui révèlent prioritairement une dimension extrapatrimoniale, et qui témoignent d'une problématique de la puissance (B).

Ainsi, cette présentation, centrée sur le couple, montre que l'analyse juridique doctrinale, si elle prétend s'interroger sur la protection juridique de la famille, ne peut se contenter de l'absence de définition de la famille dans les énoncés juridiques ou dans les actes juridiques les appliquant. Préalable indispensable à la construction normative de la famille comme sujet, la délimitation, pour l'étude, de la famille, à défaut d'une réelle définition juridique, est également un impératif doctrinal. Ne pouvant être déduite d'énoncés juridiques qui n'ont en aucune manière vocation à fournir une définition de ce qui n'est pas un sujet de droit, elle doit alors être construite à partir d'une analyse du droit positif et de la manière dont il appréhende les questions de la puissance et de la fondation (C).

## **A – Nécessité d’une analyse de la fondation juridique de la famille.**

77. Il faut distinguer deux choses dans la personnalisation. La première a trait à l’existence d’une catégorie de personne morale et au régime qui y est attaché. Cette question, comme nous l’avons dit, relève totalement d’une volonté des autorités normatives. La deuxième a trait à l’application de ce statut juridique à tel groupe de fait : on distingue alors deux grandes voies, qui ne sont que les conséquences d’un élément du statut lui-même. Soit le statut s’applique objectivement, sans manifestation de volonté de la part des sujets individuels qui vont y être soumis, parce que les autorités en ont décidé ainsi : il y a « self starting status », appliqué automatiquement à l’individu sans qu’il ait à y consentir directement ou indirectement (par exemple, la filiation pour l’enfant). Soit le statut est la conséquence d’une manifestation de volonté des individus qui y seront soumis, manifestation directe lorsqu’ils ont à consentir à ce statut (par exemple la nomination du fonctionnaire, qui peut y renoncer) ou indirecte lorsque les individus, sans consentir au statut, ont dû consentir à un acte qui déclenche l’application du statut (par exemple, le mariage).

Toute la construction théorique de la société conjugale tourne autour de la conjugaison de ces deux éléments. Ce que montre Jean Carbonnier, c’est finalement que, puisque la famille n’est pas personnalisée explicitement par les autorités normatives, mais puisqu’il y a un statut juridique collectif mis en place par les autorités normatives dans un domaine plus vaste que celui de la famille (la société), ce statut ne peut être déclenché automatiquement («Self-starting»), puisque ces autorités ne l’ont pas exprimé ainsi, alors qu’il peut être consenti. C’est alors le contrat qui apparaît comme l’élément juridique déclenchant un statut collectif (les régimes matrimoniaux) et fondant la personne morale (la société conjugale).

Mais la construction, en raison de sa structure même, ne peut concerner que les situations où l’expression du consentement est envisageable. En cela, elle est parfaitement subjectiviste, puisqu’elle se constitue totalement autour de la notion de sujet de droit, les sujets individuels fondant par leur consentement le sujet collectif. Elle nécessite la mise en jeu d’un type d’acte juridique : le contrat. C’est de ce point de vue alors que la place centrale accordée au contrat comme expression juridique du consentement, tant dans la construction politique individualiste du Code civil que dans la doctrine subjectiviste qui interprète ce code, apparaît comme une limite.

78. Cette place découle en effet principalement d’une séparation essentielle aux yeux de la doctrine, la séparation entre consensualisme/contrat et puissance publique/acte unilatéral. Au

contrat, idéal-type de l'acte plurilatéral, qui garantirait le consensualisme, répond l'acte unilatéral, « procédé-type de la puissance publique » <sup>221</sup>.

Le consentement qui préside au mariage, l'importance de la volonté des deux époux quant à la détermination du régime matrimonial qui leur sera applicable, ont fait ranger sans hésiter ces actes juridiques dans la catégorie des actes plurilatéraux. Il n'est pas certain pourtant que la qualification contractuelle du régime matrimonial ne relève pas d'une ambiguïté dans la théorie des actes, préjudiciable à une approche juridique du groupe familial <sup>222</sup>.

Le recours au contrat, pour rendre compte d'hypothèses très diverses, s'agissant tant de l'échange nécessairement éphémère <sup>223</sup> des biens que de la constitution d'entités, est à cet égard suspect. La classification qu'a construite et qu'utilise de manière quasi exclusive la théorie classique du droit, largement imprégnée ainsi de subjectivisme en ce qu'elle est fondée sur la notion de croisement des volontés, est alors purement formelle, et confond sous la même catégorie d'actes celui par lequel le boulanger vend son pain, et l'assureur sa couverture, celui par lequel employeur et salarié conviennent d'un lien, ou celui par lequel des individus décident de constituer entre eux une communauté de vie et de biens. Formellement semblables en ce que chacune des parties à l'acte manifeste juridiquement son consentement – ce qui distingue pour la théorie classique de tels actes des actes unilatéraux –, ces actes ont des particularités matérielles qu'il est sans doute réducteur d'ignorer. Le cas du mariage, pour lequel on ne peut croire qu'il suffise que les volontés se croisent pour former l'acte, mais qui nécessitent que celles-ci s'accordent et demeurent accordées <sup>224</sup>, appelle sans doute à cet égard une autre approche de la théorie des actes <sup>225</sup>.

**79.** De nombreux auteurs ont eu parfaitement conscience de ces limites <sup>226</sup>. Parmi eux Léon Duguit s'est efforcé <sup>227</sup>, en tenant justement compte de la spécificité du mariage, de proposer une classification qui, sans remettre en cause le point de vue formel – à cet égard demeure la

<sup>221</sup> V. la présentation très classique que propose Jean Rivero, *Droit administratif*, Dalloz.

<sup>222</sup> On trouvera chez Kant une parfaite illustration de cette tendance à l'approche purement subjectiviste, notamment lorsque le philosophe estime que faire un enfant équivaut à contracter avec lui. Politiquement, le sentiment est noble en mettant en avant la personne de l'enfant. Juridiquement, il est absurde : pour contracter, avec l'enfant, il faut, pour le moins, qu'il existe. (*Métaphysique des mœurs*, 1<sup>ère</sup> partie : *Doctrine du droit*, Vrin, 1971, p. 242)

<sup>223</sup> Que l'on pense ici au très révélateur art. 1583 C. civ. « [la vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès que l'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ».

<sup>224</sup> V. *a contrario* ce que cela signifie avec la législation sur le divorce. Il n'a pas suffi d'un consentement au moment de la célébration du mariage. Il faut aussi que l'accord pour rester ensemble se manifeste à tout moment et que l'on refuse de demander au juge – c'est-à-dire d'imposer au conjoint – une séparation ou un divorce.

<sup>225</sup> Ce que nous allons exposer pour les actes tournant autour de la vie familiale est très largement généralisable, dans son aspect interrogatif, à nombre d'autres situations qui doivent durer.

<sup>226</sup> Maurice Hauriou, par exemple, continue à qualifier le mariage de contrat, mais insiste aussitôt pour ajouter que ce contrat « fonde immédiatement une institution sociale » (*Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2<sup>e</sup> édition, 1929, réimpression CNRS 1965, p. 652).

<sup>227</sup> *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> édition, de Bocard, 1927-1930, t. 1, p. 316-450.

distinction acte plurilatéral /acte unilatéral <sup>228</sup>-, soit susceptible de distinguer l'acte juridique de l'échange de l'acte juridique constitutif ou fondateur d'une situation qui dure. Cette classification fait suite à une réflexion fondamentale sur l'acte juridique en soi et sur l'acte de volonté. De ce point de vue, une telle approche conduit l'auteur à insister sur les aspects psychologiques liés à l'acte (conception, délibération, etc.). Son attention se porte ainsi sur l'objet de l'acte (ce que l'on va faire) et sur son but (pour quoi on va le faire). Léon Duguit distingue alors deux objets : l'un est immédiat, c'est ce qu'a directement voulu le sujet ; l'autre n'est que médiat, c'est-à-dire que, s'il est voulu par le sujet, il n'est pas produit directement par sa volonté. Ainsi « ce que veut immédiatement l'individu et ce que seulement il peut vouloir, c'est une manifestation de son activité personnelle [...], objet immédiat de son pouvoir, [...]. [Mais cela] n'est voulu que comme moyen pour produire un certain effet qui y est rattaché par une loi que l'on peut appeler une loi de causalité » <sup>229</sup>.

On voit ce que cette analyse, appliquée au mariage, a de riche pour expliquer ce que Jean Carbonnier qualifiait de « *société-organisme* engendrée par un effet direct de la loi » <sup>230</sup>. Ce que veulent les époux immédiatement, c'est se marier. Mais ce qu'ils peuvent aussi vouloir, c'est le statut d'époux, effet rattaché par la loi à l'acte de mariage. De ce point de vue, il n'y a pas de distinction à faire entre la société conjugale éventuelle et le statut extrapatrimonial. De même extensivement, ce que veulent les parents lorsqu'ils décident de faire un enfant – du moins peut-on l'espérer –, c'est l'enfant. Ce qu'ils peuvent vouloir avec lui, c'est le statut parental (autorité, prestations, régime successoral, etc.) qui est aussi cet effet que la loi attache à la paternité ou à la maternité.

**80.** Ces précisions permettent à Léon Duguit de définir l'acte juridique comme « l'acte de volonté intervenant avec l'intention que se produise une modification dans l'ordonnement juridique tel qu'il existe ou tel qu'il existera » <sup>231</sup>.

Une première classification des actes juridiques en découle, distinguant les « actes-règles » modifiant le droit objectif, des « actes-conditions » qui ne modifient le droit objectif qu'à l'égard de certains individus déterminés <sup>232</sup>, et de « l'acte subjectif » qui, sans modifier le droit objectif, met des obligations à la charge d'un individu ou lui accorde des droits. Mariage et filiation dans cette classification ne sont plus ramenés au subjectivisme mais au droit objectif, étant des actes-conditions, c'est-à-dire des actes déclenchant à l'égard de leurs auteurs (ou de

---

<sup>228</sup> *Id.*, p. 367 et s.

<sup>229</sup> *Id.*, p. 320.

<sup>230</sup> V. section précédente. A ce sujet, on peut regretter que Jean Carbonnier dans sa thèse ne fasse qu'évoquer (p. 528) très rapidement la réflexion de Duguit, sans plus la discuter, alors que la parenté de raisonnement semble évidente, même si l'aveu de cette parenté oblige à une remise en cause du subjectivisme classique.

<sup>231</sup> *Traité* (n. 227), p. 325-326.

<sup>232</sup> Exprimé différemment, on dira que cet acte conditionne l'application de certaines dispositions du droit objectif.

tiers : les enfants, par exemple) l'application de certaines dispositions du droit objectif opposables à tous, celles relatives au statut d'époux ou de parents, par exemple.

**81.** Poursuivant son analyse sur le terrain non de l'acte juridique en général, mais des différentes catégories d'actes, Léon Duguit envisage une distinction fondamentale au sein des actes plurilatéraux. Dans un premier temps, il s'efforce ainsi de donner une définition exacte du contrat, qui ne soit pas purement formelle. Partant du droit romain et du Code civil, il propose de retenir comme contrat uniquement « l'acte juridique dont le caractère spécifique est nettement déterminé. Il est constitué par deux déclarations de volonté, impliquant un accord préalable. Chacune de ces déclarations de volonté a un objet différent ; chacune a un but différent parce qu'elle est déterminée par l'autre [...]. Il y a toujours deux personnes ou deux groupes de personnes [...] dans une situation différente et ayant des intérêts opposés » <sup>233</sup>.

C'est autour de cette notion d'intérêt que tourne la question, comme nous l'avons vu en étudiant la manière dont Jean Carbonnier introduit l'intérêt de l'enfant dans celui du ménage <sup>234</sup>. Peut-on dire alors que dans le mariage, même limité au régime matrimonial, il y a deux parties venant chacune avec son intérêt propre ? C'est à une telle vision que se refuse Duguit, ce qui le conduit à proposer une autre approche du consentement.

Pour lui, il existe, à côté du contrat, d'autres actes pour lesquels il y a pluralité de déclarations de volonté. Certaines de ces déclarations concourent au même objet et sont déterminées par le même but. Mais dans d'autres actes, la pluralité de consentement ne tend pas à faire apparaître une situation juridique subjective (intérêts opposés) mais à faire naître une « règle permanente, ou bien [...] une situation juridique objective, [...] un état (*status*) » <sup>235</sup>. Les premiers actes sont dits « actes collectifs » et les seconds « unions » <sup>236</sup>. Les premiers se distinguent du contrat parce qu'il n'y a pas croisement de volonté mais pluralité de déclarations concordantes constituant un acte-règle : par exemple l'acte d'association ou l'acte créant une société par actions, où il y a pluralité d'actes unilatéraux acceptant le groupe. Les seconds s'en éloignent parce que la convention n'y a pas le caractère d'un acte subjectif mais celui d'un acte-règle ou d'un acte-condition. Tel est le cas du mariage, convention qui met en oeuvre un statut objectif, s'imposant à tous (mariés et tiers), et qui est donc une *union* de volontés.

**82.** La classification proposée par Léon Duguit constitue un indéniable progrès par rapport aux classifications des actes utilisées par la théorie classique <sup>237</sup>. Elle permet de mettre l'accent

---

<sup>233</sup> *Traité* (n. 227) p. 384.

<sup>234</sup> Notons d'ailleurs que cette notion d'intérêt conditionne la notion de droits subjectifs, elle-même intimement liée à la notion de sujet de droits. Selon Ierhing, les droits subjectifs sont des intérêts juridiquement protégés. V. *infra* la critique de Kelsen.

<sup>235</sup> *Traité* p. 409.

<sup>236</sup> Pour une analyse générale sur la notion d'acte collectif, Cf. la thèse de G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, LGDJ, Paris, 1961.

<sup>237</sup> Qui y fait parfois référence : V. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1991, p. 231-237.



sur l'acte fondateur du groupe, l'acte qui assure la cohérence d'une pluralité de règles concernant un groupe. Elle offre des instruments pertinents pour rendre compte du droit positif <sup>238</sup>. Le mariage appréhendé en ces termes n'est plus scindé en une société conjugale contractuelle, un statut légal et une forte proportion de « non-droit », mais est construit comme entité juridique complexe où l'on tente de déterminer très exactement la part faite au subjectif et à la volonté (l'union) et la part faite à l'objectif et au légal (*status*). Le mécanisme en est précisément conceptualisé <sup>239</sup>. Par là est ouverte la voie vers une conception globale d'entités fondée sur autre chose que le subjectivisme et les rapports qu'il implique, incapables de rendre compte des phénomènes de pouvoir.

Cela ne signifie pas que cette classification soit hors du champ de la critique. Sans doute Léon Duguit penche-t-il, peut-être trop, du côté de l'objectivisme, et son approche institutionnelle ne va pas jusqu'au bout de ses possibilités, fondant plus un droit naturel moderne qu'une analyse positiviste critique, qui pourtant ne nuirait en rien à l'approche, et qui semble même en être la suite logique <sup>240</sup>. Son rejet de la personnalité morale *a priori* n'est pas sans conséquence <sup>241</sup>. Mais sur la question fondamentale de la juridicité du groupe, sa réponse en termes d'acte est d'une importance première pour une analyse juridique de la famille.

Si l'on en tire les conséquences, Duguit s'en étant tenu au mariage, on voit apparaître quant à l'acte de filiation cette même logique, placée ici non du point de vue de l'union, mais de celui de l'acte collectif. Pour citer un seul exemple, le mécanisme de reconnaissance de l'enfant naturel (acte-condition) participe tout à fait de cette problématique : acte unilatéral qui peut être double (père et mère), de manière successive ou concomitante ; acte collectif qui est aussi acte-condition par ses effets <sup>242</sup>. Et, parce que l'on entre ainsi dans une logique d'unilatéralité, on entre aussi dans une logique de puissance.

---

<sup>238</sup> Elle permet de rendre également compte de la distinction qui nous semble alors essentielle, et qui, d'un point de vue théorique, pourrait servir de *summa divisio* à une approche critique du droit, pour opposer la durée à l'éphémère, c'est-à-dire l'acte de constitution qui s'inscrit dans la sphère publique sans être tout le droit public et rien que le droit public, à celui de l'échange, ou qui envisage l'institution face au marché. Rappr. de l'approche proposée par G. Renard, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, p. 483 et s.

<sup>239</sup> Il nous faut redire que Jean Carbonnier avait perçu ce mécanisme mais l'avait inséré dans les seuls instruments du consensualisme classique.

<sup>240</sup> V. sur ces aspects de la théorie du service public les analyses récentes : D. Salas, « *Droit et institution, Duguit & Hauriou* » in P. Bouretz (Dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Esprit, 1991, p. 193 et s. ; P. Dubouchet, *Pour une théorie normative de l'institution*, RRJ 1993, n° 3 p. 739 et s.

<sup>241</sup> Rejet qu'il justifie et qui donc fait qu'il n'y a pas pour lui lieu de s'interroger sur la qualification du groupe comme personne morale.

<sup>242</sup> V. en dernier lieu L. du 8 janvier 1993 et les comm. : H. Fulchiron, D., 1993, chron. XXV, p.117 et s. ; J. C. Kross, Gaz. Pal. 22 & 23 septembre 1993 p. 1 ; F. Moneger, RD sanit. soc. 1993 p. 223 et s.

## **B – Nécessité d'une analyse de la puissance dans la famille.**

**83.** La présentation de la société conjugale s'est limitée aux relations patrimoniales, en excluant totalement la dimension extrapatrimoniale dans la famille. Or, à n'en point douter, et le droit positif l'exprime explicitement, la famille est le lieu d'un type de puissance. Certes, nous ne sommes plus aux temps de la toute puissance maritale, et la puissance paternelle elle-même s'est transformée en autorité parentale. Il demeure que cette autorité est bien présente, et aux termes du Code civil : « L'enfant reste sous l'autorité des parents jusqu'à sa majorité ou son émancipation »<sup>243</sup> ; cette autorité « appartient aux père et mère, pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité. Ils ont à son égard droit et devoir de garde, de surveillance et d'éducation »<sup>244</sup>. Limitée dans sa finalité, cette autorité est, en revanche, très large dans ses manifestations, révélant un phénomène de puissance, qui peut donner lieu à contrôle, mais qui s'exerce préalablement à celui-ci, bénéficiant ainsi d'un privilège du préalable<sup>245</sup>.

**84.** Si la société conjugale ignore ce phénomène de puissance, ce n'est pourtant pas la pertinence juridique de la démonstration de Jean Carbonnier qui doit être mise en cause dans la perspective qui est la nôtre, celle d'une interrogation sur le statut juridique de la famille. A l'évidence, et l'auteur l'a lui-même affirmé en précisant la méthodologie de sa recherche<sup>246</sup>, la société conjugale ne saurait se confondre avec la famille. Mais, société de biens dont seuls les époux sont associés, la société conjugale n'est pas susceptible alors d'appréhender ce qui fait la spécificité familiale : la puissance, et la puissance non juridiquement consentie par celui sur lequel elle s'exerce.

**85.** D'une part, en effet, il s'agit d'une société limitée au ménage légal. Or le ménage, dans cette perspective, est une union consentie : c'est-à-dire que la société qui existerait se ramène à un consentement des époux. De ce fait, la société conjugale ne présente aucune particularité explicative de la situation familiale, notamment quant à l'obligatorité. En se mariant, les époux consentent à se placer dans un statut. Nul ne les contraint à se marier ; mais ils savent, et cela compte nécessairement dans leur décision de le faire, qu'ils se placent selon leur décision dans telle ou telle situation juridique, et que leur choix aura des conséquences de droit. Parmi celles qui sont consécutives au mariage figure la possibilité de choisir un régime matrimonial. Mais pour les

---

<sup>243</sup> Art. 371-1 C. civ.

<sup>244</sup> Art. 371-2 C. civ.

<sup>245</sup> V. *infra* l'analyse de C. Eisenmann, note 252.

<sup>246</sup> V. section précédente.

époux, l'obligation d'être soumis à un des régimes matrimoniaux n'est qu'un des éléments du statut choisi – statut du mariage – tout comme le fait éventuel que ce régime soit personnalisé.

Il s'agit, sans doute, d'un statut complexe, dont on veut bien convenir que les époux n'ont pas toujours conscience. Mais ce n'est là, en définitive, que le fonctionnement normal des règles juridiques.

Tout autre est la situation des enfants. L'obligatorité pour eux ne peut se ramener au consentement <sup>247</sup>. Or, sur ce point, la manière dont Jean Carbonnier envisage la situation des enfants mineurs est révélatrice <sup>248</sup>. Ceux-ci ne sont pas associés de la société conjugale. Néanmoins, ils sont pris en compte par la société conjugale puisque l'intérêt du ménage tient compte des enfants mineurs. Conscient que l'*affectio societatis* ne saurait ici se limiter au seul couple, l'auteur élargit l'analyse du ménage à la famille, au moins nucléaire. Cet élargissement prend la forme d'un intérêt global, presque d'un intérêt familial. Cela témoigne d'une dimension extrapatrimoniale, dépassant le ménage sans que l'on puisse dire dans cette approche s'il s'agit alors de l'intérêt de l'enfant, de celui de la famille ou bien d'un intérêt plus général <sup>249</sup>. C'est dire que Jean Carbonnier est contraint de tenir compte malgré tout – malgré lui ? – d'une réalité juridique dépassant le couple, en contradiction peut-être avec son projet et sa logique.

**86.** D'autre part, nous pouvons uniquement construire ici, en suivant l'analyse déductive que propose Jean Carbonnier, une société de biens. L'analyse exclut explicitement toute possibilité d'une société de personnes.

Or, nous le savons, ce n'est pas l'aspect patrimonial qui pose problème juridique en matière familiale. Sans vouloir minimiser la particularité des régimes matrimoniaux, nous devons constater que nous nous trouvons ici dans un champ bien balisé par le droit privé, et qui, pour l'essentiel, ne présente guère d'originalité. Et c'est justement pour cela que Jean Carbonnier peut analyser la société conjugale comme société de biens.

Ce qui doit sans doute davantage retenir l'attention dans le groupe familial, c'est moins cet aspect, que les phénomènes de pouvoir et de solidarité qui s'y manifestent. Si l'on reprend la distinction méthodologique proposée par Jean-Pierre Gridel <sup>250</sup>, on peut dire que ce sont moins les rapports d'obligation ou les rapports réels consentis par mariage qui posent le problème de droit, que ce que l'on appelle les rapports familiaux.

---

<sup>247</sup> Afin de prévenir une mauvaise interprétation d'un concept qui sera appelé à revenir, précisons tout de suite qu'il ne s'agit pas de théoriser un conflit des générations, mais simplement de tenir compte de cette évidence : quel que soit le consentement ou le refus qu'un enfant peut avoir de sa situation familiale, cette appréciation n'a, à l'origine (puisque aussi bien le droit pourra intervenir pour une solution des conflits en tenant compte du consentement de l'enfant), aucune importance sur l'obligatorité de cette situation, qui existe automatiquement. C'est en ce sens qu'on peut parler ici d'unilatéralité, avec les mêmes significations que la notion possède en droit public. Cf. nos remarques précédentes, note 208 notamment.

<sup>248</sup> Thèse (n. 156) p. 460.

<sup>249</sup> V. titre 2 de cette partie et chapitre 2 du présent titre.

<sup>250</sup> *Réflexions introductives à un cours de droit de la famille*, RRJ, 1984, p. 827 et s.

Bien sûr, ces rapports sont voulus et institués par la loi. On peut s'en tenir là. Mais alors, l'explication de la famille en termes de personnalisation n'apporte rien au droit : ces rapports existent que la famille soit ou non une personne morale, et ce n'est pas la personnalisation qui permet de les expliquer de manière théorique ; là encore, la personnalisation a davantage des vertus politiques que techniques. Or, si l'on se pose la question du groupe familial comme personne morale, alors que cette personnalisation n'est pas le fait explicite du droit positif, ce sont d'abord ces rapports familiaux qu'il faut essayer d'expliquer de manière théorique en les ramenant à la personnalité, et non les biens ; ce sont ces rapports qui prioritairement doivent être éclairés par le statut découlant de la personne morale. Parce que ce sont ces rapports qui sont les plus exorbitants du droit commun.

Entendons-nous : nous ne critiquons pas sur ce point Jean Carbonnier et sa démonstration. Nous disons simplement que celle-ci montre les limites de l'analyse classique du droit, analyse individualiste et subjectiviste, en indiquant jusqu'où le collectif peut être admis : jusqu'au point où l'individu apparaît dans une dimension autre que patrimoniale.

Cette analyse est incapable de saisir la communauté. Le collectif juridique, ramené au consensualisme (la *société-organisme* comme contrat) et à la puissance publique (l'effet direct de la loi), n'est pas la famille comme groupe de personnes et communauté de vie avec ses modes internes de solution des conflits liés à la puissance de l'autorité parentale (ou paternelle, ou maritale, ou autre selon les cas concrets), mais seulement la gestion, la possession, la dévolution du patrimoine mis en commun par le consentement des époux.

Dès lors, les phénomènes de puissance, droits extrapatrimoniaux <sup>251</sup>, qui s'expriment comme l'a montré Charles Eisenmann s'agissant des actes de l'autorité parentale sous la forme d'un « acte juridique unilatéral d'édiction de normes, d'impératifs juridiques » <sup>252</sup>, ne peuvent être ramenés au groupe juridique que constitue la société conjugale : ils ne sont nullement la résultante d'un consentement à l'acte, ni celle d'un consentement à la société conjugale. Ils sont directement le résultat d'une habilitation législative. La puissance, sauf à la nier juridiquement, est ainsi toujours rapportée à la sphère publique, à la volonté de la loi, qui seule la fonde avec ce qui en est l'obligatoire corollaire, le contrôle public sur l'autorité par la finalisation de celle-ci <sup>253</sup>.

Sans développer davantage, un parallèle s'impose aussitôt au publiciste, qui aura des incidences notables sur l'analyse à mener quant à ces droits : celui de la réglementation <sup>254</sup>. Le renvoi des droits familiaux de puissance à la sphère publique participe du même mouvement que la qualification du pouvoir réglementaire des personnes privées investies d'une mission de service public comme acte administratif. Ici c'est le juge qui, par la méthode du faisceau d'indices, déduit la compétence administrative de l'existence d'un acte exorbitant en tant que manifestation de

---

<sup>251</sup> V. F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1991, p. 284.

<sup>252</sup> *Régimes de droit public et régimes de droit privé*, in *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 427-428.

<sup>253</sup> V. titre 2 de cette partie.

<sup>254</sup> V. M. Hecquard-Théron, *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, Paris, 1977, spécialement p. 79 et s.

puissance unilatérale accomplie dans le cadre d'une activité d'intérêt général <sup>255</sup>. Là, c'est la loi qui, seule, sert de fondement à la puissance des parents. Dans les deux cas s'exercent des pouvoirs, c'est-à-dire des prérogatives permettant à leurs titulaires d'exprimer un intérêt partiellement distinct du leur (intérêt général, intérêt de l'enfant ou de la famille par exemple) par l'émission d'actes juridiques unilatéraux, contraignants pour autrui <sup>256</sup> : en matière familiale par exemple, les parents peuvent imposer, et comme en matière administrative cela se fait sous le contrôle du juge *a posteriori*, de suivre telles études dans tel établissement, d'assister à tel office religieux, etc.

Que la famille soit éventuellement un sujet de droits a ainsi des conséquences possibles quant à l'attribution d'un patrimoine familial au sujet collectif, ce qui diffère de la solution technique que l'on retient en l'absence de cette personnalisation, sans toutefois être indispensable ni même nécessaire <sup>257</sup>. En rien elle ne permet, en revanche, de résoudre différemment la question de la puissance. Moins que sa pertinence, c'est l'utilité de la personnalisation qui est alors en cause <sup>258</sup>. Cette mise en cause sur le terrain de la puissance relaie celle que nous avons présentée sur le terrain de la fondation : elle oblige à interroger la notion même de famille.

## C – Utilité d'une délimitation de la famille juridique.

**87.** L'analyse que nous venons de proposer révèle un élément essentiel : au sein même de ce que l'on a coutume, tant chez les juristes que chez les sociologues ou autres, de qualifier d'un point de vue descriptif de famille, ce sont deux actes juridiques différents qui apparaissent, *union* et *acte collectif*, et qui semblent alors renvoyer à deux domaines juridiques différents. Parce qu'alors une analyse inductiviste de la personnalisation de la famille à partir de l'ensemble des règles ayant trait à la famille confondrait sans le voir ces deux domaines, et parce qu'une réflexion déductiviste sur la personnalité morale dans la famille n'appréhende qu'un seul d'entre eux, celui qui semble le moins exorbitant pour l'analyse juridique, le régime matrimonial, la recherche, sinon d'une définition, du moins d'une réflexion sur la délimitation de la famille en droit ne paraît pas évitable.

---

<sup>255</sup> Les arrêts sont bien connus. L'illustration la plus parfaite pour rester dans notre contexte est sans doute celle de l'arrêt Barbier : T. Confl, 15/1/1968, *Compagnie Air-France c/ Epoux Barbier* (GAJA n° 103 avec bibliographie).

<sup>256</sup> Cf. l'analyse d'E. Gaillard, *op. cit.* (n. 187), p. 136 et s.

<sup>257</sup> V. § précédent.

<sup>258</sup> C'est en cela que l'oeuvre de Jean Carbonnier est ici importante. Elle montre que la famille n'est nullement une personne morale méconnue comme le prétend René Savatier, mais que, eu égard à ce qu'est la personnalité morale, la reconnaissance de la famille comme personne morale, qui en l'absence de volonté législative explicite doit être recherchée autour de la société conjugale, ne peut en rien expliquer différemment que ne le fait la négation de cette personnalisation un certain nombre de questions, les plus importantes sans doute, que l'on se pose quant au groupe familial : celles qui ont trait à la puissance.

C'est cette réflexion sur le concept de famille lui-même et son absence en droit positif qui fait finalement défaut à la théorie subjectiviste du droit. Parce que la famille en droit n'est pas un sujet ou un objet explicite, il est illusoire de prétendre trouver dans le droit positif une définition juridique. Mais une étude doctrinale sur la famille et le droit, comme celles entreprises à propos de sa personnalisation, ne peut, elle, se passer au moins d'une délimitation.

Le droit positif ne fournit pas de définition opératoire. Rien de moins étonnant puisque celui-ci ne traite à aucun moment directement de la famille comme objet explicite global. Ainsi, l'examen des énoncés juridiques et des décisions de justice ne permet pas d'induire une définition.

Si le droit positif vise parfois malgré tout la famille <sup>259</sup>, c'est la famille « en situation », qu'il s'agisse d'une famille déterminée à l'occasion d'un litige, ou d'un aspect de la vie de famille à propos d'une situation juridique directement visée.

Il n'est pas neutre à cet égard par exemple que le « droit de la famille », en fait le droit civil de la famille, soit simplement une construction doctrinale, qui doit elle-même être soumise à une critique méthodologique dans son approche interprétative. Notamment, sa prétention synthétique ne doit pas cacher qu'il n'y a pas dans le Code civil de divisions concernant la famille, et que le droit que l'on dit « de la famille » en doctrine est regroupé dans un Livre premier, intitulé de manière très révélatrice « des personnes », Livre lui-même subdivisé selon des concepts juridiques n'ayant pas trait directement et totalement à la famille : mariage, divorce, filiation, autorité parentale, etc. On peut rapprocher cette présentation du statut que réserve la Constitution de 1958 aux règles concernant la famille : l'article 34 présentant le domaine législatif ne mentionne pas la famille en tant que telle, même si on peut croire avec Philippe Ardant que l'énumération à laquelle procède cette disposition « semble ne laisser de côté aucun des aspects mêmes mineurs concernant les familles » <sup>260</sup>. A aucun moment ainsi n'apparaît ici la moindre esquisse de définition.

De manière tout aussi révélatrice, ce droit de la famille au sens académique est curieusement sans relation, en droit positif comme d'ailleurs souvent en doctrine, avec le Code de la famille, qui pourtant propose ce qui fait défaut au Code civil, une conception législative de la famille. Dans un Titre premier, dit « Les institutions familiales », le Code de la famille dispose : « Ont le caractère d'associations familiales [...] les associations [...] qui groupent : des familles constituées par le mariage et la filiation légitime ou adoptive ; des couples mariés sans enfant ; toutes personnes physiques soit ayant charge légale d'enfants par filiation ou adoption, soit exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur un ou plusieurs enfants dont elles ont la charge

---

<sup>259</sup> Et encore faut-il remarquer, s'agissant du droit privé particulièrement, que le concept de famille, si flou soit-il, n'apparaît que très tardivement. Il n'est ainsi pas rare de lire dans les études jusqu'à l'immédiate avant-guerre que le Code civil n'envisage à aucun moment la famille. Cf. particulièrement sur ce point les études de J. Ray, *Essai sur la structure logique du code civil français*, & *Index du code civil*, Alcan, 1926.

<sup>260</sup> Rapport in Association Henri Capitant : *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, op. cit., (n. 179), p. 82.

effective et permanente [...] » <sup>261</sup>. Pour autant, même si cette disposition est sans doute la plus complète parmi les énoncés juridiques, il n'est pas certain que l'on puisse la prendre pour une définition, et en ce sens, la doctrine ne trouve pas ici son objet d'étude constitué : le législateur s'est simplement heurté à un problème très particulier, impliquant des relations de droit public de représentation institutionnelle (relation entre l'institution familiale et l'institution représentative des familles auprès des pouvoirs publics), et il a cru devoir préciser ce qu'est la famille dans ces relations. La précision ne vient que sous la contrainte, parce que la famille n'est pas, dans de telles relations, juridiquement saisie comme un cadre des rapports juridiques individuels, mais directement comme phénomène collectif <sup>262</sup>.

Pareillement, ce qui vient d'être noté à propos des énoncés juridiques peut être observé à propos des normes jurisprudentielles. Celles-ci envisagent la famille de manière médiate, au travers de questions juridiques particulières. Ainsi la jurisprudence européenne des droits de l'homme, la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence administrative sont amenées à traiter de la famille non pas en tant qu'institution directement et totalement saisie par le droit, mais comme cadre des relations individuelles, à travers la *vie familiale* <sup>263</sup>. La jurisprudence civile dégage plus ou moins aisément un concept d'intérêt de la famille, non pour définir la famille, mais pour apprécier la légalité d'actes juridiques individuels <sup>264</sup>. On pourrait multiplier les exemples. On ne dégagerait pas une définition.

**88.** C'est à la doctrine que revient la tâche de proposer une lecture interprétative cohérente de ce droit. De ce point de vue, il n'est pas certain qu'elle se donne les moyens d'y parvenir.

Des hésitations de la doctrine favorable à la reconnaissance de sa personnalité morale, fluctuant entre le clan et le couple, aux exposés mêmes des manuels de droit civil, en passant par les études spécialisées, de droit privé comme de droit public, il n'est à aucun moment possible de dégager un objet univoque d'étude. Référent, « concept mou » ou notion floue, ce n'est bien souvent que par allusion à d'autres sciences, telles la sociologie, la statistique, ou l'histoire, que la famille est précisée, alors même que ces sciences se sont obligées, comme préalable épistémologique, à l'aveu du caractère polysémique de la notion.

Cette absence a naturellement des conséquences sur la validité du discours. Mais cette validité dépend du projet doctrinal.

Si l'on ne prétend pas rechercher dans le droit positif une cohérence à l'égard de la famille, autour de la personnalisation par exemple (mais l'exigence vaut plus largement pour toute prétention à une lecture cohérente du droit positif concernant la famille), il n'est pas besoin de

---

<sup>261</sup> Art. 1 dans sa rédaction actuelle (L. 75-629 du 11/7/1975). Il est à noter que dans sa première rédaction (ord. 3/3/1945), la conception était limitée d'une part aux familles françaises, ce qui est ici sans conséquence, et d'autre part aux seules familles constituées par le mariage et la filiation légitime ou adoptive.

<sup>262</sup> V. à ce propos le titre 1 de la 2<sup>e</sup> partie.

<sup>263</sup> Cf. titre 2.

<sup>264</sup> Cf. chapitre suivant.

savoir ce qu'est juridiquement la famille puisqu'il n'y a pas de place en droit pour cette institution : c'est ainsi que Jean Carbonnier prend soin de s'interroger sur la société conjugale et non sur la famille. Celle-ci n'est alors qu'un fait ou un cadre non juridique, qu'il importe peut-être au juriste de saisir en tant que fait social pour comprendre le droit positif, pour le modifier ou le gérer, mais qui n'est en aucun cas *du* droit, en ce qu'il ne constitue pas un sujet ou un objet du droit positif. La connaissance familiale est totalement métajuridique. Tout au plus admettra-t-on que les règles de droit s'insérant dans ce cadre non juridique ont un effet sur celui-ci, contribuant à le façonner et à le modifier, mais il ne s'agit que de la prise en compte classique de l'efficacité d'une règle de droit. La pertinence du discours doctrinal suppose bien ici la négation juridique de la famille.

En revanche, si l'on veut se saisir juridiquement du groupe familial, soit en en faisant un sujet de droit personnalisé, soit en recherchant d'autres techniques qui n'aboutissent pas à la négation juridique de la famille, il faut alors nécessairement s'arrêter sur la possibilité de construire l'objet de l'étude qui n'est pas donné *a priori* par les techniques du droit positif <sup>265</sup>.

**89.** Or, cette construction a été, à notre sens, mal appréhendée par la doctrine subjectiviste.

Soit celle-ci entend induire du droit positif la conception juridique de la famille. Mais comment pourrait-elle alors le faire avec la rigueur nécessaire si l'on admet que le droit positif ne procède d'aucune conception générale ? Autrement dit, comment induire du droit positif ce que celui-ci prend bien soin de ne pas indiquer ? L'objet est nécessairement une famille équivoque – lignage, couple, etc., selon les règles auxquelles on se réfère – : c'est là la construction de René Savatier, qui se heurte à une collection de données juridiques hétérogènes. Procédant d'un individualisme qui n'accepte pas le groupe immédiatement, les règles ayant trait à la famille le sont *par référence* à un concept polysémique ; elles n'excluent pas de ce fait tout concept juridique <sup>266</sup>, mais obligent à le construire pour l'étude.

Soit la doctrine subjectiviste entend construire son objet, afin de disposer d'une grille à partir de laquelle une étude et une compréhension du droit positif seraient possibles. C'est ce que la thèse de la société conjugale a fait, en construisant la personne morale d'un point de vue logique, puis en vérifiant sa réalité en droit positif. Mais elle a normalement construit son objet à partir des données fondamentales de l'individualisme méthodologique, le sujet de droit et le consensualisme ; l'objet construit n'est pas alors la famille mais un groupe segmenté : la société de biens.

Pourtant, si l'on veut démontrer que la famille est une personne morale particulièrement, il convient de cerner la réalité que l'on vise, ne serait-ce que pour mettre en évidence non

---

<sup>265</sup> Sur cet impératif méthodologique, V. C. Grzegorzcyk, F. Michaut & M. Troper (Dir.), *Le positivisme juridique*, op. cit. (n. 176).

<sup>266</sup> La loi est un exemple classique de concept juridique polysémique.



seulement l'intérêt collectif de cette personne, mais surtout, de manière plus réaliste, les intérêts individuels mis en commun en son sein, qui doivent alors présenter une certaine homogénéité.

**90.** Or, si l'on y regarde de plus près, il semble bien que, tant pour la doctrine que pour les autorités normatives, on puisse avoir en fait deux notions juridiques très différentes regroupées sous l'appellation « famille » : l'institution issue du mariage et celle issue de la filiation.

La référence à un concept unique pour rendre compte de cette dualité n'est pas en soi critiquable. Si la famille n'est qu'un référent non juridique, et que des nécessités pédagogiques, par ailleurs évidentes, en facilitent l'approche en regroupant ces deux institutions, il n'y a rien à redire.

Mais au contraire, si l'on fait du groupe un objet de droit, cette dualité n'est admissible que si elle est juridiquement fondée.

Or à cet égard, on a affaire à deux concepts juridiques distincts, comme en portent témoignage l'analyse des actes juridiques ayant trait à la famille et les intérêts que le droit protège.

D'abord, quant à l'acte fondateur du groupe, nous avons vu qu'à l'acte plurilatéral de l'union – mariage – répondait un acte unilatéral ou un acte collectif établissant la filiation. S'il est vrai que cette démonstration s'appuie, pour les raisons que nous avons signalées, sur la typologie du giste des actes juridiques, elle devrait pouvoir être admise également si l'on a recours à une typologie plus classique. Même en admettant que le mariage soit un contrat, il n'est guère de juriste qui prétendrait faire de la filiation, relation juridique entre individus, une institution de droit née du consentement de l'ensemble de ceux qu'elle implique.

Ensuite, quant à l'obligatorité, et plus largement quant aux pouvoirs qui se manifestent dans l'institution, il semble bien également que si le mariage peut de nos jours se ramener de façon relativement aisée à une institution née d'un échange de volonté (le mariage), duquel, en dernier lieu, découlerait le consentement aux éventuels actes unilatéraux dans la vie maritale, le groupe constitué autour de la filiation témoigne d'une autre logique, d'où le consentement juridique est exclu. Aux règles mobilisées par chacun des acteurs juridiques (mariage) s'oppose un « self starting status ».

Enfin, quant aux intérêts protégés par le statut légal, la place et le rôle de l'intérêt de l'enfant ne sont pas identiques à ceux des époux, même élargis à l'intérêt de la famille <sup>267</sup>.

**91.** Ces trois différences, fondées non sur des appréciations de fait, mais sur des considérations de méthode juridique, confirment qu'il existe bien deux phénomènes juridiques distincts, liés à des actes juridiques différents, et posant des problèmes juridiques dissemblables. Qu'est, alors, la famille ? Est-elle l'une de ces institutions ? Est-elle l'ensemble de ces institutions ?

---

<sup>267</sup> Appréciation différente chez M. Henri, *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, D. 1979, chron. XXX, p. 179 et s.

Rien n'empêche logiquement de regrouper sous la même appellation « famille » ces deux logiques. Mais la famille est alors bien un cadre juridique et non un sujet de droit, puisque l'on voit mal comment le même sujet pourrait correspondre conjointement à deux actes ou faits fondateurs aussi opposés, engendrant eux-mêmes des statuts si contraires. Cela signifie que si l'on veut faire de la famille un sujet, elle ne peut tout à la fois être l'un et l'autre. C'est en cela que la démonstration de Jean Carbonnier était pertinente, visant une situation (le mariage) et excluant l'autre (la filiation). C'est en cela aussi que celle de René Savatier était illusoire, ne procédant pas d'un classement des questions juridiques et voulant regrouper dans le même sujet de droit deux problèmes différents.

**92.** Mais au-delà du cadre juridique global, peut-on avoir une approche plus spécifique de la famille ? Peut-on la limiter au seul mariage (ou plus largement aux effets de droit que produit la vie de couple) ou à la seule filiation ?

Nous l'avons dit, le droit positif ne donne pas de définition. Cependant, il faut constater que tant au niveau constitutionnel, et particulièrement dans la jurisprudence du Conseil, qu'au niveau européen dans la Convention européenne des droits de l'homme, la dualité des institutions juridiques est confirmée. Dans les deux cas, la vie familiale est, sinon opposée au droit au mariage, du moins distincte de lui : articles 8 (vie familiale) & 12 (mariage) de la Convention, décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 (« figurent parmi les libertés et droits fondamentaux : [...] la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale. »)<sup>268</sup>. Parfois même, cette vie familiale se rapproche de ce que pourrait être une définition juridique : ainsi la Cour européenne des droits de l'homme estime que tout enfant « s'insère de plein droit dans une cellule familiale dès sa naissance et par le fait même de celle-ci [...] même si à l'époque de sa naissance, les relations entre ses parents avaient pris fin »<sup>269</sup>; cellule familiale sans couple parental uni, la famille paraît alors bien se confondre avec la filiation. Gardons-nous cependant de tomber dans le piège inductiviste pour assimiler immédiatement famille et filiation. Ces utilisations normatives ne prétendent pas à la généralité. Les discriminations qu'elles proposent peuvent avoir d'autres origines, notamment l'opposition entre l'acte juridique (mariage) et la situation juridique (vie familiale). Elles ne sont pas exclusives de dérogations : ainsi parle-t-on dans le Code civil d'intérêt de la famille alors qu'il n'y a pas d'enfant, et donc pas de filiation<sup>270</sup> ; ainsi également, la Cour européenne des droits de l'homme qualifie-t-elle le simple mariage de « vie familiale projetée »<sup>271</sup>.

<sup>268</sup> 13/8/1993, Déc. 93-325 DC – annexe. Sur l'ensemble de ces dispositions, Cf. titre 2.

<sup>269</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 26 mai 1994, Keegan c/ Irlande (annexe).

<sup>270</sup> Régimes matrimoniaux, etc. V. : M. Henri, *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, D. 1979, chron. XXX, p. 179 et s. ; R. Théry, *L'intérêt de la famille*, JCP-1972-I-2485. Adde : E. Assi, *L'intérêt de la famille*, thèse droit, Montpellier I, 1983.

<sup>271</sup> 28 mai 1985, Abdulaziz et autres c/ Royaume-Uni (annexe).

Ce qu'il arrive au droit positif de séparer est également fréquemment séparé par la doctrine : reprenant l'analyse sociologique de la « refamilialisation pédocentrique » <sup>272</sup>, nombre de juristes dégagent l'enfant comme seul repère stable de la famille, par opposition aux relations maritales entre adultes. Tel était par exemple déjà le cas de Jean Dabin qui distinguait deux choses sous le nom de famille, le mariage et la filiation ; cette dernière lui apparaissait comme la vraie famille <sup>273</sup>. On peut alors observer la parenté de raisonnement avec le droit allemand, qui dissocie nettement les relations entre les parents de celles qu'ils entretiennent avec les enfants <sup>274</sup>.

**93.** Tant les tendances du droit positif, donc, que celles de la doctrine, juridique ou non, nous incitent fortement à tenir pour séparés le problème du couple et celui de la filiation. Si très généralement ceux-ci se retrouvent en pratique liés, il ne fait aucun doute que l'ensemble constituera une famille pour le droit. En revanche, si ceux-ci sont isolés l'un de l'autre, c'est-à-dire en présence d'un couple sans enfant, ou de parents séparés, voire de ce que l'on nomme « famille recomposée » <sup>275</sup>, pourrions-nous admettre qu'il y ait famille ?

On parle couramment de famille monoparentale ou de famille recomposée. Si l'on en parle ainsi, c'est qu'il y a dans les deux cas filiation, quelle qu'elle soit (adoptive, légitime, adultérine, etc. : peu importe), c'est-à-dire finalement quels que soient les liens existant – ou n'existant plus – entre les parents. On ne parle guère, en revanche, de famille pour un couple sans enfant, sauf à y voir, comme la Cour européenne des droits de l'homme <sup>276</sup>, une famille projetée : une préparation à la procréation. Dans cette hypothèse alors, il n'y a pas filiation, et lorsque l'on s'essaie à rattacher ces formes de vie, et les liens juridiques qui s'y rapportent, à la famille, c'est en visant une filiation future éventuelle. Et ce qui est exprimé très clairement par la Cour européenne n'est en réalité en rien différent de l'interprétation sous-jacente du couple que retient le Code civil dans ses dispositions se référant à la famille en l'absence d'enfant <sup>277</sup> : celui de la future famille légitime.

Il semble ainsi qu'il faille considérer la filiation comme l'élément déterminant, que le couple parental soit présent ou non. En généralisant alors, on pourra considérer, sans prétendre à une définition, mais dans une optique méthodologique nécessaire à la recherche, que la famille se délimite pour l'interrogation juridique au champ de la filiation, actuelle ou envisagée, en présence ou en l'absence de vie de couple des parents ou de lien juridique entre eux.

---

<sup>272</sup> J. Commaille in W. Dumon, Les politiques familiales des Etats membres de la Communauté Européenne en 1991, Commission des Communautés Européennes, Observatoire européen sur les politiques familiales nationales, 1992, t. 1, p. 19.

<sup>273</sup> *Sur le concept de famille*, op. cit. (n. 133), p. 234.

<sup>274</sup> Cour Constitutionnelle Fédérale, 7/5/1991, RD publ. 1993 p. 1572 (chron. Fromont). V. aussi la position de la Cour européenne des droits de l'homme, titre 2, *infra*.

<sup>275</sup> Groupe social issu de l'union et/ou de la cohabitation de deux adultes ayant déjà des enfants.

<sup>276</sup> Cf. note 269.

<sup>277</sup> Cf. note 270.

Il n'y a pas là d'obstacle épistémologique à délimiter ainsi le champ de l'analyse juridique, s'agissant non d'un jugement sur la valeur et l'essence de la famille, mais de la simple réflexion sur un objet juridique, nécessaire reconstruction de la réalité, et qui n'a pas à correspondre exactement à ce que d'autres disciplines envisagent sous ce concept. Il ne s'agit pas ainsi de rejeter l'apport de ces disciplines, mais simplement de constater que si la polysémie est synonyme de richesse pour les investigations sociologiques par exemple, ce ne saurait être le cas en droit où, au contraire, cette polysémie ne peut être que source de confusions, entraînant *in fine* l'absence d'un concept juridiquement opératoire.

Cette limitation n'est pas abstraite puisqu'elle se fonde sur une homogénéité statutaire de droit, tant vers l'extérieur pour exclure certaines situations (mariage, ou vie commune, sans enfant) que vers l'intérieur pour inclure des situations comparables (tous types de filiation, quels que soient les autres éléments de droit tenant aux parents). Elle n'exclut pas que soit recherchées et soulignées les difficultés que l'on rencontrera en droit positif, principalement quand des normes se réfèrent à la famille hors des limites de ce champ d'analyse. Elle permettra en revanche de dévoiler les raisons politiques de ce débordement, en rendant compte notamment du phénomène d'occultation de la filiation par le mariage, si présent dans la doctrine, et qui renvoie largement à une appréciation morale, échappant à la discussion juridique <sup>278</sup>, en liant procréation et mariage <sup>279</sup>.

Cette distinction ne contient en soi aucune appréciation d'ordre moral sur l'une quelconque de ces situations. Il appartient au pouvoir politique, en fonction de ses compétences d'une part, de ses convictions d'autre part, de mener une politique du droit favorisant la ou les formes institutionnelles qui ont sa préférence, ou ne reconnaissant pas celle(s) qui lui déplairai(en)t. Elle ne contient non plus aucune appréciation *a priori* de l'existence juridique du groupe en tant que sujet ou paradigme, comme nous le verrons au chapitre suivant. De ces deux points de vue, une telle délimitation ne remet pas en cause l'absence de définition en droit positif de la famille, qui permet une liberté d'action pour l'Etat sur un cadre que le droit ne fixe pas. Elle vise simplement à permettre à l'analyse de disposer d'un concept opératoire concernant la famille, préalable nécessaire à l'étude juridique de sa protection.

**94.** Nous proposons donc de dire qu'il y a deux institutions juridiques primaires ici, l'une constituée directement par le mariage, l'autre constituée immédiatement par la filiation. Cette dernière est par elle-même constitutive d'une famille. Mais une institution plus complexe, constituée à la fois par le mariage (ou toute forme de vie de couple) et la filiation, n'est pas exclue

---

<sup>278</sup> Il est d'ailleurs très révélateur que le droit canon lui-même tende, dans sa rédaction actuelle (1983), à admettre conjointement deux conceptions du mariage : l'une est personnaliste et constitue une communauté de vie organisée autour du bien des conjoints, l'autre est institutionnelle et s'ordonne autour de la procréation et de l'éducation des enfants. Si ces deux conceptions demeurent liées (et indissolublement liées), il n'est pas neutre que chacune soit maintenant concevable en elle-même et que les deux ne soit plus hiérarchisées. Cf. P. Valdrini, J. Vernay, J. P. Durand & O. Echappe, *Droit canonique*, Dalloz, 1989, p. 370-434.

<sup>279</sup> Sur ces questions, V. J. C. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, LGDJ, 1993.

de cette approche, sauf à déterminer ce qui en constitue le fondement réel, et il nous semble que la spécificité familiale prend alors le pas sur la simple institution maritale, l'absorbant en quelque sorte tant qu'elles coexistent <sup>280</sup>.

Partant, il convient d'envisager une étude juridique séparée du couple et de la famille, permettant d'appréhender directement des situations juridiques prégnantes mais peut-être inutilement compliquées par l'analyse juridique : familles monoparentales <sup>281</sup>, couples non procréateurs – homosexualité, transsexualisme – ou remariages avec enfant – « famille recomposée » <sup>282</sup> – . Ces situations peuvent ainsi être étudiées comme institution primaire (« famille » monoparentale, « couple » d'adultes) ou comme conjugaison de diverses institutions primaires (même si alors il ne faut pas se cacher que, pour les « familles recomposées » notamment, interviennent diverses institutions, parfois au-delà du couple et de la famille : cohabitation, etc., qui forment la communauté de vie).

Surtout, parce qu'une telle délimitation ne s'arrête plus aux formes familiales, dépendantes des relations juridiques entre individus composant le groupe, et fortement liées à une approche visant à personnaliser la famille, elle peut s'ouvrir à une autre logique, celle des fonctions familiales, dont la présence est liée à la filiation (acte fondateur), et dont la manifestation révèle la puissance (autorité parentale, contrôle public). Elle permet ainsi de concevoir l'étude d'une prise en compte et d'une protection juridique de la famille qui n'emprunte pas la voie de la famille-sujet de droit, et qui puisse voir dans la famille un paradigme de ces fonctions juridiques individuelles.

---

<sup>280</sup> Tant que les deux institutions coexistent, puisque aussi bien le couple pourra se séparer sans que la famille, ramenée à son état primaire, cesse d'être.

<sup>281</sup> Familles monoparentales qui représentaient au dernier recensement 13,2 % des familles avec enfant de moins de vingt-cinq ans, soit 1 176 000 familles, et près de 2 millions d'enfants. Plus de 40 % de ces situations sont issues du divorce (source : INSEE Première, n° 293, janvier 1994).

<sup>282</sup> V. parmi la littérature abondante sur ce thème I. Théry & M. T. Meulders-Klein (Dir.), *Les recompositions familiales aujourd'hui*, Nathan, 1993 ; D. Le Gall & C. Martin, *L'instabilité conjugale et la recomposition familiale*, in F. de Singly (Dir.), *La famille, l'état des savoirs*, Editions La Découverte, 1991, p. 58 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1.

95. La doctrine subjectiviste établit un lien central entre le sujet de droit et la protection juridique. Pour les phénomènes juridiques collectifs, ce lien se traduit par la mise en oeuvre de la technique de la personnalisation et l'octroi d'une possible expression juridique de la volonté collective.

Comme le droit positif ne semble nullement consacrer une telle personnalisation de la famille, cette doctrine subjectiviste se trouve confrontée à une alternative : ou bien regretter cette absence de personnalisation, qui ne permettrait pas une protection juridique efficace de la famille ; ou bien rechercher une interprétation du droit positif permettant de conclure à la personnalisation. Mais ces dernières démarches ne sont pas réellement convaincantes, du moins si l'on juge de leur pertinence au regard de cette seule question de la personnalisation.

Ni l'effort pour tirer de l'ensemble des règles de droit positif une personnalité morale méconnue de la famille, ni celui visant à déduire logiquement l'existence nécessaire d'une personne morale limitée aux biens matrimoniaux, n'emportent à cet égard la conviction définitive qu'il y a dans la famille un sujet juridique collectif. En revanche, ces démarches sont doublement intéressantes dans une perspective plus large. Elles démontrent en effet, même si tel n'était peut-être pas leur projet conscient, que le recours à la personnalisation de la famille est étroitement dépendant d'une volonté politique quant à l'usage des techniques juridiques, et qu'il ne peut y avoir de réalité positive qu'autant que les autorités normatives le veulent : ni méconnaissance d'une personnalité latente, ni illogisme juridique dans le raisonnement déductif, l'absence de personnalité est la manifestation d'un acte de volonté. Surtout, elles révèlent des questions essentielles pour la compréhension juridique de la famille, ayant trait à sa fondation, aux manifestations de puissance qu'on y rencontre, et à sa délimitation juridique : de ce dernier point de vue, les constructions argumentées poussant à voir dans la famille une personne morale, spécialement autour des régimes matrimoniaux, laissent dans l'ombre l'essentiel des interrogations juridiques.

Ainsi, la personnalisation de la famille ne semble pas revêtir, au regard de l'appréhension par le droit positif de la réalité sociale familiale, l'importance que la doctrine subjectiviste lui accorde ; partant, l'absence de personnalisation ne doit pas nécessairement être interprétée comme une absence de protection. Simplement, c'est autour de la manière dont le droit positif traite des questions essentielles que pose la famille à l'analyse juridique (puissance, fondation, etc.) que la protection doit être envisagée. Loin d'être un sujet protégé, la famille apparaît ainsi comme un paradigme d'un ensemble de règles juridiques, qui en assurent, en elles-mêmes, la protection.

## CHAPITRE 2 : LA CONSTRUCTION DE LA FAMILLE COMME « PARADIGME » DES PREROGATIVES INDIVIDUELLES.

96. Même si la doctrine s'accorde majoritairement à ne pas voir dans la famille un sujet, elle reconnaît, au moins en certaines occasions, que « [cela] n'exclut pourtant pas que des biens – tels les souvenirs de famille – lui soient, de quelque manière, rattachés » <sup>283</sup>. Paradoxe juridique ? Aveu d'impuissance de la part de la doctrine, prise en défaut par un corps de règles en apparence incohérent ? Certes non. Mais cette doctrine s'oblige alors à lire le droit positif afin d'y faire apparaître le collectif qui, de prime abord, n'y apparaît pas, afin donc de faire de la famille un cadre qui n'est pas explicitement visé par le droit, mais qui en est la référence obligée, explicative, qui en est donc à proprement parler le paradigme <sup>284</sup>.

Au-delà de l'appartenance individuelle de tel bien <sup>285</sup> ou de telle prérogative, comme l'autorité parentale, la doctrine doit faire surgir la famille.

C'est à travers la notion de pouvoir ou de fonction que cette doctrine rattache alors le collectif familial aux prérogatives individuelles <sup>286</sup>. Constatant que le droit tend à finaliser ces prérogatives, que l'individu ne peut exercer librement dans son intérêt exclusif, mais qu'il doit exercer dans un intérêt partiellement distinct du sien, celui d'un autre individu appartenant à la famille, tel l'enfant, ou celui du groupe lui-même, la doctrine s'appuie alors sur cette fonctionnalisation pour montrer la prise en compte de la famille par le droit. L'interprétation doctrinale est pertinente : elle traduit fidèlement l'état du droit positif, qui se réfère effectivement à

---

<sup>283</sup> F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 1991, p. 288.

<sup>284</sup> Le *Robert* définit ainsi le paradigme : « Mot-type qui est donné comme modèle pour une déclinaison, une conjugaison. ». La doctrine juridique l'emploie, comme nous l'avons dit, pour signifier « un cadre de relations, [...], une référence implicite des normes de droit [...], mais une référence indéfinissable, promise à de constants ajustements et peu opératoire lorsqu'il s'agit d'appliquer certaines règles qui la visent [...] » (A. Jeammaud, *Irréductibilité du droit du travail à une organisation de l'entreprise*, extrait d'un ouvrage à paraître).

<sup>285</sup> Ou de la mise en commun des biens par accord des parties, comme pour les biens constituant la communauté matrimoniale. Cela participe de la même logique que l'appartenance individuelle puisque cette mise en commune se rapporte à la volonté individuelle : les biens sont librement affectés par les époux (dans une certaine mesure) ou, en toute hypothèse, ils sont affectés par la loi parce que les époux ont consenti à se marier et à se placer, ce faisant, sous tel régime matrimonial.

<sup>286</sup> Sur l'ensemble du chapitre, on se reportera à la thèse d'Emmanuel Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, op. cit. (n. 187). Adde, pour une critique et des nuances, J. B. Donnier, *L'autorité en droit privé*, Thèse droit, Aix-en-Provence, 1992. L'auteur oppose le pouvoir à l'autorité, et caractérise l'autorité par les mêmes éléments que ceux qu' E. gaillard attribue au pouvoir : finalité et proportionnalité notamment.

la famille comme à un paradigme des fonctions. Elle parvient ainsi à montrer comment le droit, dans le cadre de l'individualisme méthodologique, n'exclut pas la famille comme collectif, et comment ainsi le droit construit, par ce paradigme, la famille comme objet.

Cependant, pour être pertinente, une telle analyse peut sembler insuffisante. Notamment, elle rend compte de la famille construite comme paradigme, sans laisser place à la nature sociale et de la famille et du droit ; c'est-à-dire qu'elle ne situe pas socialement l'objet construit, parce qu'elle n'appréhende pas le phénomène de construction. A cet égard, on peut légitimement s'interroger sur l'objectivisation résultant d'une analyse en termes de fonction ici, et partant sur son idéalisme : ce n'est pas la pertinence interne d'une telle analyse, en tant qu'elle rend compte du droit positif explicite, qui est alors en cause ; mais c'est sa capacité à rendre compte, au-delà de la construction juridique apparente, de la dialectique qui aboutit à cette construction. Car le paradigme n'est pas un objet neutre du droit. Il est un moyen par lequel une réalité sociale, l'Etat, construit son rapport politique avec une autre réalité sociale, la famille.

Il convient alors de suivre la doctrine dans sa présentation de la famille au travers des fonctions individuelles reconnues par le droit positif (section 1). Puis sans s'en tenir à cet aspect explicite, il faut éclairer la construction du paradigme, par le droit positif, comme élément de la relation politique entre deux institutions (section 2).



## SECTION 1 : UNE LECTURE FONCTIONNALISTE DU DROIT POSITIF.

97. Le droit positif accorde une place importante à des prérogatives qui ne relèvent nullement d'une logique du droit subjectif, mais bien de celle du pouvoir. C'est en s'appuyant sur cette catégorie d'actes que la doctrine parvient à établir la connexion nécessaire entre l'individu, titulaire des prérogatives juridiques, et le paradigme familial, qui oriente et finalise ces prérogatives. L'interprétation téléologique des puissances attribuées débouche sur l'idée de fonction.

Une telle démarche place ainsi la question sur le seul terrain de la puissance, à l'exclusion de celui concernant la fondation de la juridicité du groupe. N'est directement sujet de droit que l'individu. Ne possède de pouvoir ou de biens que la personne physique. L'ensemble des relations qui impliquent ces individus révèle alors la famille comme un objet, souvent implicite, du droit, et ces statuts complexes sont ramenés à la volonté de l'Etat, prévus par la loi, et justifiés par ce seul fait.

L'analyse « fonctionnaliste » de la famille <sup>287</sup> s'ouvre ainsi sur une construction doctrinale capable de concilier l'individualisme méthodologique du droit positif et la protection de la famille ramenée à une référence. Mais elle le fait en fonction de sa logique, fondamentalement normativiste, qui marque, de fait, l'ensemble de la construction. Elle peut présenter alors, pour qui ne se rallierait pas sans état d'âmes à une analyse normativiste du droit, des prémisses et des conséquences logiques à questionner.

Il nous faut ainsi retracer la construction de la prise en compte de la famille dans cette logique individualiste (§ 1) puis en saisir les implications théoriques (§ 2).

---

<sup>287</sup> En employant ce terme d'analyse fonctionnaliste, nous ne voulons pas faire référence à une doctrine déterminée et bien délimitée, et se présentant comme telle (ce qui n'exclut pas par ailleurs, comme nous le verrons, que cette approche obéit à une logique relativement bien arrêtée). Nous voulons simplement suivre une des approches possibles du droit dans la famille, qui se construit autour de l'idée que les prérogatives accordées aux individus dans la famille doivent être analysées comme des fonctions.

## **§ 1 – La famille dans une logique individualiste.**

**98.** Ce sont les juristes normativistes, en raison sans doute des conditions épistémologiques qu'ils ont énoncées pour une analyse juridique, qui ont forgé les instruments utiles à la compréhension juridique du collectif autour de la notion de fonction.

Cette logique individualiste, qui fait du collectif un paradigme des fonctions individuelles, sous-tend cependant, au-delà de la doctrine normativiste, une majorité d'analyses théoriques, particulièrement dans le champ des juristes intéressés à la famille, et y compris au sein de la doctrine subjectiviste. Si cependant la notion de fonction en matière familiale paraît maintenant bien admise, il n'est pas certain que ce soit, comme dans le cadre du normativisme, à titre de véritable concept explicatif. Notamment, au-delà du terme, volontiers utilisé, nombre d'auteurs semblent avoir quelques réticences à proposer une véritable lecture fonctionnaliste du droit positif.

Après avoir montré comment la fonction permet l'élaboration d'une théorie susceptible de relier le collectif « famille », non reconnu directement, aux prérogatives individuelles (A), nous observerons concrètement comment cette notion juridique peut rendre compte des rapports de famille (B) et nous signalerons l'utilisation équivoque qu'une partie de la doctrine semble faire du concept de « fonction » dans l'analyse du paradigme familial (C).

### **A – Une construction théorique de la famille.**

**99.** L'approche fonctionnaliste permet de passer outre la césure essentielle qu'établit l'individualisme méthodologique entre droit et non-droit. Grâce aux fonctions, un lien est tendu entre les individus et le collectif, par une orientation du but des prérogatives individuelles.

La fonction est alors la passerelle transgressant la séparation individu/collectif, droit/non-droit. Elle est une technique d'admission du collectif dans l'ordre juridique, au même titre que la personnalisation : elle intègre le phénomène collectif au sein d'un jeu juridique qui n'accorde pas au groupe la qualité d'acteur. Elle permet cette admission sans ériger le collectif en sujet de droit distinct.

**100.** L'analyse en termes de fonction prend en compte l'octroi à des individus par le droit positif de prérogatives individuelles dont l'archétype est l'autorité parentale, qui ne sont pas

seulement des libertés ou des obligations, mais qui possèdent les caractéristiques des deux. Ce sont des libertés, voire des droits subjectifs, parce que leur possession est opposable aux tiers et à la puissance publique ; mais ce sont des obligations car leur usage est conditionné par la satisfaction d'un but. Ces prérogatives s'exercent sur des personnes, et pas seulement sur des biens. Leur exercice n'est pas lié à une contrepartie juridique, ni à l'obtention d'un consentement préalable. Ces prérogatives interviennent en dehors de la sphère immédiate des personnes publiques.

On voit à l'énoncé du contexte les problèmes théoriques que posent ces prérogatives, qui sont bien ceux sur lesquels, dans l'étude de la famille, avait achoppé la recherche du sujet de droit collectif <sup>288</sup>.

L'approche fonctionnaliste entend fournir une réponse conceptualisée à ces interrogations. Cette réponse s'exprime ainsi : en référence à un intérêt qui ne se confond pas avec l'intérêt que l'individu disposant de ces prérogatives peut librement déterminer, ces prérogatives sont orientées vers un but et cette orientation fait apparaître l'individu comme chargé par le droit d'une fonction. Apparaît ainsi, aux côtés de droits subjectifs dont le titulaire use librement, sous réserve d'abus, un pouvoir ou un « droit-fonction ». En matière familiale alors, ce pouvoir exorbitant du droit commun que constitue l'autorité parentale, parce que pouvoir normatif unilatéral s'exerçant sur une personne de droit privé en dehors de son consentement direct ou indirect, serait ramené au collectif enfant/parent, c'est-à-dire à la famille, en ce que l'un (le parent) exercerait un droit dont il est titulaire sur l'autre (l'enfant) et dans l'intérêt de ce dernier.

Le droit mettrait en place, pour ce faire, une « notion-cadre », qui conditionnerait la finalité des prérogatives individuelles <sup>289</sup>. De manière générale pour le groupe que nous étudions, il s'agira du recours à la notion d'« intérêt de la famille » <sup>290</sup>. Les prérogatives seraient ainsi voulues par la loi dans un but qui en permet le contrôle, par référence à un concept non juridique, la famille, fondant des fonctions alors compatibles avec la manifestation de puissances exorbitantes. Là où René Savatier croyait voir des prérogatives appartenant à la famille qu'exercerait l'organe de la personne morale <sup>291</sup>, il n'y a, dans une approche en termes de fonction, que des prérogatives confiées aux individus afin de remplir une fonction.

---

<sup>288</sup> Cf. chapitre précédent.

<sup>289</sup> V. P. Coet, *Les notions-cadres dans le Code civil*, thèse, Paris 2, 1985. Pour l'auteur, cette notion recouvre les lacunes que le droit laisse en lui-même, et qui font que son contenu n'est déterminé qu'à l'application. Cette notion privilégie ainsi la finalité nécessairement évolutive du droit sur la stricte légalité définie *ab initio*. La notion-cadre est ainsi plus précise que celle de standard, dans laquelle elle se range (V. titre prochain, et, de manière plus générale, la thèse de S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard*, LGDJ, 1978). Adde : J. Carbonnier, *Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille*, in C. Perelman et R. Vander Este (Dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p.99 et s.

<sup>290</sup> Même s'il faut, comme nous le ferons, envisager l'éventuel conflit entre l'intérêt de la famille et celui de l'enfant, autre notion-cadre importante en la matière. V. : M. Henri, *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, D. 1979, chron. XXX, p. 179 et s. ; R. Théry, *L'intérêt de la famille*, JCP-1972-I-2485. Adde : E. Assi, *L'intérêt de la famille*, thèse droit, Montpellier I, 1983.

<sup>291</sup> V. chapitre précédent.

**101.** C'est chez Hans Kelsen que l'on rencontre, de manière générale pour le droit, une telle approche. Mais même chez des juristes qui n'acceptent pas les conceptions du théoricien normativiste, et sous réserve de divergences parfois importantes <sup>292</sup>, on pourra aisément montrer qu'en substance, le raisonnement est semblable. Simplement, on peut dire que Kelsen propose une conception du droit qui appelle nécessairement la notion de fonction, alors que la doctrine qui ne fait pas sienne l'analyse normativiste fait le plus souvent directement appel à cette approche, sans la déduire d'une méthodologie générale, d'où les flottements que nous noterons sur les conséquences d'une telle utilisation.

Il faut, en revanche, noter que la personnalité juridique n'étant pour Kelsen qu'« un concept auxiliaire » par rapport aux normes, son analyse fonctionnaliste est généralisable à toutes les situations juridiques, que le droit positif ait eu ou non recours à la personnalisation <sup>293</sup>. Cette généralisation n'est pas acceptée par l'ensemble de la doctrine, qui ne partage pas la conception kelsénienne de la personnalité <sup>294</sup>. A cet égard pourtant, le point essentiel de l'analyse fonctionnaliste tient à ce qu'en toute hypothèse, « ce n'est pas la collectivité qui exerce la fonction, c'est un individu humain » <sup>295</sup>. Même en présence d'une technique faisant de la collectivité un sujet, c'est encore l'individu, compétent, qui sera le sujet juridique agissant. De ce fait, le concept de fonction occupe une place centrale dans l'analyse kelsénienne.

**102.** Dans un premier temps, la fonction est pour Kelsen une notion large qui doit être ramenée à la conception normativiste du droit <sup>296</sup>. Tout comme le droit subjectif n'est pas pour l'auteur un intérêt juridiquement protégé <sup>297</sup> mais la protection juridique d'un intérêt, c'est-à-dire la possibilité de faire valoir par une action en justice l'inexécution d'une obligation juridique existant envers lui <sup>298</sup>, le pouvoir juridique, qu'il soit attribué à l'organe d'une personne publique ou à une personne privée agissant seule, remplit une seule et même fonction : la création de normes juridiques <sup>299</sup>.

Dès lors, chaque individu est habilité par les normes juridiques à agir normativement, c'est-à-dire à exercer un pouvoir normateur. Cela ne signifie pas que chacun possède les mêmes compétences. Mais cela veut dire que tout acte juridique est la manifestation d'une fonction, dont le contenu dépend du fond de la norme d'habilitation, lui-même conditionné par le système

---

<sup>292</sup> Principalement à trois stades de l'analyse : la conception de la personnalité morale (V. note 293), la question des titulaires des droits (sur ce point, V. *infra*) et, partant, la question des droits subjectifs.

<sup>293</sup> V. *Théorie pure du droit* (traduction française de la 2<sup>e</sup> édition de la "*Reine Rechtslehre*" par Charles Eisenmann), Dalloz, 1962, p. 224-254.

<sup>294</sup> V. sur ce refus la présentation de René Savatier au chapitre précédent. Plus généralement, la doctrine classique semble ne retenir l'analyse fonctionnelle que lorsque le subjectivisme est pris en défaut.

<sup>295</sup> Kelsen, *Théorie pure du droit*, p. 200.

<sup>296</sup> Préalable nécessaire au second temps, il s'agit aussi de celui qui est habituellement refusé par ceux qui se réfèrent indirectement au fonctionnalisme.

<sup>297</sup> Selon la très célèbre définition de Ihering.

<sup>298</sup> *Théorie pure du droit*, p. 170-194.

<sup>299</sup> *Id.*, p. 194-200.

juridique. Ainsi, du point de vue de la famille, les individus qui, tels les parents, interviennent dans le cadre du groupe, le font-ils en vertu d'un pouvoir propre, l'autorité parentale, dont la juridicité est à rattacher à l'habilitation, en l'occurrence législative <sup>300</sup>, que l'ordre juridique leur donne en leur octroyant cette autorité. Peu importe à ce stade le contenu réel de cette autorité, qu'il soit limité par une énumération de compétences normatives ou que l'autorité soit octroyée en termes très généraux : l'important est dans cette habilitation.

**103.** Dans un second temps, cette construction des fonctions permet ainsi les modalités les plus diversifiées et peut rendre compte du collectif non juridique. Notamment, par disposition de la norme d'habilitation, il est possible d'orienter l'exercice des prérogatives, d'en déterminer le but et de limiter juridiquement le pouvoir normateur à sa satisfaction. C'est en ce sens que la technique de la représentation légale pourra faire que les droits et obligations, qui appartiennent au représentant et non au représenté – puisque dans ce mécanisme de la représentation légale, le représenté est incapable et ne peut avoir de droits subjectifs définis comme « capacité d'action » <sup>301</sup> –, doivent être exercés dans l'intérêt de ce dernier. S'agissant de la famille, les parents, représentants légaux de leurs enfants, possèdent en propre les droits d'autorité, l'enfant en étant dépourvu ; mais ces droits leur sont confiés dans un unique but : satisfaire l'intérêt de l'enfant <sup>302</sup>.

**104.** En élargissant cette construction, c'est-à-dire en se plaçant par rapport à un phénomène de représentation générale des individus au sein du groupe <sup>303</sup>, on voit alors que le droit habilite ainsi, dans le cadre de notre système juridique, certains des individus composant la famille à agir en fonction d'un intérêt qui n'est pas immédiatement le leur – intérêt de la famille, intérêt de l'enfant <sup>304</sup> –.

C'est pour cela que nous voyons ici une conception fonctionnaliste des prérogatives individuelles ramenées au paradigme collectif : le droit habilite directement certains individus de la famille à *exercer une fonction* consistant à agir juridiquement *dans l'intérêt collectif ou dans l'intérêt d'un autre membre du groupe*, cette fonction étant dans ce dernier cas liée au rapport juridique personnel existant entre ces deux individus, rapport qui est la traduction juridique du paradigme familial.

**105.** Bien que n'acceptant pas toujours l'ensemble des prémisses de l'analyse normativiste, la majorité de la doctrine classique ne raisonne pas autrement sur le point qui nous retient. Dès lors

---

<sup>300</sup> Art. 371 et s. C. civ.

<sup>301</sup> V. *supra*.

<sup>302</sup> *Théorie pure du droit*, p. 210-217.

<sup>303</sup> Tel est le cas par exemple du droit médical, de la gestion des biens de la famille (souvenirs, etc.).

<sup>304</sup> Ce qui ne veut nullement dire que cet intérêt est nécessairement en contradiction avec le leur. Cela veut simplement dire que si ces intérêts sont contradictoires, il faudra se référer à celui-là et non à celui-ci pour déterminer si l'acte est valide ou non au regard de la fonction.

que la famille ne s'incarne pas juridiquement, les pouvoirs qui s'y manifestent sont perçus comme l'exercice de prérogatives attribuées par la loi, qui pose leurs limites dans la notion-cadre d'intérêts de la famille ou de l'enfant, et qui organise leur contrôle par rapport au paradigme familial. S'il y a divergences sur bien des points avec Kelsen <sup>305</sup>, ce n'est certes pas, en apparence, quant à cette fonctionnalisation des rapports familiaux.

Lorsque Jean Dabin considère ainsi que les droits rencontrés dans la famille ne sont pas des droits collectifs mais individuels, il précise aussitôt que ces droits ne sont pas attribués à un individu libre de tout lien, mais à un individu qui a un *status familiae*, et que le régime juridique doit tenir compte des obligations familiales de cet individu <sup>306</sup>. Ce qui est ici en cause, « ce sont immédiatement les individus qui, *en raison de leur qualité ou de leur fonction familiale*, et non comme organes, reçoivent le droit d'agir [...] » <sup>307</sup>. Sous réserve de préciser de qui les individus ne sont pas les organes, l'approche est nettement fonctionnaliste <sup>308</sup>.

Et si l'on se reporte à ce qu'écrivait Jean Carbonnier sur l'intérêt de la société conjugale, s'agissant notamment de la prise en compte de l'intérêt des enfants mineurs <sup>309</sup>, on voit que l'on ne peut intégrer juridiquement <sup>310</sup> les enfants mineurs dans *l'affectio societatis* parental qu'en ayant recours à cette fonction que la loi attribuerait à l'organisme sociétal.

Enfin, lorsque les juristes présentent de manière raisonnée les techniques juridiques se déroulant dans le cadre de la famille, c'est en termes de fonctions par rapport au paradigme collectif qu'ils en proposent la classification.

## B – Une présentation raisonnée du droit positif.

**106.** Dans une thèse qu'elle a consacrée à la protection de l'enfant dans la famille <sup>311</sup>, Claire Neirinck a proposé une analyse systématique des prérogatives dont sont dotés les membres du

<sup>305</sup> V. note 292. Et nous verrons au point suivant qu'à notre sens, dans cette perspective, ces divergences ne sont pas pertinentes.

<sup>306</sup> V. *Sur le concept de famille*, *Miscelanea Vermeersch*, t. 2 in *Analecta Gregoriana* t. X, Rome, 1935.

<sup>307</sup> *Le problème de la personnalité morale de la famille*, Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique, vol. 35, 1949, p. 334. Les italiques sont de Jean Dabin.

<sup>308</sup> On trouve en substance une analyse comparable chez Josserand (*De l'esprit des droits et de leur relativité*, Dalloz, 1939) ou chez Brethe de la Gressaye. Mais comme l'a montré et critiqué E. Gaillard (n. 187), la « fonctionnalisation » joue dans un cadre subjectiviste généralisé, par référence constante à la notion unique d'abus de droit, là où il convient, pour le moins, c'est-à-dire si l'on ne renonce pas au subjectivisme, de distinguer des pouvoirs fonctionnalisés et des droits subjectifs : on trouve un effort en ce sens chez A. Rouast, *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ., 1944, p. 1 et s.

<sup>309</sup> V. chapitre précédent.

<sup>310</sup> C'est-à-dire assurer la protection de leur intérêt par d'autres moyens que la simple confiance placée dans la perception et la conscience des parents.

<sup>311</sup> *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984.

groupe familial en termes de fonctions. On remarque tout de suite que la problématique et le titre choisis par l'auteur, pour apparaître « provocants »<sup>312</sup>, s'inscrivent tout à fait dans l'approche de la famille que nous avons considérée comme pertinente, tant au regard du contenu du groupe qu'en ce qui concerne les rapports qui s'y déroulent, au point de pouvoir en constituer l'idéal-type. On peut donc aisément considérer cette démonstration comme fondamentale pour voir de quelle manière se manifeste l'approche fonctionnaliste dans la famille, d'autant que l'auteur, à la différence d'une partie de la doctrine, intègre expressément la notion de fonction sans remettre en cause le subjectivisme.

**107.** Claire Neirinck montre tout d'abord que le Code Napoléon avait principalement en vue une protection patrimoniale de l'enfant. Or, ce qui pose problème en droit comme en fait, c'est moins la protection du patrimoine que la protection de la personne, rapportée, d'une part, aux prérogatives dont disposent les parents et, d'autre part, à une évanescence des structures traditionnelles de parenté et de vie. Cela fait apparaître que « l'individu n'est plus assujéti à la famille. Celle-ci est au contraire à son service. Elle doit permettre son épanouissement »<sup>313</sup>.

C'est de cette manière que l'on pourrait définir simplement la fonction individuelle première de l'individu dans la famille : permettre l'épanouissement de chaque membre du groupe<sup>314</sup>. Dans la problématique que s'est donnée Claire Neirinck, il s'agit d'une fonction des parents envers les enfants. Mais dans une perspective plus large, il n'est pas impossible de considérer très généralement que cette fonction gouverne également les prérogatives que le droit accorde à un parent envers l'autre, ou les solidarités que le droit instaure de manière réciproque entre ascendants et descendants<sup>315</sup>.

Ce que montre ainsi l'auteur, même si elle le nuance, c'est qu'il n'existe pas d'un côté des prérogatives qui seraient des droits sur des personnes, et qui rencontreraient contre elles d'autres prérogatives – celles de l'enfant ou celles de l'Etat – pour les limiter, mais qu'au contraire, les prérogatives des individus sont en elles-mêmes des limites, réalisant la fonction ainsi définie. A cet égard, le glissement sémantique de la puissance paternelle à la fonction parentale traduit le double mouvement de l'égalité des parents d'une part, de leur « fonctionnarisation » d'autre part, qui substitue à un droit subjectif égoïste un pouvoir s'apparentant à une charge<sup>316</sup>, révélant une prérogative dont on ne pourrait abuser (abus de droit) mais qu'on ne remplirait pas en la détournant (détournement de pouvoir).

---

<sup>312</sup> *Id.*, préface de B. Teyssié.

<sup>313</sup> *Id.*, p. 9.

<sup>314</sup> Une illustration en sera trouvée à l'art. 213 C. civ. « les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille. Ils pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ».

<sup>315</sup> V. par exemple le devoir d'aliment : art. 205 et s. C. civ.

<sup>316</sup> L'art. 371-2 C. civ. parle de « droit et devoir » pour qualifier l'autorité.

**108.** Dans cette optique, l'auteur établit une classification en distinguant deux grandes fonctions, qu'elle qualifie respectivement de «fonction-vie» et de « fonction-gouvernement ».

Une première série de prérogatives se rattache à la « fonction-vie ». Ces prérogatives sont des droits et obligations d'un ou des parents qui ont pour objet de permettre à l'enfant de vivre <sup>317</sup>.

- durant la grossesse (obligations administratives et médicales, mais aussi droit des parents aux allocations de l'Etat, de la mère au congé maternité ou à la protection contre le licenciement), à l'occasion de la naissance (établissement de l'état de l'enfant) ou directement après elle (congé postnatal) ;
- après la naissance (aliments, entretien et autres conditions matérielles d'existence) <sup>318</sup>.

Une deuxième série de prérogatives réalise une « fonction-gouvernement » ; il s'agit très généralement de l'autorité parentale :

- vis-à-vis de l'enfant, qui est objet de gouvernement ;
- vis-à-vis des tiers (responsabilité, représentation et liberté des choix essentiels de gouvernement : éducation, soins <sup>319</sup>, religion, etc.).

**109.** Cette classification permet à Claire Neirinck d'envisager de manière dynamique et unitaire l'ensemble des normes trouvant à s'appliquer dans son champ d'analyse.

Ce travail montre que l'analyse fonctionnelle peut rendre ainsi compte, dans le même mouvement, tant de la législation pénale en matière familiale <sup>320</sup> et du contrôle public, que des techniques civilistes, en les ramenant tous à une fonction simple. Tout en restant dans une stricte démarche individualiste, cette analyse intègre le paradigme collectif (la famille comme objet) et des prérogatives exorbitantes (l'autorité parentale essentiellement). De manière suffisamment réaliste, elle témoigne de certaines ambiguïtés qui font apparaître l'individu à la fois comme sujet et objet de droit, comme bénéficiaire de droits ou comme enjeu de pouvoirs dans des relations qui

---

<sup>317</sup> De ce point de vue d'ailleurs, et en l'absence de statut de l'embryon, il ne nous semble pas que les questions relatives à la décision de faire naître puisse se rattacher à ces fonctions, cette décision s'analysant juridiquement en liberté de la mère. V. titre 2 de cette partie et les nuances de Claire Neirinck (*thèse* p. 201-205).

<sup>318</sup> A la différence de l'auteur, nous ne croyons pas que l'on puisse placer intégralement le problème de la maltraitance ici. Si l'on raisonne en termes de fonctions, celle-ci sera un détournement de la fonction gouvernement ou se ramènera à une autre question : celle des coups et blessures volontaires, celle des infanticides, celle de l'abandon (c'est-à-dire la renonciation à toute fonction), etc. Le cadre familial n'est pas le paradigme d'une fonction dans ces cas mais une circonstance de l'infraction. Cf. titre 2 de cette partie.

<sup>319</sup> La loi allemande retient d'ailleurs ce terme de « soin » pour en faire la catégorie générique des devoirs dus par les parents. On pourra également rapprocher l'attitude du droit anglais qui, préférant le terme de responsabilité à celui d'autorité, traduit bien une philosophie fonctionnelle. Cf. entre autres : J. P. Nicolas (Dir.), *La protection de l'enfance et de la jeunesse dans les pays de la Communauté Européenne*, IDEF & Association de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence de Maine-et-Loire, 1993 (un fascicule par pays membre de la CEE).

<sup>320</sup> P. Couvrat, *Le droit pénal et la famille*, Rev. sc. crim. 1969, p. 807 et s. & *Les orientations actuelles du droit pénal de la famille en France*, in *Journées de la société de législation comparée*, RID comp., 1992, n° spécial, vol. 14, p.371 et s. ; du même auteur, *La famille, parent pauvre du droit pénal*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 133 et s. ; G. Levasseur, *Les transformations du droit pénal concernant la vie familiale*, APD t. 20, 1975, p. 57 et s.



l’englobent et le dépassent. Ainsi, par exemple, les enfants sont-ils dans cette perspective fonctionnelle à la fois au centre des intérêts qui orientent les pouvoirs des parents, et l’enjeu de ces pouvoirs. La situation qui leur est réservée dans le cadre du divorce le montre : à voir les enfants ballottés et les pouvoirs revendiqués, on ne sait pas toujours si les parents exercent vraiment et uniquement l’autorité parentale dans l’intérêt des enfants, ou s’ils prennent prétexte de cette autorité pour se servir des enfants eux-mêmes dans le cadre du conflit entre adultes.

Cependant, à bien des égards, il semble que Claire Neirinck ne veuille pas faire de cette analyse fonctionnelle l’explication des phénomènes que l’on observe dans la famille, s’arrêtant à une classification pourtant éclairante, et semblant hésiter, comme nous allons le voir, devant les conséquences de cette analyse. Une telle attitude est loin d’être isolée. Elle révèle une certaine ambiguïté dans l’utilisation de l’analyse fonctionnelle par la doctrine dominante, particulièrement sensible à l’approche subjectiviste.

## **C – Une utilisation doctrinale équivoque.**

**110.** L’analyse fonctionnaliste, parce qu’elle s’inscrit dans la logique normativiste, ne peut impunément être plaquée sur des prémisses théoriques qui refusent cette logique. A cet égard, elle doit s’effacer devant les exigences du subjectivisme pour une partie importante de la doctrine. A trois niveaux, on observe alors une réticence, voire une défaillance, de cette doctrine dans l’utilisation de l’analyse fonctionnaliste : quant à la source des pouvoirs, quant au paradigme explicatif et quant à la notion de fonction elle-même.

## **1 – LA SOURCE DES PREROGATIVES, OBJET DE CONTROVERSES.**

**111.** Dans la logique normativiste, toute habilitation à une fonction ne peut provenir que d'une norme supérieure. L'autorité ne peut être ainsi que donnée, octroyée, confiée, par l'Etat, mais non pas reconnue par lui, à moins que l'on ne mette derrière ce terme une considération programmatique et non normative.

Or, il semble que la doctrine dominante se refuse à admettre que l'autorité ne préexiste pas à la loi <sup>321</sup>. Référence au droit naturel ? Toujours est-il que l'on rappelle à loisir, en s'appuyant sur le texte de l'article 371-2 du Code civil (« L'autorité appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité » <sup>322</sup>), que cette autorité appartient aux parents et n'a pas à être donnée <sup>323</sup> ; dit autrement, on estimera qu'une telle autorité est « présumée » <sup>324</sup>. Il s'agirait donc d'une simple reconnaissance d'un pouvoir, que le droit n'accorderait pas mais qu'au contraire il encadrerait.

En bonne analyse juridique, on devrait simplement noter qu'une fois donnée aux parents, cette autorité leur appartient et que le Code ne dit rien de plus. Mais cela est très révélateur d'une crainte que les parents ne soient dépossédés de cette autorité par un Etat omnipotent.

Surtout, cela ruine en partie l'approche fonctionnaliste, car il faut alors expliquer d'où vient ce pouvoir. Si la source étatique, l'habilitation législative en l'occurrence, permet d'éviter la question de la fondation juridique du collectif familial, il n'en est plus de même lorsque le droit n'habilite pas à une fonction mais enregistre qu'une puissance juridique existe. On pourra dire, bien sûr, que cet enregistrement est en fait celui d'un intérêt, qui confère la juridicité, sous forme d'autorité. Mais on aura seulement dit, différemment, ce que déduit l'analyse normativiste, c'est-à-dire que le système juridique a octroyé l'autorité aux parents, autorité qui n'existe donc pas sans l'habilitation du droit <sup>325</sup>. Et si l'on veut dire plus, il faut résoudre autrement qu'en termes de fonction la question de la juridicité de ces pouvoirs, et au-delà surtout de la famille. Ce que ne peut faire pourtant la doctrine subjectiviste, privée ici de sa technique centrale, la personnalité

---

<sup>321</sup> Dans la logique normativiste, l'autorité peut exister avant le système juridique. Ce n'est pas alors du droit. Mais une fois qu'un système juridique existe, il ne peut y avoir d'autre autorité concurrente à la sienne. L'émergence de tout système juridique supprime toute autorité autre que la sienne. Il est ainsi impossible au droit de reconnaître une autorité. Il lui est seulement possible d'habiliter un pouvoir en rendant juridique ce qui ne l'était pas. Il ne peut donc y avoir de préexistence juridique.

<sup>322</sup> Nous soulignons.

<sup>323</sup> V. C. Neirinck, *thèse citée* (n. 311) p. 211.

<sup>324</sup> Cf. J. B. Donnier, *L'autorité en droit privé*, Thèse droit, Aix-en-Provence, 1992. L'auteur donne ce titre à ses premiers développements sur la famille, dans une étude envisageant la famille comme lieu de l'autorité aux côtés de l'entreprise.

<sup>325</sup> Et à dire que l'Etat reconnaît l'existence d'un intérêt qui n'est pas individuel, et que pour protéger cet intérêt, une puissance particulière est conférée, ne risque-t-on pas de s'engager tout autant sur la voie d'une publicisation familiale ? Rapp. les critères du service public et le point suivant.

morale. En ce sens, il est à craindre que cette première divergence ne conduise une partie de la doctrine à un échec dans sa possibilité d'expliquer le droit positif, en l'engageant sur la voie du jusnaturalisme.

## **2 – LES HESITATIONS AUTOUR DU PARADIGME FAMILIAL.**

**112.** Bien qu'elle craigne le contrôle public dans le groupe, la doctrine, suivant en cela de très près le mouvement national et international qui protège l'enfant <sup>326</sup>, tend à remettre en cause la référence au groupe comme notion-cadre, lui préférant celle d'« intérêt de l'enfant ».

Comme le paradigme familial n'est pas pour autant abandonné, coexistent ainsi deux notions-cadres, deux intérêts, celui de la famille et celui de l'enfant, dont il faut bien envisager le rapport.

Des textes peuvent, sur une technique particulière, préciser à quel intérêt il convient de se référer. Mais le plus surprenant alors n'est-il pas que ces textes visent la famille lorsqu'il n'y a pas obligatoirement d'enfant – régimes matrimoniaux notamment – réduisant comme le note Max Henri l'intérêt de la famille à celui des époux <sup>327</sup>, et faisant du mariage une famille projetée, une cohabitation qui appelle la procréation ?

Le fait est que, dans les deux cas, nous rencontrons des notions-cadres qui auront précisément à être définies lorsqu'un cas d'espèce se présentera, et en fonction des données du cas <sup>328</sup>. Dès lors que l'on admet qu'existent des fonctions, c'est-à-dire que l'on met en oeuvre une approche téléologique des prérogatives par rapport à une notion-cadre, il n'est guère important *a priori* de donner un contenu figé à la légalité.

Au contraire, on ne pourrait le faire sans renoncer à cette approche, la notion même de lacune *intra legem* qui s'attache à la notion-cadre imposant cette indétermination. Intérêt de l'enfant et/ou intérêt de la famille seront déterminés selon les données de l'espèce <sup>329</sup>. Surtout, ils le seront, d'abord, par des autorités chargées de mettre les fonctions en oeuvre. A ce titre, les titulaires des pouvoirs familiaux participent nettement à une opération normative : si l'autorité est accordée aux parents « pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité », c'est en l'exerçant que les parents donneront un premier contenu à cette protection, qui modifiera

---

<sup>326</sup> Cf. J. Rubellin-Devichi, *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, JCP 1994.I.3739. Cet article fait de manière très complète le point sur tous les aspects de la question.

<sup>327</sup> *Op. cit.* (n. 290)

<sup>328</sup> Ce qui ne signifie pas discrétionnairement, comme l'exprime bien le juge lorsqu'il indique qu'il s'agit d'une « notion juridique qu'il appartient à la Cour de cassation de définir afin qu'une certaine cohérence se manifeste dans la jurisprudence » : Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 6/1/1976, D. 1976.253 (note Ponsard).

<sup>329</sup> Rapp. de l'analyse réaliste de la norme.

l'ordonnancement juridique, en fonction de leur interprétation de la sécurité, de la santé et de la moralité de l'enfant ; ce n'est qu'ensuite que le juge, éventuellement saisi, fera valoir la conception authentique. Une même analyse peut être conduite s'agissant de l'intérêt de la famille.

Ainsi, si l'intérêt de la famille comme l'intérêt de l'enfant ne peuvent être déterminés qu'en étant appliqués au cas concret, peut-on avec certitude dire qu'il peut y avoir conflit entre ces deux notions, ce qui justifierait leur existence comme concepts séparés ? Nous ne le croyons pas.

On peut comprendre que le législateur souhaite mettre en avant la notion d'intérêt de l'enfant. D'une part, cela peut s'expliquer par une approche programmatique ; d'autre part, la personne de l'enfant possède, évidence juridique <sup>330</sup>, des droits fondamentaux, qui sont susceptibles d'atteintes particulières et pour la protection desquels des techniques spécifiques doivent être organisées.

On conçoit bien, par ailleurs, que certains membres du groupe familial et l'enfant puissent avoir à un moment donné des intérêts divergents ; à cet égard l'existence de l'instrument « intérêt de l'enfant » se justifie. Mais il faut alors voir à quoi il s'oppose, c'est-à-dire surtout voir comment il s'oppose.

De ce point de vue, parce qu'il s'agit d'un énoncé à appliquer à une situation donnée d'une part, et parce qu'il s'agit d'un intérêt à vocation individuelle d'autre part, il ne nous semble pas que cette notion permette, confrontée à la notion, tout aussi indistincte *a priori*, qu'est l'intérêt de la famille, une meilleure précision des fonctions, protégeant mieux l'individu dans l'absolu. Il ne nous semble pas en effet que les notions soient opposées, en ce qu'elles renverraient à des intérêts distincts.

L'intérêt de l'enfant ne s'oppose pas à celui d'un collectif auquel il appartient : la famille. Il ne peut s'opposer, éventuellement, qu'à celui d'autres personnes, dans la famille, ou à l'extérieur d'elle. Si, en effet, l'intérêt de la famille n'est pas celui de l'enfant <sup>331</sup>, ce n'est plus l'intérêt collectif de la famille mais celui, égoïste, d'un ou plusieurs de ses membres <sup>332</sup>, voire de tous les membres du groupe sauf l'enfant, auquel s'oppose un autre intérêt égoïste, celui de la personne de l'enfant ; et dans ce cas, il faut se demander si l'enfant est encore à l'intérieur de ce collectif, ou s'il est à l'extérieur, comme nous le ferons à propos du contrôle que l'autorité publique exerce sur la famille, et qui peut aboutir à sa remise en cause <sup>333</sup>.

La protection ne serait plus efficace que si l'on faisait de l'intérêt de l'enfant, suffisamment précisé alors, un droit subjectif dont il serait titulaire et qui serait opposable à tous.

---

<sup>330</sup> Cf. art. 1 de la déclaration des droits de l'homme de 1789 : « les hommes naissent ... ».

<sup>331</sup> Et il n'a pas à être *d'abord* celui de l'enfant ou *aussi* celui de l'enfant. Il l'est, tout comme il est celui des autres membres du groupe.

<sup>332</sup> Telle semble être d'ailleurs fréquemment la question soulevée, lorsque s'opposent divers intérêts égoïstes, chacun se réclamant de l'intérêt de la famille. Le juge n'exige alors ni l'unanimité (qui supposerait d'ailleurs qu'il n'y ait pas conflit et qui ferait tenir à l'acceptation de tous, c'est-à-dire à l'absence de refus d'un seul, la définition de cet intérêt collectif), ni la majorité (qui lierait le point de vue qualitatif aux considérations quantitatives). Cf. en matière de changement de régime matrimonial Cass. 1<sup>ère</sup>, 6/1/1976, JCP 1976-II-18461 (note Patarin).

<sup>333</sup> Cf. titre 2, chapitre 2, *infra*.

Or ce n'est pas là la fonction de l'instrument, présenté comme notion-cadre, intérêt de l'enfant ou intérêt de la famille : nécessairement dénué de précision *a priori*, il est destiné à être modelé dans une situation concrète, en fonction d'orientations générales.

Surtout, en présence d'un droit subjectif de l'enfant, y aurait-il encore place pour une fonction et une autorité parentales ? Il est permis d'en douter. Nous rentrerions dans une logique de représentation, dont il est difficile de faire une application générale dans le champ du pouvoir familial : l'autorité parentale n'est pas réductible à une représentation d'un sujet de droit distinct, l'enfant ; elle est exercice d'un pouvoir sur ce sujet. Ce pouvoir est certes limité et finalisé, et à ce titre l'affirmation et la garantie des droits de l'enfant, déclinaison des droits fondamentaux de la personne humaine, permettent que cette autorité ne soit en rien tyrannique <sup>334</sup> ; mais le pouvoir n'est rien d'autre qu'une puissance ou une autorité limitée et finalisée. Il n'est rien d'autre qu'une fonction, et c'est alors bien cette notion qui, quoique utilisée, pose problème à la doctrine dominante.

### **3 – LA FONCTION, UNE NOTION REMISE EN CAUSE.**

**113.** Cette notion de fonction inquiète par ses caractères. La démarche de Claire Neirinck est très révélatrice de cette inquiétude. Certes, l'auteur applique avec une grande rigueur cette notion pour analyser les prérogatives. Mais, s'agissant de la nature de ces fonctions, elle prend bien soin qu'on ne puisse pousser trop loin l'analogie avec une charge publique, qui ferait des parents les agents de l'Etat.

Constatant que la fonction parentale reproduit l'image de la magistrature du père, l'auteur constate que « la référence à une charge administrative s'accroît et s'affine » <sup>335</sup>. Mais aussitôt est rappelé qu'en « accomplissant cette fonction, les parents réalisent un droit propre » <sup>336</sup>.

Concluant sur la fonction-vie, Claire Neirinck admet que « la référence à la fonction parentale implique que les parents sont investis d'une mission en quelque sorte analogue à celle des fonctionnaires » <sup>337</sup>. Mais « alors que la fonction administrative suppose un pouvoir légalement établi, la fonction-vie parentale apparaît au contraire comme un pouvoir légalement limité » <sup>338</sup>.

---

<sup>334</sup> On notera alors que d'un point de vue théorique, les problèmes qui se posent dans la famille sont parfaitement en correspondance à ceux qui se posent pour l'Etat de droit.

<sup>335</sup> *Thèse* p. 14.

<sup>336</sup> *Id* p. 15.

<sup>337</sup> *Id* p. 203.

<sup>338</sup> *Id* p. 204. Cela pose, comme nous l'avons dit, la question de la juridicité de ce pouvoir. On ne voit pas en quoi juridiquement cette autorité est plus limitée qu'investie.

Ainsi, pour l'auteur, « ce n'est pas ce qui subsiste de l'autorité des père et mère qui est justifié par le service de l'intérêt de l'enfant, c'est sa réduction elle-même » <sup>339</sup>. A cet égard, il n'est pas neutre de constater que l'auteur, avec une grande partie de la doctrine, semble estimer que la fonction s'opposerait aux droits : considérant d'abord que le Code civil définit l'autorité parentale comme « le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation [des parents] à l'égard de [l'enfant] » <sup>340</sup>, Claire Neirinck paraît considérer que la fonction ne recouvre que les devoirs des parents. Or si la fonction n'est en rien exclusive des droits, une distinction aussi tranchée ne nous paraît pas ici justifiée car les questions se situent sur des terrains différents.

Et on peut même se demander ce qui reste des fonctions dans une telle perspective. La notion de fonction veut justement que, dans l'intérêt de l'enfant, toutes les prérogatives permettant sa satisfaction, et seulement celles-ci, soient confiées aux parents. La même notion veut qu'on contrôle l'usage qui est fait de ces pouvoirs par rapport à l'intérêt en vue duquel ils ont été confiés. Que la perception de cet intérêt évolue, et, partant, que ces prérogatives soient fluctuantes, c'est une des conséquences de la notion-cadre. Mais en toute hypothèse, si l'on parle de fonction, ce sont les prérogatives et le contrôle de leur usage qui permettent de l'accomplir, et non simplement la limitation de ces prérogatives. Ce n'est pas en privant les parents de pouvoirs ou en limitant simplement ceux-ci que l'on permettra que soient protégées la santé ou la moralité de l'enfant. C'est, au contraire, en leur confiant d'une part l'ensemble des pouvoirs nécessaires, et en prévoyant d'autre part des procédures permettant de vérifier l'usage de ces pouvoirs, que l'on peut, à la fois, s'assurer de la recherche de l'intérêt de l'enfant et de l'existence de limites aux pouvoirs des parents.

Il n'est sans doute pas indifférent de voir appliquer ici à la famille un raisonnement qui a bien souvent visé l'Etat et l'administration : ce qui est justifié par l'intérêt général pour de nombreux auteurs, politiciens libéraux au sens français du terme notamment, ce n'est pas ce qui subsiste des prérogatives publiques, mais la diminution de ces prérogatives. Tout le droit administratif a pourtant montré que l'un ne va pas sans l'autre et que la fonction administrative était la satisfaction d'un intérêt général fluctuant, fonction pour laquelle l'administration doit être *adaptée*. Les grandes lois du service public concourent à cette satisfaction en imposant une évolution quantitative et qualitative des prérogatives pour correspondre aux fonctions. Mais c'est l'évolution des prérogatives publiques qui seule peut satisfaire l'intérêt général en permettant que soient menées les actions qu'il appelle, et non la limitation de ces prérogatives qui ne pourrait aboutir qu'à paralyser l'Etat, et à le rendre incapable de remplir ses missions, donc de satisfaire l'intérêt général. Car diminuer les prérogatives, c'est diminuer les moyens d'action, c'est-à-dire empêcher d'agir pour la satisfaction de l'intérêt général ; les accorder pour l'action, et contrôler leur usage pour cette action, c'est, en revanche, s'assurer de l'action, de la satisfaction de l'intérêt général : c'est donc déterminer leurs limites.

---

<sup>339</sup> *Ibid.*

<sup>340</sup> Art. 371.2.

Examiner ainsi la notion de fonction par rapport à ses seules limites offre un raisonnement révélateur d'une doctrine imprégnée par la notion de droit subjectif, qui s'étend jusqu'à ce qu'il rencontre des limites. Cela est incompatible avec une approche fonctionnaliste <sup>341</sup>.

**114.** Cela ne signifie pas qu'il y ait nécessairement incompatibilité entre une analyse des droits subjectifs et une analyse fonctionnaliste. Emmanuel Gaillard a montré ainsi qu'on pouvait développer cette approche de la fonction dans une perspective étrangère à une explication normativiste, et faire place à une vision dualiste des prérogatives juridiques. Aux côtés de droits subjectifs existent, en droit privé tout comme en droit public, des pouvoirs, constituant une véritable catégorie de prérogatives <sup>342</sup>. Ces pouvoirs constituent bien des droits pour leurs titulaires, mais ils leur sont conférés uniquement pour réaliser la mission dont ils sont investis, qui leur fait exercer ces prérogatives dans un intérêt totalement ou partiellement distinct du leur. L'attribution de pouvoirs traduit alors une technique particulière, concurrente de celle de la personnalité morale, et qui permettrait, en l'absence d'intérêt collectif notamment, d'assurer la cohésion du groupement. Le titulaire du pouvoir apparaît dans ce cas, non pas comme un représentant du groupe non-personnalisé ou de l'intérêt collectif, mais comme un agent juridique investi d'une fonction à réaliser. Le contrôle de cette fonction porte alors sur le pouvoir normatif exercé par le titulaire du pouvoir <sup>343</sup>, et soumet les actes juridiques unilatéraux qui en émanent à un contrôle du détournement de pouvoir. La famille et l'entreprise <sup>344</sup> constitueraient deux entités importantes où trouveraient à s'exercer de tels pouvoirs : deux objets juridiques, construits par le droit comme des paradigmes, et qui seraient protégés juridiquement par la médiation du statut des prérogatives individuelles fonctionnalisées.

**115.** Ces analyses témoignent alors qu'une parenté existe entre fonctions publiques et parentales, au travers notamment des techniques mobilisées ; de cette parenté, Kelsen avait conscience, même s'il l'a simplement évoquée, s'agissant de la famille <sup>345</sup>.

---

<sup>341</sup> On trouvera un même raisonnement chez J. Rubellin-Devichi, *op. cit.* (n. 326) § 3 : « Il n'est pas faux de souligner l'intervention croissante de l'Etat dans le droit de la famille, mais à condition de noter que l'Etat intervient désormais davantage pour prendre le relais des solidarités familiales défaillantes et vérifier que la famille ou l'aide sociale agissent dans l'intérêt de l'enfant, que pour jouer le rôle de gardien de l'ordre public ». Nous aurons à montrer (*infra*, section 2 de ce chapitre puis chapitre 2 du titre prochain) qu'il n'y a pas ici à faire cette opposition entre l'intérêt de l'enfant et l'ordre public, mais que la sauvegarde de celui-ci est liée à la réalisation et à la protection de celui-là.

<sup>342</sup> *Thèse citée* (n. 187).

<sup>343</sup> Cf. *supra*.

<sup>344</sup> Rappelons alors que l'entreprise n'est pas considérée non plus comme une personne morale, mais qu'elle est une entité économique et humaine de fait, constitutive d'une cohérence en termes d'intérêt et d'autorité. Sur l'entreprise, V. notamment la thèse de M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957. *Adde*, pour un parallèle concernant l'autorité dans les deux institutions, et des propositions de contrôle semblable, la thèse de J. B. Donnier, *op. cit.* (n. 324).

<sup>345</sup> Par exemple, *Théorie pure du droit*, *op. cit.* (n. 293) p. 210 et s.

Il ne semble pas que la doctrine subjectiviste, rencontrant des difficultés à dépasser la simple référence fonctionnelle pour faire de la fonction et de son corollaire le paradigme, un élément réellement explicatif du statut juridique de la famille, soit en fait pleinement désireuse d'assumer les implications de l'analyse fonctionnaliste. Il est vrai que, intellectuellement liée à l'objectivisme juridique, l'analyse fonctionnaliste semble être, sur ces points, à l'opposé de l'approche subjectiviste.



## **§ 2 – Les implications théoriques d’une approche fonctionnaliste.**

**116.** L’approche en termes de fonction que nous venons de retracer repose sur une conception moniste du droit. Tous les droits, tous les pouvoirs, toutes les fonctions, n’ont d’autre source que l’Etat (ou le droit international dans une perspective de monisme international). Le paradigme familial est un objet juridique voulu et construit comme tel par l’ordre juridique souverain.

Que cette conception corresponde très exactement à celle affirmée par l’Etat est incontestable. Mais le propre de l’Etat comme ordre juridique n’est-il pas justement de procéder à cette construction normative ? Il n’est pas pour autant certain qu’en décrivant très exactement le système juridique positif tel qu’il se présente alors, la doctrine fonctionnaliste en rende totalement compte. En acceptant comme axiome la prétention de l’Etat à la souveraineté, au monopole, à la cohérence explicite, cette doctrine rend compte du système juridique et non de sa construction. S’agissant de la famille dans ce système, elle rend compte de l’objet construit (le paradigme des fonctions individuelles), non de la construction de l’objet. Cette analyse se justifie incontestablement dans une optique de théorie pure du droit. Mais cette pureté est peut-être trop artificielle. Coupé de sa nature sociale, le droit apparaît alors objectivé (A) par une approche totalement idéaliste (B).

### **A – Une objectivation du droit.**

**117.** L’approche fonctionnaliste est inséparable d’une objectivation du droit. Cela est vrai d’une approche exclusivement fonctionnaliste, comme dans le normativisme kelsénien, qui ne laisse aucune place aux droits subjectifs. Mais cela l’est également d’une approche apparemment plus conciliable avec le subjectivisme, comme chez Emmanuel Gaillard ; même si celui-ci sépare d’un côté les droits subjectifs, de l’autre les fonctions objectives (parce que voulues et finalisées par l’Etat, en dehors de la volonté du sujet), la fonction apparaît comme entièrement dépendante du système juridique, c’est-à-dire de l’Etat, qui l’institue et en fixe le statut. Elle est alors un moyen d’action de l’Etat, une modalité de modification de l’ordonnancement juridique, qui appelle nécessairement le fonctionnaire investi de la fonction, l’agent juridique investi du pouvoir normateur, l’organe qui agit.

L’habilitation aux fonctions familiales marque ainsi une publicisation du groupe, qui entre dans une logique fonctionnelle publique parce qu’il s’inscrit dans une logique juridique

assimilée à une logique publique (1). Dans cette logique, le caractère exorbitant des rapports familiaux participe d'une technique de droit public (2).

### **1 – UNE LOGIQUE UNITAIRE DE « FONCTIONS PUBLIQUES ».**

**118.** Dans l'approche fonctionnaliste, les pouvoirs familiaux ne sont pas immédiatement une manifestation de la volonté individuelle, mais l'exercice d'une fonction, dont l'individu est investi par l'habilitation étatique. Celui-ci prend de ce fait la qualité d'organe <sup>346</sup>.

Se pose alors nécessairement la question de savoir de qui l'individu est l'organe, ce qui contribue à déplacer sur un nouveau terrain le problème du collectif.

**119.** S'il est un point acquis, c'est bien celui de l'absence de mécanisme général de représentation dans la famille. Bien sûr, certaines techniques représentatives existent lorsqu'il est envisageable qu'existent une personne à représenter et des actions appartenant à cette personne pour faire valoir ses intérêts <sup>347</sup> ; mais on ne peut recourir à cette mécanique dès lors que la famille n'est pas personnalisée et donc n'est pas représentable.

L'organe au contraire ne suppose pas, comme l'a démontré Carré de Malberg à propos de l'Etat <sup>348</sup>, l'existence de deux personnes distinctes. Au contraire, l'organe « agit et veut pour le compte d'une collectivité unifiée, qui, en tant qu'entité abstraite, ne saurait par elle-même ni vouloir ni agir » <sup>349</sup>.

Ainsi, les individus qui agissent dans l'intérêt de la famille ou dans celui de l'enfant, hors le cas où ce dernier serait titulaire de droits subjectifs, n'agissent pas par représentation. Si l'on veut les rattacher au collectif, ce ne peut être alors qu'en tant qu'organe.

**120.** Le rattachement au collectif semble exister, comme en témoigne le paradigme familial qui dirige ces fonctions. La question qui se pose nécessairement est alors de savoir si cette approche du titulaire des fonctions en qualité d'organe ne contribue pas à faire émerger le collectif juridiquement. De manière fort paradoxale, certes, ne retrouverait-on pas la question de la personnalité juridique derrière celle des fonctions ?

---

<sup>346</sup> Nous avons vu que René Savatier notamment s'appuyait sur l'existence d'organes dans la famille pour montrer que la famille était une personne morale. La démonstration, au-delà des apparences, était radicalement différente de celle envisagée ici. L'existence d'organes n'était pas le point central de la démonstration, duquel était déduit éventuellement la personnalité, mais un des éléments du faisceau d'indices. Ici, la démonstration fonctionnaliste est construite logiquement autour de l'organe. Là, elle se sert de l'organe parmi une multitude d'autres arguments.

<sup>347</sup> Par exemple certaines représentations en justice, ou la gestion des biens de l'incapable.

<sup>348</sup> *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, t. 2, p. 281-360.

<sup>349</sup> *Id.* p. 228.

Selon Kelsen, « un individu est l'organe d'une collectivité en tant qu'il exerce une fonction qui peut être attribuée ou rapportée à cette collectivité » <sup>350</sup>. En s'appuyant alors sur Kelsen d'abord, sur Carré de Malberg <sup>351</sup> ensuite, on pourrait essayer, dans une approche fonctionnaliste, de démontrer qu'il y a, chez l'individu, des droits qui lui appartiennent en tant que tel, et d'autres qui appartiennent à la collectivité dont il est l'organe : la famille. On retrouverait, dans une perspective nettement objectiviste, la problématique que René Savatier n'avait pu résoudre dans une problématique plus subjectiviste.

**121.** La théorie de l'organe suppose ainsi que la collectivité naît avec son organe. Plus précisément, c'est la juridicité de l'organe qui fait qu'il y a collectivité. Ce qui importe donc, ce n'est pas le statut de la collectivité, mais celui de l'organe qui agit et veut pour elle <sup>352</sup>.

Nous n'avons pas trouvé une personne morale dans la famille. Attachons-nous donc à y déceler un organe. Ne cherchons pas de volonté collective, mais cherchons si quelqu'un veut pour la collectivité. Cherchons donc si *en droit*, la volonté énoncée par l'individu-organe sur un objet de sa compétence forme par elle-même la volonté du groupe <sup>353</sup>.

L'approche fonctionnaliste incite à adhérer à une telle conception. Le terme de *fonction*, même s'il traduit l'existence de droits propres au profit de l'organe <sup>354</sup>, signifie bien que « l'individu qui remplit la fonction d'organe, opère, non pas comme peut le faire une personne exerçant, comme telle, un pouvoir dont elle est le sujet spécial, mais bien comme un instrument dont l'être collectif se sert pour l'exercice de pouvoirs qui n'appartiennent qu'à lui seul » <sup>355</sup>.

Rien dans les techniques du droit des relations intra-familiales ne s'oppose à cette conception : ni les modalités de la responsabilité, ni les techniques d'attribution des pouvoirs aux individus ne révèlent ainsi une conception strictement individualiste, comme en témoigne le recours au paradigme familial <sup>356</sup>. Au contraire, et c'est très net avec le contrôle public sur la famille <sup>357</sup>, l'unité et la permanence de l'organe sont parfaitement organisées : en cas de défaillance de la famille, ou plus exactement de ses organes (parents principalement), des procédures viennent investir de nouveaux organes (parents adoptifs, travailleurs sociaux, collectivité publique, etc.). Il est vrai alors que si les parents disposent de l'ensemble des prérogatives attachées à la famille, et apparaissent comme l'organe unique, il n'en va pas de même des organes de substitution : si l'ensemble des fonctions sont assurées, ce n'est qu'au prix d'une

<sup>350</sup> Kelsen, *Théorie pure du droit* (n. 293) p. 200.

<sup>351</sup> Lui-même très inspiré par les conceptions de Gierke, Jellinek, etc.

<sup>352</sup> Ce qui n'empêche pas que la conclusion sera nécessairement l'existence d'une personne juridique collective : Cf. Carré de Malberg, *op. cit.* (n. 348), p. 309. Kelsen est, lui, plus nuancé, parce que résolument plus fonctionnaliste.

<sup>353</sup> Cf. Carré de Malberg, *op. cit.* (n. 348), p. 293.

<sup>354</sup> Mais les organes de l'Etat ont eux-mêmes des droits sur leur compétence, qu'ils peuvent opposer à d'autres organes par exemple. Cf. M. A. Cohendet, *L'épreuve de la cohabitation*, Thèse, Université Jean Moulin-Lyon III, 1991.

<sup>355</sup> Carré de Malberg, *op. cit.* (n. 348), p. 306.

<sup>356</sup> Cf. § précédent.

<sup>357</sup> Substitution de l'autorité familiale en cas de défaillance, agrément à adoption, etc. V. *infra*.

division des pouvoirs (entre tuteur et Conseil de famille, par exemple). Une telle division cependant ne porte pas atteinte au schéma général car il ne concerne que l'organisation des organes, et non leur existence. On pourra voir également dans le droit de jouissance légale reconnu aux parents, qui les autorise à percevoir les revenus de l'enfant mineur autres que ceux liés à son travail ou à un don ou legs excluant expressément cette jouissance, moyennant le devoir de nourriture, d'entretien et d'éducation de cet enfant, une autre illustration de l'organe, qui en vise le financement voire la rémunération pour l'exercice des fonctions <sup>358</sup>.

De manière générale, et hors les cas particuliers où le droit organise d'autres modalités subsidiaires, l'organe serait ainsi investi par l'article 371-2 du Code Napoléon – « l'autorité appartient aux père et mère » – et, en cas d'institution complexe – famille et mariage –, par l'article 213 de ce même Code <sup>359</sup>. Plusieurs points cependant peuvent conduire à nuancer l'adhésion à la théorie de l'organe comme applicable à la famille.

**122.** On objectera, non sans raisons, une difficulté théorique, qui tient à ce que la théorie de l'organe trouve principalement à s'appliquer en droit constitutionnel, au sens le plus exact que ce terme devrait avoir, pour rendre compte de la constitution du pouvoir juridique de l'Etat : l'existence des organes publics rend compte de l'existence de l'Etat. C'est donc véritablement une théorie de la juridicité originelle, dont on peut se demander si elle est bien pertinente dès lors qu'un ordre juridique existe. Il ne nous semble pas que cette objection soit insurmontable.

D'une part, Carré de Malberg ne semble pas exclure qu'elle puisse s'appliquer à toutes les collectivités. D'autre part, et c'est sans doute là l'aspect le plus important, pour être une théorie de l'Etat, la théorie de l'organe ne parvient pas à proposer une véritable explication juridique de cet Etat. On veut bien que l'Etat soit une collectivité juridique parce qu'un organe veut pour elle, mais on n'est guère plus renseigné sur ce qui fait juridiquement qu'existent ces organes et qu'ils veulent. *In limine* n'est toujours pas résolue la question de la juridicité de l'organe. La démonstration s'arrête là où s'arrête aussi celle de Kelsen, à l'axiome fondateur, la *Grundnorm*. On a donc assez peu de scrupule, il faut l'avouer, à généraliser l'utilisation de la démonstration en présence d'une norme instituant l'organe de la famille, c'est-à-dire dans un cas où la juridicité n'est pas la question essentielle.

**123.** On pourra aussi dire que l'approche fonctionnelle de la famille heurterait la latitude laissée à l'organe, rendant inapplicable une conception en ces termes. Ce serait sans doute inexact et procéderait d'une confusion entre la fonction et les pouvoirs qui en sont la manifestation.

---

<sup>358</sup> Art. 382 et s. du C. civ.

<sup>359</sup> V. note 314. Ne cachons pas les difficultés, cependant, en cas de « famille recomposée », en l'état de ce droit. V. chapitre précédent.

L'organe familial a des prérogatives très larges dont il use avec assez de liberté. C'est en cela qu'il est organe, parce qu'il peut vouloir, et non pas représentant, qui ne peut avoir en tant que tel de volonté propre <sup>360</sup>.

Mais cette capacité de vouloir n'est pas nécessairement sans limites. Etre organe, sauf peut-être pour le constituant originaire, ne signifie pas avoir tous les pouvoirs, sans limites et sans contrôle. Au contraire, on peut constater que le pouvoir discrétionnaire est lui-même limité, fonctionnalisé par son but, la satisfaction de l'intérêt général. Et inversement, l'existence d'une compétence liée ne fait pas pour autant obstacle à ce que celui qui l'exerce puisse être un organe.

L'organe peut donc très bien être investi de fonctions sans perdre sa qualité d'organe pour devenir représentant. Et, s'agissant de savoir s'il peut y avoir organe, la question n'est donc en rien celle de la latitude des pouvoirs de l'individu-organe, mais bien celle de l'existence d'une autre volonté à laquelle celle de l'individu pourrait être subordonnée, qui ferait de cette existence une volonté représentée, et de l'individu un représentant. Il n'y a pas ici une telle volonté, donc il ne peut y avoir ici qu'un organe.

Mais il faut aller plus loin et dire qu'il doit nécessairement ici y avoir un organe si l'on veut tenir compte de la famille d'un point de vue juridique. En effet, si l'on suppose qu'il n'y a pas d'organe voulant pour la famille, il faut alors qu'il y ait représentation de la famille, donc qu'existent deux personnes distinctes, l'individu représentant et le groupe représenté. Or justement, si l'on n'a pas recours à l'organe, on ne peut démontrer, comme nous l'avons vu s'agissant de la doctrine subjectiviste, l'existence d'une personne juridique familiale : il n'y a que des individus. Sans organe, il n'y a pas de groupe, et donc il ne peut y avoir de représentation. Et alors se repose le problème du paradigme collectif : comment saisir la famille ?

L'existence de fonctions n'est donc nullement une limite à la volonté de l'individu-organe, mais sa source, puisqu'en l'absence de telles fonctions, il n'y a que l'individu. C'est donc bien parce qu'il y a des fonctions qu'il peut y avoir organe, ces fonctions instituant des pouvoirs qui sont des droits pour l'individu rapportés à sa compétence, mais qui ne sont pas des droits de l'individu. C'est en ce sens qu'à l'inverse des diverses approches envisagées préalablement sous l'angle subjectif de la personnalité morale, la théorie de l'organe est nécessairement une approche fonctionnaliste.

**124.** On pourra surtout se demander de qui l'individu, dans la famille, est l'organe. Est-ce un organe de la famille, ou n'est-ce pas plutôt un organe de l'Etat dans la famille ?

C'est là, à notre sens, la difficulté la plus sérieuse. Elle ne remet pas en cause l'analyse des individus comme organes, avec ses conséquences fonctionnelles. Mais elle tend à faire ici aussi de la famille un simple paradigme, et non pas une collectivité juridique déduite de l'existence d'organes spécifiques.

---

<sup>360</sup> Rappelons que la théorie de l'organe est une critique de la conception classique de la représentation politique, et qu'elle renvoie cette technique au mandat impératif.

L'analyse de l'organe appliquée à la famille dépossède les individus des droits exorbitants dans la famille pour les attribuer à une collectivité. Elle fait que ces individus sont uniquement habilités à agir en tant qu'organes de la collectivité. Le contenu et l'existence même de cette habilitation est d'origine étatique (Code civil en premier lieu). Des contrôles publics sont en place qui font que l'individu-organe peut avoir à rendre compte de ses actes, être dessaisi de ses fonctions et remplacé, au besoin par l'Etat lui-même <sup>361</sup>.

L'individu est dans une situation bien proche de celle d'un agent public. De qui alors est-il réellement l'organe ? De l'Etat directement, l'intérêt de la famille étant alors une spécificité de l'intérêt général, très exactement l'intérêt général dans la famille ? Dans cette logique, il n'est pas exclu de le penser.

D'une part, en effet, l'individu, saisi comme agent investi d'un pouvoir normatif (autorité parentale particulièrement), est avant toute chose un agent du système juridique qui l'habilite, et qui verra son ordonnancement modifié par les actes juridiques que cet agent émettra. De ce point de vue, que la famille soit ou non une personne (et l'on sait que l'analyse normativiste répugne à considérer la personnalité morale), elle ne saurait constituer un écran entre le système juridique et son agent.

D'autre part, la notion même de fonction se développe dans une perspective d'habilitation et de contrôle étatique, qui appréhende l'Etat et la famille dans une continuité et une complémentarité fonctionnelle : parce que définies par l'Etat et contrôlées par lui, les fonctions familiales de l'individu ne peuvent, quelle qu'en soit par ailleurs l'orientation pratique, être autre chose que des fonctions étatiques <sup>362</sup>. La chose n'est pas originale. C'est là le propre de l'analyse normativiste qui, appréhendant l'Etat comme ordre juridique unique, fait de tout acte juridique, et donc de toute fonction, une action étatique.

Mais on pourrait aussi bien admettre qu'il est l'organe de la famille-personne <sup>363</sup>. L'organe voulant pour une personne instituerait la famille comme collectivité juridique dans le statut que nous venons d'évoquer. Il est alors difficile dans cette optique de voir dans la famille une personne juridique privée. N'étant pas prévue directement par le droit positif, cette personne ne naît pas non plus du consentement de l'ensemble de ceux qui la composent. Sa fondation alors est rapportée à l'attribution étatique de fonctions, à l'habilitation par l'Etat d'un individu : elle doit être ainsi, sinon une personne statutairement publique (et on sait que l'administration peut recourir à des personnes en la forme privée : associations dites « administratives », certaines entreprises publiques, etc.), du moins comme un démembrement de l'Etat, un aménagement juridique pour que les fonctions de l'organe s'exercent. La chose peut paraître excessive ; elle est inévitable dans

---

<sup>361</sup> Ce n'est là qu'une description en termes propres à rendre compte de l'approche fonctionnaliste du droit positif (V. titre 2).

<sup>362</sup> Sur les conséquences de cette analyse, V. *infra* p. 233 et s.

<sup>363</sup> Sauf à se demander pourquoi le législateur prendrait tellement soin de désigner l'organe de la personne sans envisager directement l'une avec l'autre.

une telle logique. Elle confirme surtout que la question de la personnalité morale de la famille est finalement très accessoire au regard des questions liées à son inscription en droit.

Il est vrai que la logique de la personne collective n'est pas celle de l'approche normativiste, et qu'elle complique sans la renforcer l'approche fonctionnaliste. En ce sens, la théorie de l'organe est ici une théorie de la puissance de l'Etat (*Herrschaftsgewalt*) et non une théorie du groupe, ramenant les droits de la famille, personnalisée ou non, à des droits publics, pour lesquels le groupe est moins une réalité juridique autonome qu'une technique d'aménagement de la puissance. La personnalisation par l'organe ne confère pas au groupe une vie et des droits propres, mais aménage les droits de l'Etat.

**125.** La logique de l'approche fonctionnaliste place alors nécessairement le groupe familial au coeur de la puissance publique, parce qu'elle fait de cette puissance le coeur du droit ; on comprend ainsi qu'une partie de la doctrine ait pu être effrayée, non sans raison d'ailleurs, des conséquences de cette approche qui ferait du droit ayant trait à la famille du droit public. Le recours aux spécificités du droit public n'est pourtant pas sans enseignement en matière familiale ; et s'il ne s'agit là que d'analogie, l'examen révèle une logique de fonctionnement qui peut retenir l'attention.

## ***2 – UNE ANALOGIE TECHNIQUE AVEC LE DROIT PUBLIC.***

**126.** L'analogie avec les techniques de droit public ne doit pas être mal interprétée. On pourrait bien sûr, dans un mouvement d'objectivation totale du droit, plaider l'inutilité des techniques de droit privé appliquées à la famille en s'appuyant sur leur apparence publique. Ce n'est pas notre intention, et si, à cet égard, la distinction droit public–droit privé ne nous semble que relative, ce n'est certes pas pour appeler le règne du « tout public ». Ce qui, en revanche, nous paraît révélateur, c'est de noter que le caractère exorbitant des rapports familiaux prend une nouvelle signification dans l'approche fonctionnaliste, et vient conforter celle-ci en traitant l'organe et les fonctions qu'il exerce sur un terrain que l'on peut aborder avec des techniques de droit public.

On sait qu'il est possible au législateur de soustraire à l'emprise du droit administratif certaines activités pour les placer sous un régime de droit privé. On sait aussi que le juge judiciaire accepte, lorsqu'un litige lui est soumis, de se référer dans certains cas au droit public et de

l'appliquer <sup>364</sup>. Il n'est pas alors inutile, au moins dans cette perspective, d'inciter à une approche d'interprétation publiciste des rapports familiaux, même régis par le droit civil.

De ce point de vue, l'ampleur du travail est considérable et sans doute celui-ci serait-il plus pertinent si un privatiste reprenait l'ensemble du droit privé de la famille sous cet angle <sup>365</sup>. A coup sûr, ce travail dépasse le cadre strict de cette thèse, et nous nous proposons simplement d'avancer quelques remarques pour inciter à la réflexion.

Dans la problématique d'un droit de puissance et de service, tel qu'on peut présenter le droit administratif – pour faire bref, prérogatives exorbitantes dans un but de service public <sup>366</sup> –, les fonctions familiales peuvent alors être appréciées comme service public (a) et leur exercice analysé à la lumière des pouvoirs administratifs (b) ; la relative immunité juridique qui se manifeste dans le groupe s'apparente ainsi moins au règne du « non-droit », dont parle une partie de la doctrine, qu'à un ordre intérieur (c).

### **a – la fonction familiale comme service public.**

**127.** Qu'est-ce qu'un service public ? Rarement une question a autant fait couler d'encre chez les juristes. Qu'est-ce que la famille ? Pour être moins sévèrement débattu, ce problème n'a pas reçu une meilleure solution que celui du service public. Dès lors, présenter la fonction familiale comme pouvant présenter quelque analogie avec un service public peut sembler un comble d'imprécision.

Cela est vrai si l'on s'en tient à une approche statique. Mais si, à la suite notamment de Gaston Jèze, on articule de manière dynamique les éléments du service public et on rapporte cette articulation aux fonctions familiales, il n'est pas interdit d'effectuer un rapprochement éclairant.

De manière dynamique, un service public n'est pas une évidence mais une construction : c'est d'abord une activité d'intérêt général susceptible de divers régimes juridiques et pour laquelle les autorités, *a priori* (législateur, autorité administrative, etc.) ou *a posteriori* (le juge saisi d'un litige), doivent déterminer le régime juridique, pour en faire ou non un service public.

Dans le cadre d'une politique du droit, il est possible de considérer que cette activité est déjà fort bien remplie en l'état par la société civile sans qu'il soit besoin d'intervenir, parce que les règles du droit privé fournissent un modèle approprié pour une action efficace. Mais il est aussi possible d'estimer qu'il est nécessaire d'octroyer à une personne privée (individu, groupe

<sup>364</sup> Cass. civ. 23/11/1956, *Giry*, GAJA n° 93 (avec bibliographie).

<sup>365</sup> C'est dans cette optique d'ailleurs que travaillait René Savatier, avec réticence, certes, ce qui l'amenait à dénoncer la publicisation du droit privé. Nombre d'auteurs proposent une analyse convaincante de ce point de vue : par exemple E. Gaillard, *op. cit.* (n. 187), qui fournit par ailleurs de nombreuses indications bibliographiques ; M. Hauriou, *Police juridique et fond du droit*, RTD civ. 1926, p. 265 et s.

<sup>366</sup> Sans discuter les détails, c'est là une définition qui peut autant satisfaire les grandes écoles du droit administratif, que les approches plus modernes, notamment l'approche des bases constitutionnelles du droit administratif (G. Vedel, *Les bases constitutionnelles du droit administratif*, EDCE, 1954, p. 21 et s.).



constitué) des moyens juridiques supplémentaires ou de lui imposer des contraintes particulières. Il est enfin permis de juger qu'il est nécessaire de créer une personne pour cette mission, en la forme privée ou en la forme publique, avec des prérogatives de droit commun principalement ou avec des prérogatives de puissance publique. Cette prise de position sur la politique du droit consacrerait ou non le service public.

**128.** Quelle est la signification de cela pour l'analyse des fonctions familiales ? D'une part, nous savons que ces fonctions mettent en oeuvre des prérogatives exorbitantes telles que l'autorité parentale. D'autre part, nous savons que ces prérogatives sont instituées par la loi, qui en fixe le régime, c'est-à-dire les détenteurs, les buts pour la réalisation desquels les détenteurs en sont investis, et le contrôle auquel ces prérogatives seront soumises, tant au plan judiciaire qu'au plan administratif <sup>367</sup>. Il est ainsi possible, dans une analyse fonctionnaliste, d'estimer que ces fonctions traduisent une mission de service public <sup>368</sup>, et d'interpréter les prérogatives à cette lumière (continuité, mutabilité, etc.). Cela doit conduire à se poser prioritairement deux questions : où est l'intérêt général ici et pourquoi ces prérogatives sont-elles soumises au contrôle du juge judiciaire ?

**129.** Sur le premier point, deux conceptions s'opposent, dont l'une seulement peut être retenue dans notre système libéral.

On pourrait d'abord estimer que l'intérêt de la famille est l'intérêt général, ce qui en raison de la réversibilité de l'affirmation entraîne une publicisation et une étatisation totale de cet intérêt : il est alors celui de la puissance publique. Dans une telle conception, totalitariste, la famille est au service entier de l'Etat. « Les enfants appartiennent à leur mère jusqu'à cinq ans si elle les a nourris, et à la République ensuite jusqu'à la mort » écrivait en ce sens Saint-Just il y a deux siècles <sup>369</sup>. Approche totalitaire, elle est incompatible avec notre système juridique.

On pourra surtout considérer que l'intérêt général veut que l'intérêt de la famille soit satisfait, ne serait-ce que pour des raisons d'ordre public et de fonctionnement régulier de l'Etat. Les sujets de droit vivant ordinairement en famille, y trouvent un cadre de vie, des solidarités, des fonctions – économiques, sociales, matérielles ou éducatives – que l'Etat ne doit alors assumer que lorsque la famille est défaillante ou en cas de dysfonctionnement. Cela suppose pour l'Etat une conception de l'acceptable et de l'inacceptable, qui tout à la fois détermine son contrôle permanent <sup>370</sup> et son intervention subsidiaire. C'est ce qu'appelle la notion de fonction et ce qui permet de voir dans les fonctions familiales une mission de service public.

---

<sup>367</sup> V. titre 2.

<sup>368</sup> On notera que la question de la personnalité juridique de la famille est accessoire, le législateur pouvant estimer utile ou non cette technique.

<sup>369</sup> *Les institutions républicaines*, in *Oeuvres*, La cité universelle, 1946, p. 303. Ce court texte est exemplaire d'une approche totale de la famille, tant sur le statut des époux que sur le rôle de la famille et de l'Etat.

<sup>370</sup> L'Etat doit être toujours vigilant. Cf. titre 2.

Si l'on cherche alors à approfondir cette analyse, on peut, en revenant sur la constitution de l'Etat par rapport à la famille, relever l'importance pour l'Etat d'un fonctionnement « correct » de la famille, c'est-à-dire l'importance de voir certaines fonctions familiales remplies. On pense bien sûr à deux types de fonctions : celles, matérielles, liées d'une part à la procréation, qui assure la dynamique démographique de la Nation, et d'autre part aux solidarités (héritage, aliments, etc.) ; celles de l'éveil au collectif, ou de la socialisation, qui par l'éducation, la transmission des valeurs, fait de l'individu égoïste un citoyen potentiel. Apparaît ainsi une continuité fonctionnelle entre famille et Etat, qui appelle le contrôle de l'Etat sur les fonctions familiales (ces fonctions doivent être remplies « correctement » pour l'Etat) et la suppléance de l'Etat en cas de défaillance familiale. Cette continuité est alors extrêmement importante : essentiellement pragmatique (« correctement remplir les fonctions familiales »), elle suppose un régime juridique souple, différencié, adapté, pour lequel la nature de la famille comme paradigme des fonctions des individus semble particulièrement adéquate. En effet, ce régime ne fige pas le statut de la famille dans une personne juridique, non plus qu'il ne pose *a priori* le régime juridique applicable aux fonctions (droit privé, droit public : cela est finalement dépendant de l'adéquation entre la manière dont les fonctions sont remplies de fait, et la manière dont elle devrait l'être pour l'Etat). Nous verrons que la construction de la « vie familiale normale » réalise la protection juridique de la famille dans cette perspective, la normalité permettant de définir juridiquement – comme standard il est vrai – l'exercice « correct » des fonctions familiales <sup>371</sup>.

**130.** Sur le deuxième point, celui du droit applicable, il nous semble d'abord important de noter que le législateur peut, dans certaines limites constitutionnelles liées à la conception française de la séparation des pouvoirs <sup>372</sup>, soumettre un contentieux déterminé au juge qu'il lui semble opportun de désigner pour une bonne administration de la justice : les théories jurisprudentielles de répartition des compétences ne valent que pour autant que le législateur a laissé la question en suspens, et n'a pas créé un bloc de compétence au profit de l'un ou l'autre des ordres de juridiction. Or il semble bien, comme les évolutions structurelles des juridictions judiciaires elles-mêmes en témoignent <sup>373</sup>, qu'il ne soit pas ici souhaitable de fractionner un contentieux relevant logiquement, pour une large part, du juge judiciaire <sup>374</sup>. Surtout, et cela doit être pris en compte par la doctrine qui hésite à aborder la question en termes de fonction, il semble que ce contentieux puisse difficilement relever de la juridiction administrative. Le principe constitutionnel de la liberté individuelle <sup>375</sup>, dont, aux termes de l'article 66 de la Constitution, l'autorité judiciaire est gardienne, et qui, pour le Conseil constitutionnel, fait partie des matières

---

<sup>371</sup> Titre 2 de cette partie.

<sup>372</sup> Conseil constitutionnel, *Déc.* 224 DC, 23/1/1987, GDCC n° 42 (avec bibliographie).

<sup>373</sup> Chambres familiales, juge aux affaires familiales, etc. V. *infra*.

<sup>374</sup> L'autre part se rapporte au contentieux administratif de la famille lorsqu'il y a certaines formes de contrôle public (agrément à adoption, etc.).

<sup>375</sup> V. les droits familiaux de l'individu, titre 2.

réservées « par nature » à cette autorité <sup>376</sup>, est ici doublement en cause : liberté limitée pour l'individu destinataire des prérogatives familiales (enfant principalement) ; mais liberté garantie par le droit constitutionnel et international pour chacun des individus, dont le titulaire des prérogatives familiales <sup>377</sup>.

**131.** En définitive, appréhender les fonctions exercées dans la sphère privée par des agents juridiques comme un service public n'est que la conséquence de la finalisation des pouvoirs accordés. Quel que soit l'intérêt ouvertement recherché (intérêt de l'enfant, intérêt de la famille, etc.), c'est en définitive l'intérêt public qui est réalisé par la satisfaction de l'intérêt privé pour lequel s'exercent ces pouvoirs <sup>378</sup>. On admettra volontiers qu'une telle satisfaction à la fois des intérêts privés et de l'intérêt public n'est pas propre à la famille, et qu'elle guide sans doute l'ensemble de l'intervention publique ; mais on devra également admettre qu'il est beaucoup moins fréquent que l'intervention publique se traduise par l'octroi de pouvoirs, contrôlés et finalisés, aux personnes privées. Or, c'est bien, si l'on en revient à ce que nous présentions plus haut, cette conjonction de prérogatives exorbitantes (élément matériel), d'un but d'intérêt général (élément fonctionnel) et d'un contrôle public (élément organique) qui caractérise le service public.

Le contrôle du détournement de pouvoir permet alors de rattacher l'autorité parentale, puissance d'un individu sur un autre, au système juridique (l'Etat dans la logique fonctionnaliste), et de voir comment s'opère la juridicisation de la puissance, la transformation de celle-ci en pouvoir.

### **b – les rapports familiaux comme prérogatives de puissance.**

**132.** Le caractère exorbitant des rapports familiaux trouve avec l'analyse fonctionnaliste une justification issue de l'habilitation publique. L'analogie avec le contrôle administratif peut alors permettre d'en préciser l'étendue et les modalités de contrôle. Il ne s'agit d'ailleurs là que d'un aspect limité d'une analogie plus vaste qui engloberait dans une problématique plus large les actions d'état par exemple, par lesquelles une personne tend à établir ou modifier son état juridique <sup>379</sup>.

Pour être fonctionnalisées, les prérogatives familiales laissent une place fort large à l'appréciation de l'individu qui les exerce. La détermination de la validité juridique de cet exercice

---

<sup>376</sup> Déc. 224 DC précitée.

<sup>377</sup> Que serait en effet le droit de mener une vie familiale sans qu'il y ait ces rapports familiaux ? Cf. Cons. Const., 325 DC des 12-13/8/1993 (annexe), et notre analyse au titre 2 de cette partie.

<sup>378</sup> Nous présenterons au titre 2 une étude plus systématique de la manière dont sont construits pour l'intérêt de l'Etat les droits individuels en matière familiale.

<sup>379</sup> V. P. Dubouchet, *Pour une théorie normative de l'institution*, RRJ 1993, n° 3 p. 739 et s., & G. Renard, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, in Mélanges R. Carré de Malberg, Sirey, Paris, 1933, p. 495.

par rapport aux fins à remplir appelle alors un contrôle qui n'est pas sans rappeler celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Le parallèle entre deux standards, celui du « bon père de famille » et celui du « bon administrateur », est trop connu pour qu'on s'y attarde.

Mais il faut observer que, dans le cas qui nous intéresse, comme le note Claire Neirinck, « il suffit [...] que la finalité ne soit pas atteinte, que le service ne soit pas rendu, pour susciter des sanctions qui s'apparentent aux mesures de sûreté. Étrangères à l'idée de faute, elles cherchent moins à punir qu'à aider ou à pallier les défaillances parentales » <sup>380</sup>. L'analyse fonctionnelle tire ici les prérogatives vers l'exigence d'un résultat, dont la non-réalisation constituerait en fait la faute. Lorsque Claire Neirinck indique, en effet, que les sanctions sont étrangères à l'idée de faute, elle sous-entend en réalité qu'il n'y a pas de faute dans l'usage des prérogatives. Mais il y en a une dans la non-réalisation du résultat qui conditionne cet usage. On peut se demander alors si l'analyse fonctionnelle n'appelle pas, au-delà du contrôle du détournement de pouvoir, une analogie avec le contrôle des mesures de police tel qu'il existe en droit administratif, ouvrant la voie à un véritable contrôle de proportionnalité.

Du point de vue concret du contrôle public et juridictionnel, il nous semble douteux qu'une telle mécanique existe en totalité, même si des techniques telles que celle du « bilan » peuvent permettre de peser les intérêts atteints par la puissance parentale, ou recherchés dans l'exercice familial du pouvoir. Mais du point de vue théorique de la justification des rapports familiaux (autorité parentale, mais également rapports concernant les souvenirs de famille, la sépulture, etc.) l'analogie nous semble riche. D'une part, il ne fait aucun doute que ces prérogatives, qui s'analysent en atteinte à la liberté d'autrui, ne sont justifiées que par le but pour lequel elles ont été instituées <sup>381</sup>, et qu'elles ne doivent pas être disproportionnées <sup>382</sup>. D'autre part, il est certain que ces prérogatives doivent être exercées <sup>383</sup>, la liberté de l'individu qui les exerce se limitant éventuellement au choix du moment, de la modalité et de l'intensité. C'est en ce sens que l'autorité parentale, pour nous limiter ici à elle, est la police de la famille, préventive et répressive, matérielle et morale.

Ce caractère organisationnel, que révèlent les pouvoirs, débouche alors sur un véritable ordre intérieur familial.

### **c – la famille comme ordre intérieur.**

---

<sup>380</sup> *Op. cit.* (n. 311) p. 15.

<sup>381</sup> Et là encore, le contentieux du détournement de pouvoir serait éclairant.

<sup>382</sup> Rappr. le problème des punitions ou violences légères (gifles, etc.), même si la doctrine discute le caractère familial de l'impunité pénale.

<sup>383</sup> C'est tout le problème de l'abandon de famille bien sûr, mais c'est plus généralement le fait que les parents doivent diriger la famille comme l'autorité publique doit diriger la collectivité.

**133.** Selon une idée maintenant bien admise et popularisée par Jean Carbonnier, la famille relèverait essentiellement d'un non-droit <sup>384</sup>. L'affection, irréductible au droit <sup>385</sup> y remplacerait la norme juridique. L'analyse fonctionnaliste permet d'y voir au contraire un ordre juridique intérieur.

Ce qu'observe Jean Carbonnier, c'est que le choix des individus dans la famille fait reculer le droit. L'affection y serait la règle, et le droit ne viendrait qu'épisodiquement : « Le non-droit est d'un côté, le droit de l'autre. Il y a de longs jours de non-droit pour quelques instants de droit. Car le non-droit est l'essence, le droit l'accident. Le droit le plus souvent n'entre en scène que s'il est appelé par la volonté expresse de l'un au moins des intéressés, tandis que leur volonté implicite suffit à le tenir à l'écart » <sup>386</sup>. Si cela signifie que l'on ne va pas recourir au juge pour régler les petits litiges familiaux, c'est évident, mais cela ne signifie pas qu'il y ait non-droit, comme le remarque l'auteur lui-même <sup>387</sup>. Mais si cela veut dire qu'il y a non-droit parce que les individus dans la famille n'ont pas besoin du droit <sup>388</sup>, il y a là une proposition que l'analyse fonctionnaliste permet de critiquer.

**134.** Que les individus fassent appel au droit entre eux ou non ne suffit pas à admettre l'hypothèse du non-droit <sup>389</sup>. Tout au plus admettra-t-on que le droit n'y est pas une règle de conduite.

Mais d'abord, les règles qui régissent la famille sont-elles alors aptes à fournir un tel modèle de conduite ? On peut en douter. Il ne s'en dégage pas une lisibilité immédiate <sup>390</sup>. De plus, en la matière sans doute plus qu'en bien d'autres, les motivations des individus sont très diverses et la mobilisation des énoncés obéit à des considérations moins rationnelles qu'ailleurs.

Et surtout, ces règles ont davantage un caractère constitutif (du groupe et du pouvoir) qu'une prétention à instituer des conduites. Leur juridicité n'est pas en cause. Ce sont

---

<sup>384</sup> *Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1983, p. 7 et s.

<sup>385</sup> J. Pousson-Petit & A. Pousson, *L'affection et le droit*, CNRS, 1990.

<sup>386</sup> *Flexible droit*, p. 32.

<sup>387</sup> *Id.* p. 25.

<sup>388</sup> *Ibid.*

<sup>389</sup> Le concept de famille tel que nous l'avons délimité pour l'étude nous amène à l'exclure avec d'autant plus de vigueur puisque l'obligatorité de la famille est plus prégnante que celle du couple. Cependant nous ne pensons pas que le problème soit radicalement différent pour ce qui concerne le non-droit en matière de couple. Le concubinage par exemple n'est pas un non-droit, mais le choix d'un certain droit – pour les concubinages hétérosexuels – ou une obligation juridique – concubinage homosexuel –. Car la situation de concubins ne soustrait pas ceux-ci au droit mais les fait rester sous un autre statut juridique que celui du mariage, un statut strictement individuel. Pour ne pas entraîner de modification de l'ordonnement juridique, les situations de fait n'ont pas la possibilité de soustraire leurs auteurs à ce même ordonnancement. A cet égard, l'hypothèse du non-droit contribue à notre sens à obscurcir par amalgame des situations différentes, et à présenter sous forme libérale une situation où le droit est fortement présent, où les choix sont dictés dans une certaine mesure par l'analyse des statuts juridiques (nous pensons notamment aux statuts fiscaux etc., V. E. Sullerot, *Pour le meilleur et sans le pire*, Fayard, 1984 & 2<sup>e</sup> partie de cette thèse) lorsqu'ils sont possibles, car dans d'autres situations (homosexualité, etc.), le non-droit n'est que l'expression de la discrimination juridique, c'est-à-dire le nonaccès au droit souhaité.

<sup>390</sup> V. 2<sup>e</sup> partie.

indéniablement des énoncés juridiques, ayant vocation à être appliqués. Pour autant, parce que ces règles attribuent l'autorité ou instituent la filiation, elles ont pour objet de dégager un ordre juridique dérivé (la famille comme cadre au sein duquel s'exercent des pouvoirs), sans avoir à dire, du moins jusqu'à un certain point, comment cet ordre doit être vécu par ceux qui le composent. C'est en cela que l'ordre intérieur comme notion juridique est à nos yeux préférable à l'hypothèse du non-droit.

Car ce que suppose en fait Jean Carbonnier pour dégager cette hypothèse, c'est un système juridique parfaitement subjectiviste, où il n'y aurait droit que parce que les individus ont besoin de ce droit et le mobilisent <sup>391</sup>. C'est sans doute faire trop peu de cas de l'origine étatique des règles du droit de la famille. Dès qu'il y a famille, il y a nécessairement une ou plusieurs règles qui établissent un lien familial et qui déclenchent un statut. Et nécessairement, qu'ils le veuillent ou non, qu'ils mobilisent ou non ces règles, les individus se meuvent dans ce statut.

Que ces règles ne soient pas des règles de conduite mais des modèles <sup>392</sup>, c'est-à-dire qu'elles servent simplement à mesurer la légalité d'un rapport familial ou la compétence d'un organe familial, du point de vue de l'auteur, du destinataire, ou bien de celui de l'Etat ou du juge *si la question se pose*, ce qui veut simplement dire *si ces règles sont mobilisées*, nous en sommes convaincu. Pareillement, nous sommes convaincu qu'en la matière, cette mobilisation est rare parce que les membres du groupe, qu'ils y consentent ou qu'ils s'y trouvent contraints par d'autres éléments, telles les conditions de la vie commune, n'entendent pas le plus fréquemment se référer au droit positif. Mais la règle n'a pas disparu parce qu'elle n'est pas mobilisée. Elle demeure, et est susceptible de mobilisation, en cas de besoin.

**135.** Ainsi, ce dont ne peut rendre compte Jean Carbonnier en envisageant le non-droit, ce ne sont finalement pas ces moments où les individus ne mobilisent pas la règle parce qu'ils consentent à un acte juridique ou un fait, ce sont les moments où ils ne peuvent pas mobiliser de règles parce que leur refus d'une prérogative exercée à leur encontre ne leur ouvre pas d'action. Tel est le cas, par exemple, quand les poursuites ne sont pas possibles à raison des relations familiales : vol entre ascendants et descendants, ce qui traduit bien une communauté patrimoniale, ou entre époux non séparés <sup>393</sup>. Tel est surtout le cas lorsque s'exerce un pouvoir de direction non consenti.

Cela manifeste l'institution législative d'un véritable ordre intérieur, au sens que la doctrine administrative donne à ce terme, lieu d'immunité d'une part, de discipline collective

---

<sup>391</sup> Il est intéressant d'observer qu'alors que ses analyses juridiques, dont on a souligné la rigueur, ne peuvent conduire à la prise en compte de la dimension juridique collective extrapatrimoniale des relations familiales, c'est sur le terrain de la sociologie du droit, et d'une sociologie présentée sans rigueur (n. 384), que se place Jean Carbonnier pour saisir ce collectif. Cela témoigne des difficultés du subjectivisme à intégrer la dimension du groupe dans une analyse juridique, et de la césure qui en résulte.

<sup>392</sup> Sur la règle de droit comme modèle, Cf. A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chron. p. 199 et s.

<sup>393</sup> Art. 311-12 Nouveau C. pén.

d'autre part, dans lequel l'autorité publique n'interviendra que si le but n'est pas conforme aux fonctions familiales – appropriation personnelle des souvenirs de famille ou vol entre époux séparés par exemple, encore qu'il s'agisse plus des fonctions matrimoniales – ou lorsque l'intensité de l'acte est disproportionnée ou excessive <sup>394</sup> – violences sexuelles entre conjoints, enfants battus <sup>395</sup>, etc. – .

**136.** C'est ainsi à travers cette construction d'une immunité familiale, d'un ordre dérivé, voulu par l'Etat, mais où il n'intervient qu'en dernier ressort, que la famille apparaît totalement comme un paradigme, et qu'elle est prise en compte par le droit. Sa protection est alors assurée par le biais de la protection des pouvoirs de ses organes. Fonctions publiques (la continuité fonctionnelle entre Etat et famille sous le prisme du service public), prérogatives de puissance (les fonctions individuelles contrôlées), ordre intérieur (la famille) : l'analyse fonctionnaliste est ainsi la seule, à partir de l'individualisme méthodologique de la doctrine classique, à offrir les outils pour une conception juridique globale de la famille. Mais elle le fait en objectivant le droit, en présentant la construction interne à laquelle il se livre comme totalement dépendante de la puissance publique.

---

<sup>394</sup> Selon que l'on fera le parallèle avec l'erreur manifeste ou avec le contrôle de proportionnalité.

<sup>395</sup> L'impunité jurisprudentielle des châtiments corporels légers participe alors de cette idée : ils relèvent de l'ordre intérieur et n'ont pas à être examinés par le juge tant qu'ils restent compatibles avec les finalités reconnues à cet ordre intérieur (autorité parentale dans l'intérêt de l'enfant). On peut rapprocher cela de l'ordre intérieur du sport.

## B – Une lecture idéaliste du droit. <sup>396</sup>

**137.** L'approche fonctionnaliste participe d'une logique étatiste qui publicise tous les éléments du droit en ramenant en dernière instance tous actes ou faits juridiques à la source de l'Etat.

On sait que ce reproche d'étatisme est traditionnellement adressé aux théories positivistes du droit, d'une manière que l'on a pu juger excessive <sup>397</sup>. A cet égard, il faut préciser ce qu'on entend ici par étatisme et essayer d'apprécier la pertinence de cette critique. S'il est clair que l'approche en termes de fonction ne peut être prise en défaut dans sa pertinence descriptive du statut juridique de la famille, il apparaît malgré tout que cette description est insuffisante pour comprendre la construction de ce statut.

**138.** L'école de la *Herrshaft* <sup>398</sup> – Carré de Malberg en France – ou l'école normativiste – Kelsen notamment – ont recours à une approche fonctionnaliste qui ne fait que développer une logique de l'unité juridique. Cette logique trouve son expression extrême dans l'identité du droit et de l'Etat. Idéalisée dans l'axiome de la *Grundnorm* kelsénienne, elle trouve son pendant dans l'unité de l'Etat <sup>399</sup>. Considérant que le seul droit valide est celui qui se rattache directement ou indirectement à la puissance étatique, cette approche ne peut laisser place à un droit autre qui échapperait au système. Parce qu'il dispose, selon la célèbre définition de Max Weber, du monopole de la violence légitime, l'Etat est la seule réalité juridique qui englobe tout ce qui a une existence ou un statut juridique. L'étatisme reproché alors à l'analyse positiviste n'est finalement que la conséquence logique, et donc, par rapport à ses critères la preuve, de la pertinence méthodologique de cette approche. Mais cela n'est vrai que tant qu'il s'agit de rendre compte de *ce qui est juridiquement dans le système juridique* : dire ce qui est juridique dans ce qui se prétend juridique.

Appliquée à la famille, cette analyse constate qu'il n'y a pas une personnalité juridique expressément attribuée, mais que cette famille est un paradigme des fonctions individuelles dans le groupe, et en constitue à la fois le fondement, le but et les limites. En ce sens, elle fait au groupe la place qui lui revient *dans* le système juridique décrit.

---

<sup>396</sup> Nous n'entendons pas par cette affirmation nous rallier directement à la célèbre critique d'Alf Ross sur le « jusnaturalisme » normativiste [texte reproduit in C. Grzegorzcyk, F. Michaut & M. Troper (Dir.), *Le positivisme juridique*, LGDJ, 1992, p. 204 et s.] mais montrer que le positivisme en lui-même tend à être méthodologiquement une doctrine construite sans relation au réel.

<sup>397</sup> Rappel de la question par M. Troper, *in op. cit.* (n. 396) p. 281 et s.

<sup>398</sup> Ecole de la puissance ou de la domination de l'Etat.

<sup>399</sup> Quelle que soit par ailleurs sa forme puisque, de ce point de vue, le fédéralisme ne veut pas dire au sommet absence d'unité, non plus d'ailleurs que la reconnaissance d'un ordre juridique international.



**139.** Dire alors que la famille est étatisée par cette analyse est paradoxal. Cela signifie simplement que la famille est intégrée à la sphère juridique. C'est pour cette raison qu'en tenant compte des prémisses de notre système juridique, deux options sont seulement concevables.

Soit on accepte la famille comme paradigme : cela aboutit à une analyse fonctionnelle de l'individu, investi d'une charge étatique parce qu'habilité par l'Etat à remplir une fonction que l'Etat définit et contrôle. La version absolue de cette approche peut alors conduire à estimer que l'individu est organe de l'Etat et que le paradigme n'est pas incarné dans une structure propre, alors qu'une version plus souple pourrait admettre un paradigme institutionnalisé, mais nécessairement comme instrument de la puissance publique.

Soit on refuse toute place à la famille parce qu'elle ne peut être sujet de droit, ce qui, en fait, veut surtout dire que l'on garde un caractère d'intimité et d'autonomie au groupe contre la puissance publique : on rejette alors comme Jean Carbonnier dans une stricte analyse subjectiviste le groupe dans le non-droit, hors de la sphère du droit.

Objectivisme et subjectivisme se rejoignent ainsi dans leur rejet d'une famille qui serait à la fois juridique et non-étatique. Pourtant, la critique de l'étatisation de la famille ne nous semble pertinente qu'autant que l'on puisse proposer autre chose que la négation juridique du groupe, celle-ci n'étant rien d'autre qu'une étatisation négative <sup>400</sup>. En effet, comme le remarque Michel Troper pour réfuter une mauvaise critique du normativisme : « Il est sain de chercher à dépasser [la théorie pure du droit], mais cela ne peut être fait qu'à propos de l'aspect central de sa doctrine, l'épistémologie, et en particulier la démarche par laquelle elle cherche à constituer l'objet d'une science du droit. La description de cet objet découle directement de cette démarche initiale. Toute critique de cette description qui ne partirait pas d'une critique épistémologique ne serait qu'un faux-semblant » <sup>401</sup>. Le reproche d'étatisme adressé de ce point de vue à l'analyse fonctionnaliste nous semble excessif : il n'y a étatisme que parce qu'il y a droit. Rien de plus.

**140.** Or, le reproche d'étatisme contient en réalité fréquemment une appréciation relevant d'une autre interrogation, celle du juste et de l'injuste.

Il ne s'agit plus de savoir comment il y a étatisme, mais bien d'apprécier si le contrôle public sur le groupe est un bien ou un mal. Dire que l'approche fonctionnaliste étatise la famille correspondrait ainsi à un jugement de valeur sur les conséquences du système juridique, jugement négatif au regard de la liberté individuelle.

S'il s'agit par là de nier le fonctionnement du système juridique au nom de ces conséquences, la question est nettement irrelevante ; posée en ces termes, elle nous semble, de plus, dangereuse, la négation d'un problème éventuel n'ayant jamais contribué à sa solution.

---

<sup>400</sup> On peut bien sûr considérer que cette négation laisse toute liberté à un domaine familial protégé. Mais il faut alors expliquer à nouveau les prérogatives exorbitantes qui se manifestent dans ce domaine, chose que l'on ne peut alors faire que par référence à une habilitation étatique. Quoi que l'on fasse, on ne sort pas de cette problématique de l'étatisation, qui est celle de la juridicité dans le système.

<sup>401</sup> *La pyramide est toujours debout ! réponse à Paul Amselek*, RD publ., 1978 p. 1536.

Mais si le reproche d'étatisme dans ce contexte est posé en termes juridiques, il ne nous semble pas que l'on puisse estimer que, nécessairement, l'étatisme entraîne obéissance de l'individu à une volonté étatique. L'habilitation étatique de l'individu aux fonctions familiales et le contrôle qui est lié à ces fonctions font apparaître une marge assez grande de manoeuvre dans l'action, que garantissent par ailleurs un certain nombre de droits fondamentaux <sup>402</sup>. La notion-cadre que constitue l'« intérêt » de la famille ou de l'enfant n'appelle pas une solution uniforme mais bien une définition concrète et évolutive, qui réinsère dans une légalité positive la dimension éthique, la raison pratique. Or, cette dimension n'est pas figée dans un droit naturel transcendant et indiscutable. Elle doit donner lieu à une argumentation <sup>403</sup>, c'est-à-dire qu'elle participe de l'éthique de la discussion qui permet de dégager comme ne semblant pas « injustes » du point de vue de la morale et de considérer comme valides, pour un système juridique et une situation de fait donnée, à un moment déterminé, certains comportements survenant dans la structure familiale <sup>404</sup>.

A cet égard non plus l'approche fonctionnelle ne nous semble pas devoir être rejetée. Au contraire, et pour toutes ces raisons, elle nous semble préférable aux autres doctrines traditionnelles du droit.

**141.** La question ne se pose pas, en revanche, de la même manière quand on quitte l'approche idéaliste du droit *dans* son système pour analyser l'approche matérialiste du droit *en tant que* système, en tant que phénomène social.

Si l'on suit rigoureusement l'analyse fonctionnaliste, on dira que la famille dans le système juridique français n'existe pas en droit (réserveons l'hypothèse, inutilement provocatrice ici, où nous dirions qu'il s'agit d'un démembrement de la puissance publique) et que les individus (comme les parents) sont en fait des agents de l'Etat dans leurs rôles familiaux, parce que tirant leur autorité ou leur pouvoir de la seule habilitation étatique. Or, si nous comparons avec les observations des autres sciences cognitives, nous voyons immédiatement que la famille est

---

<sup>402</sup> V. titre 2.

<sup>403</sup> Dans le prétoire mais aussi, et surtout, dans la société tout entière.

<sup>404</sup> L'éthique de la discussion, qui dépasse largement son simple aspect juridictionnel, a pour fonction de dégager, grâce à la communication, la raison et l'intercompréhension, mais grâce aussi et surtout au débat qui s'instaure dans l'espace public, une conception universalisable des intérêts, du juste, etc. Elle insère directement le processus de détermination de ce qui est juste ou de ce qui est moral au sein même du processus de production de la norme, et ne le situe donc pas au-dessus du droit (comme la transcendance du droit naturel) mais en son sein même (immanence de l'argumentation dans le procès, dans la consultation administrative, etc.). V. comme introduction la présentation par J. Lenoble du concept chez Habermas in P. Bouretz (Dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Paris, 1991, p. 163 et s. Rapp. ce raisonnement du concept d'utilité moyenne chez J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1987. En dépit des qualificatifs « positivistes » ou « jusnaturalistes », la perception du juste chez Dworkin n'est pas radicalement différente, si l'on veut bien admettre que la discussion n'a pas pour vocation de déboucher sur un consensus « mou », mais bien de saisir rationnellement l'ensemble de l'argumentation (Cf. *Taking rights seriously*, Duckworth, Londres, 1991, p. 81 et s.). Cf. l'analyse que fait de l'oeuvre de Dworkin Neil MacCormick in N. MacCormick & O. Weinberger, *Pour une théorie institutionnelle du droit, nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, 1992, p. 193 et s. Adde cependant, pour nuancer le propos, le concept d'intégrité tel qu'il est développé par Dworkin dans *L'empire du droit*, PUF, 1994.

omniprésente dans l'analyse sociale et que la place des individus est loin d'être aussi simplement celle que l'analyse du droit nous amène à leur conférer. Ce décalage ne peut laisser indifférent et le statut de la famille dans notre droit révèle fortement le caractère artificiel des concepts juridiques.

L'admission de ce décalage peut être mise, d'abord, évidemment, sur le compte de l'effort juridique de reconstruction de l'être en devoir-être. Le droit n'est pas alors une science cognitive de la réalité mais une branche de l'éthique qui construit téléologiquement son objet. Cette construction réalise un présupposé politique, celui du libéralisme ici, et s'appuie sur l'Etat démocratique comme source et garant de tous pouvoirs. L'irréalité est ainsi l'essence du droit. Le décalage traduit une volonté politique de l'Etat d'entretenir un certain type de rapports avec le groupe familial.

En ce sens, le droit est à la fois l'instrument de la violence légale qui impose des normes obligatoires et un instrument idéologique qui détermine un devoir-être comme modèle idéal <sup>405</sup>. Il n'est pas surprenant que le pouvoir qui s'incarne dans l'intimité familiale et qui s'oppose à l'extériorité publique soit nié au profit d'une protection de la personne ne pouvant venir, dans la perspective de l'individualisme méthodologique, que du droit et de l'Etat. C'est dans cette optique que la question de l'admissibilité de ce décalage peut être posée. Elle amène à s'interroger sur la juridicité du droit lui-même : qu'est-ce qui fait que le droit est du droit ?

**142.** L'appréhension du décalage entre la réalité familiale et le statut que le droit lui réserve doit nous inciter à une réflexion plus critique. La compréhension de la famille comme ordre intérieur dérivé, c'est-à-dire institué par le droit positif, apparaît ainsi fortement comme une reconstruction idéale d'une réalité qui n'est peut-être pas seulement un objet juridique institué, mais qui révèle une nature plus complexe : juridique, sociale, politique.

La doctrine traditionnelle a finalement rejeté la question de la juridicité, dans son ensemble et pas uniquement pour la famille, en dehors de l'interrogation juridique. Elle situe de ce fait la question familiale dans l'affrontement entre le droit étatique monopolistique et un pouvoir familial non juridique. C'est pour cette raison que la place de la famille en droit ne peut être envisagée que du point de vue de l'Etat. Si cette dialectique entre l'Etat et la famille nous semble tout à fait pertinente, en revanche, la caractérisation du droit du côté de l'Etat, et celle du social ou du non-droit du côté de la famille, qui, comme nous l'avons vu, est à la fois le fait des approches subjectivistes et objectivistes, nous semble, en revanche, plus contestable.

Cette caractérisation ne dit pas en quoi la puissance de l'Etat, de laquelle vient celle de la famille dans une telle approche, est juridique, et seule juridique, sauf à affirmer, sans le démontrer, que cela est lié au caractère « juste » de cette place <sup>406</sup>, ou à un axiome constitutif, la *Grundnorm*.

---

<sup>405</sup> V. par exemple l'analyse d'Althusser sur la question des appareils idéologiques d'Etat : *Idéologie et appareils idéologiques d'Etat*, in *Positions*, Editions sociales, 1976, p. 79 et s.

<sup>406</sup> Droits naturels de l'homme ou droits naturels du groupe.

Dans les deux cas, il s'agit d'un présupposé, utile voire indispensable à l'analyse, mais qui ne peut être plus qu'un présupposé.

Aborder alors différemment la question dans une approche critique et phénoménologique, impose d'en changer les termes pour constater la juridicité non comme une construction idéale mais comme une réalité sociale et matérielle liée à la cohérence du groupe. La juridicité de l'Etat ne lui est alors pas propre, même si, à l'évidence, elle est dans l'Etat remarquable. Elle n'est pas de son seul côté, mais se trouve bien présente également dans d'autres organisations sociales, que l'on peut analyser pareillement comme ordres juridiques, comme, par exemple, la famille. L'étude du statut de la famille ne revient plus à se demander jusqu'où l'Etat peut admettre le fait familial, mais jusqu'où le système juridique étatique prétendant au monopole peut tolérer et maîtriser un système juridique concurrent. La dialectique des deux institutions rend compte de ce statut en droit positif, c'est-à-dire du statut d'un système de droit dans un autre système sans que l'un soit un sous-système de l'autre. De l'étude d'une relation entre une personne juridique (l'Etat) et un fait social (la famille), nous passons alors à l'observation d'un rapport dialectique de système de normes à système de normes, c'est-à-dire à un rapport entre deux ordres juridiques, qui sont tous deux des faits sociaux, l'Etat et la famille.

Cette étude que nous nous proposons de mener concernant la famille est de même nature que celle que l'on peut mener concernant les rapports entre des ordres juridiques qui se constituent sur le mode étatique, c'est-à-dire avec une prétention à la souveraineté territoriale d'une part – et donc sur toutes les personnes s'y trouvant –, et des ordres juridiques qui se constituent avec une prétention à la souveraineté sur certaines personnes et dans certaines matières d'autre part : par exemple ordre juridiques sportif <sup>407</sup> ou ordre juridique social (conventions collectives en droit du travail notamment). A l'idéalisme de la description du droit positif tel qu'il se prétend, qui ne rend compte que d'un système construit, et de la famille juridiquement construite, nous croyons nécessaire d'ajouter la recherche de la construction, sans doute moins apparente, du système et de l'objet, la réflexion sur les relations entre les institutions juridiques.

---

<sup>407</sup> Cf. au sein d'une littérature abondante : G. Simon, *Puissance sportive et ordre juridique étatique, contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, LGDJ, 1990. Adde, B. Niki-Hege, *Les normes de sanctions dans l'ordre juridique sportif*, D. 1994 p. 86 et s.

## SECTION 2 : LECTURE INSTITUTIONNALISTE DU DROIT POSITIF.

**143.** Le recours au paradigme des fonctions individuelles pour donner à la famille un statut juridique, qui puisse déboucher sur sa protection, est le résultat d'une relation particulière, qu'il faut analyser en tant qu'elle est le produit d'une relation politique entre ordres juridiques.

La famille apparaît ainsi comme une institution, c'est-à-dire un groupe social, dépassant le simple agrégat circonstanciel de personnes, au sein duquel des actes de volonté produisent des phénomènes juridiques, qui permettent au groupe de s'organiser et de durer.

A ce titre, la famille a une nature comparable à l'institution que l'on isole autour du phénomène étatique <sup>408</sup>. Assurément, cela ne signifie pas qu'il n'y a aucune différence entre la famille et l'Etat. A l'évidence, l'Etat manifeste une complexité et une puissance bien plus développée ; et surtout, si la famille en tant que concept est une institution, du point de vue pratique, il y a autant d'institutions différentes que de familles différentes, alors que l'Etat offre un modèle relativement invariant <sup>409</sup>. Mais, comme l'indique Georges Renard, si l'Etat est « *primus inter pares*, à coup sûr, [il est] *Par* : un égal ; il n'est pas – qu'on me passe l'expression – *d'un autre bois* » <sup>410</sup>. Cette identité de nature institutionnelle conduit alors à penser *autrement* les relations entre Etat et famille. La construction juridique à laquelle l'Etat procède, en l'occurrence celle de la famille comme paradigme des fonctions individuelles, doit être de ce fait analysée comme une reconstruction par l'Etat de la relation politique qui existe entre l'Etat comme ordre juridique et la famille, comme autre ordre juridique. C'est à partir de là que l'on peut rendre compte complètement du statut que l'Etat réserve à la famille, et des modalités par lesquelles, pour et par sa politique à l'égard de l'ordre juridique familial, il la protège juridiquement au travers du paradigme.

---

<sup>408</sup> La famille n'est pas l'objet direct des théories institutionnelles, mais simplement une institution parmi les autres, sauf peut-être chez G. Renard dont l'analyse institutionnelle est principalement bâtie sur la famille, et qui tend à reconstruire l'Etat à partir de cela. Cf. *L'institution fondamentale : la famille*, in G. Renard, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, 1933, p. 190 et s. & *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930. V. les conséquences *infra* quant à la représentation institutionnelle (2<sup>e</sup> partie).

<sup>409</sup> Ses valeurs peuvent varier (démocratie/totalitarisme, etc.) ; son organisation apparente également (Etat unitaire/Etat fédéral, etc.). Malgré tout, en tant qu'ordre juridique visant à la souveraineté territoriale, il présente, au-delà des différences politiques fondamentales auxquelles il sert de support – ce qui confirme à nouveau la nécessité de ne pas confondre le droit (moyen), et le politique (objectif), tout en démontrant la hiérarchie entre les deux, au profit de la question essentielle, la question politique –, une relative permanence, dans l'utilisation monopolistique de la contrainte légitime, etc.

<sup>410</sup> *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, Paris, 1933, p. 491.

Il nous faut donc commencer par montrer la nature institutionnelle de la famille (§ 1) pour pouvoir présenter ensuite les relations qui s'instituent entre les deux ordres juridiques de la famille et de l'Etat (§ 2).

## **§ 1 – La famille, une institution.**

**144.** Les théories institutionnelles du droit n'ont pas toutes abordé directement le concept familial. Il n'est donc pas véritablement de « théorie institutionnelle de la famille » qui soit complète et universelle, même si des auteurs comme Maurice Hauriou ou Georges Renard ont ouvert des pistes essentielles : le premier a abordé la famille comme exemple de l'institution-personne dont l'idéal-type est l'Etat <sup>411</sup>, alors que le second a infléchi très nettement cette approche dans un sens religieux et a fait de la famille l'institution fondamentale <sup>412</sup>. Nous n'avons pas ici vocation à combler ce vide : ce qui nous retient n'est pas l'étude de l'institution « famille » *in abstracto*, dont il faudrait fournir la théorie, mais bien la constatation de la nature institutionnelle de la famille au sein de sa relation avec l'Etat, dans une étude portant sur la manière dont ce dernier appréhende cette relation par le droit public. C'est à cela que nous limiterons nécessairement nos observations : dévoiler la nature institutionnelle de la famille (A) et donc sa parenté avec celle de l'Etat (B), parce que c'est à partir de cette identité que la relation peut être conceptualisée.

### **A – La nature institutionnelle de la famille.**

**145.** La famille existe socialement : sociologues et ethnologues ont montré que si la famille est à l'évidence liée, dans ses formes et dans ses fonctions, à la société dans laquelle elle se situe, l'existence sociale d'une entité que l'on qualifie « famille » ne doit pas tout au système étatique en vigueur. Avant le droit, à côté du droit, se trouve donc une réalité sociale, qu'aucun droit ne crée en tant que réalité sociale, mais que le droit contribue, peut être explicitement, sans doute implicitement, à délimiter juridiquement, à qualifier juridiquement de famille, à construire comme étant pour le droit la famille. Construction nécessairement reconstructive.

---

<sup>411</sup> V. : *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, réédition Université de Caen, 1990 & *L'institution et le droit statuaire*, Recueil de législation, 1906, p. 134 et s. Adde A. Brimo, *Le doyen Maurice Hauriou et l'Etat*, Archives de la philosophie du droit, n° 21, 1976, p. 99 et s. ; J. A. Mazères (Dir.), *Edition critique des oeuvres du doyen Hauriou*, à paraître & *Théories institutionnelles de la connaissance juridique*, cours de DEA de droit public, Université de Toulouse 1, 1994 ; L. Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966 ; Y. Tanguy, *L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou, actualité d'une doctrine*, RD publ. 1991 n° 1 p. 61 et s.

<sup>412</sup> V. les ouvrages cités note 408. Adde P. Dubouchet, *Pour une théorie normative de l'institution*, RRJ 1993, n° 3 p. 739 et s.

La question est alors de savoir si cette réalité sociale, que l'on appellera famille en dehors du discours juridique, est une simple donnée sociale, ou si elle présente des caractéristiques de cohésion et d'organisation telles que la famille elle-même, en tant que réalité sociale, puisse être analysée comme une institution. Une telle analyse semble possible.

**146.** Il convient d'abord de rappeler ce qu'est l'institution en tant que construction permettant d'analyser le droit et le pouvoir.

Le droit est un fait institutionnel et l'institution correspond à une réalité sociale. La famille n'est ainsi pas créée par une règle de droit, mais bien au contraire, c'est elle qui génère des phénomènes juridiques, qui seront – mais c'est là une deuxième étape que nous verrons au paragraphe suivant – eux-mêmes l'objet d'un traitement juridique par d'autres institutions.

Maurice Hauriou qualifie une institution comme la famille d'institution-corps, c'est-à-dire une institution formant un corps collectif, un groupe, doté d'une autonomie telle qu'il peut y avoir une vie du groupe (naissance/fondation, vie, et mort/disparition de la famille), et dans laquelle se manifeste une volonté autonome qui, pour émaner des individus, peut être considérée comme la volonté du groupe <sup>413</sup>.

C'est pourquoi il n'est pas possible d'envisager le droit comme un monopole de l'Etat, ni l'individu libre de tous liens (ici familiaux, mais il existe une multitude d'éléments qui lient l'individu à la société), comme l'acteur juridique réel. Au contraire, l'analyse d'institutions telle la famille met en évidence la relation immédiate qui existe entre l'individu et le ou les groupes dans lesquels il est immédiatement situé (Etat, famille, etc.). Pour autant, il ne s'agit pas de formuler une théorie du groupe, la famille par exemple. Même si certains institutionnalistes ont dévié vers le holisme, prêtant au groupe une valeur supérieure à celle de ses composantes individuelles <sup>414</sup>, et politiquement vers des options peu respectueuses de l'individu <sup>415</sup>, c'est bien l'individu qui reste au centre de la problématique. Néanmoins, il n'est pas idéalement construit, libre et abstrait, mais concrètement saisi, « en situation », sans qu'il soit nécessaire de passer par la médiation de la personne juridique.

**147.** L'institution existe donc socialement sans qu'un système juridique la crée ou la consacre. L'institution est ainsi un groupe qui manifeste une cohérence suffisante pour que se dégagent entre ses membres des liens de solidarité qui vont s'institutionnaliser, permettant à l'institution de durer. Cela suppose qu'existe entre les membres du groupe un élément cimentant leurs relations.

---

<sup>413</sup> Cf. *Les principes de droit public*, Sirey, 1910.

<sup>414</sup> Tel est en partie le cas de l'institutionnalisme corporatiste de Renard.

<sup>415</sup> Par exemple Carl Schmitt. Sur l'institutionnalisme chez le publiciste allemand et son admiration pour Hauriou, V. l'introduction de O. Beaud à la *Théorie de la constitution* de Schmitt, PUF, 1993. Schmitt semble avoir retenu principalement chez Hauriou le vitalisme social, la transcendance catholique, une sacralisation de l'institution étatique et une approche très prescriptive du droit. Il est révélateur d'une certaine lecture qui peut aussi être celle d'une analyse institutionnelle.



Et cela entraîne l'apparition de moyens au service de cet élément pour permettre sa réalisation. C'est ce qu'Hauriou exprime dans sa très célèbre définition de l'institution : « une institution est une idée d'oeuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures » <sup>416</sup>. Il y a, si l'on suit le schéma de Maurice Hauriou, trois éléments constitutifs de l'institution : l'idée d'oeuvre, le pouvoir de gouvernement organisé, et les manifestations de communion. Ces trois éléments s'articulent entre eux, pour permettre l'intériorisation de l'idée d'oeuvre, au niveau du pouvoir et au niveau de l'adhésion ; c'est cette intériorisation – ce qu'Hegel ici pourrait nommer l'éveil au collectif ou à l'universel – qui permet à l'institution de durer.

L'élément fondamental est donc celui de l'idée d'oeuvre à réaliser <sup>417</sup>, qui cimente les éléments du groupe, le droit n'étant qu'une conséquence au service de cette idée d'oeuvre <sup>418</sup>. Elle pourrait être définie comme l'objet de l'institution, ce pour quoi le groupe s'institue. C'est pour la réalisation de l'idée que le groupe existe, que des organes se mettent en place, c'est-à-dire qu'un phénomène juridique se manifeste. En effet, cette réalisation suppose une organisation qui va gérer les richesses collectives (matérielles, humaines, etc.) pour que celles-ci soient utiles dans la durée. La perception de l'idée d'oeuvre, l'adhésion à celle-ci sont le fait des individus. Ceux-ci

---

<sup>416</sup> *Aux sources du droit* p. 96. Rapp. de la définition de Mauss et Fauconnet : « l'institution est l'ensemble des actes et des idées tout instituées que les individus trouvent devant eux et qui s'imposent plus ou moins à eux » & de celle de Durkheim : « le fait social [*première approche durkheimienne de l'institution*] se reconnaît au pouvoir de coercition externe qu'il exerce ou est susceptible d'exercer sur l'individu » ; citées par J. A. Mazères, *cours*, (n.411).

<sup>417</sup> Ce futur téléologique est incontestablement le point clé de toute l'analyse institutionnelle d'Hauriou et c'est celui qu'il a si clairement mis en oeuvre dans son analyse technique du droit administratif et de la décision exécutoire (qui n'est pas la décision unilatérale qui s'imposerait par la puissance mais la décision qui doit être exécutée pour réaliser l'intérêt général, le bon ordre, etc.). Pour avoir introduit une séparation chez Hauriou entre le théoricien et l'administrativiste, nombre de juristes, et parmi eux les plus éminents (Charles Eisenmann, etc.) ont méconnu la signification réelle de ces concepts. On pourra éclairer, dans une autre perspective, cette notion d'oeuvre et d'entreprise par l'analyse de la *Vita activa* par Hannah Arendt : travail-oeuvre-action. Cf. *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy/ Presses Pocket, Paris, 1983.

<sup>418</sup> Cette présentation a fait l'objet d'une critique vigoureuse par d'autres institutionnalistes, dont O. Weinberger, *Le positivisme juridique institutionnaliste*, Droits n° 10, 1989, p. 111. Pour cet auteur, Hauriou présenterait le droit comme épiphénomène de l'institution. Cette critique n'est pas à notre sens fondée. O. Weinberger estime que le droit est le noyau de l'institution sans qui cette dernière ne pourrait exister. Or, Hauriou dit que sans le droit, l'idée d'oeuvre se dilue et donc que l'institution ne pourra exister, c'est-à-dire que, selon lui, le droit permet à l'institution de durer. Le droit n'est donc pas pour le doyen toulousain un épiphénomène mais un point nodal, qui n'est cependant pas l'élément créateur. Si l'on admet alors que Weinberger dit autre chose qu'Hauriou (ce que nous dit l'auteur lui-même), on doit nécessairement comprendre l'une des choses suivantes : soit que le droit crée l'institution, ce qui semble incompatible avec l'existence sociale des institutions et l'approche institutionnelle (bien que, dans un ordre juridique donné, le droit puisse créer une institution spéciale ou dérivée qui tirera de cette création sa réalité : tel est le cas, parfois mais pas toujours, car aussi bien il peut s'agir d'intégrer une institution originaire, de l'établissement public pour le droit de l'Etat, ou des filiales en droit commercial) ; soit que le droit est l'institution (ce qui est en substance la position de S. Romano, *op. cit.*, n. 97, p. 23), ce qui occulte la question « pour quoi est le droit ? », et ne rend pas plus compte de la juridicité du droit que le recours à la norme axiomatique kelsénienne. En effet, constater que le droit existe ou qu'il est construit revient, de ce point de vue, au même. C'est par l'appréhension de la construction du droit par et dans un milieu social particulier, l'institution, que l'on saisit cette question de la juridicité. Nous croyons qu'en réalité, comme beaucoup d'auteurs, Weinberger néglige la discrimination fondamentale chez Hauriou entre le « fait » et le « à faire » (V. note 417), entre le système constitué (le droit) et la constitution du système juridique autour d'une conception sociale (l'idée).

manifestent leur communion à l'égard d'une idée et non directement à l'égard d'une norme. Et dans certaine situation où la solidarité est forte, l'idée d'oeuvre est intériorisée par les individus qui s'en font leur propre représentation, incorporée par les organes dans l'exercice de leur pouvoir (individualisation objective) et par les individus qui manifestent leur communion avec l'institution (individualisation subjective). Ces manifestations renforcent l'institution, et ce triple mouvement conduit à sa personnification : la constitution de l'institution en corps, ou, pour le juriste, en ordre juridique <sup>419</sup>.

**148.** Dans cet ordre juridique apparaissent, grossièrement présentées, trois catégories de droits. Des *droits constitutionnels* permettent à des individus d'institutionnaliser le groupe en l'organisant : c'est la fondation de l'ordre juridique dans la dynamique institutionnelle. Des *droits et obligations disciplinaires* dans la lignée des droits constitutionnels apparaissent pour le fonctionnement de l'institution : c'est la discipline organisationnelle de l'institution. Des *droits statutaires* préservent le domaine propre des individus membres, en fonction des valeurs constitutionnelles <sup>420</sup>.

**149.** Parmi les manifestations d'adhésion à l'institution, une place particulière doit être faite aux actes juridiques. Le mécanisme est en effet original, et permet de montrer comment le droit et le social sont indissociablement imbriqués.

Dans la conception de l'exécutoire chez Hauriou, les actes juridiques se distinguent en actes devant être exécutés et en actes exécutés. Les premiers sont des actes qui ont une valeur normative en ce qu'ils modifient l'ordonnement juridique par le fait de leur exécution ; les seconds ne sont plus normatifs, et ne peuvent plus modifier cet ordonnancement puisque l'exécution modificatrice a eu lieu et qu'il faut les considérer comme des *faits* juridiques <sup>421</sup>. Mais ces actes exécutés gardent une valeur importante : si ces faits n'ont pas de valeur juridique, ils peuvent inspirer des actes à venir, manifestant ainsi une communauté de vue entre l'auteur de *l'acte à faire* et celui de *l'acte fait*. Dans le cadre de l'institution, cette communauté de vue est le produit de l'adhésion de l'individu à l'idée directrice.

On pourra voir, dans le mécanisme de la reconnaissance d'enfant naturel, une illustration de cette adhésion. La loi du 8 janvier 1993 <sup>422</sup> a modifié les conditions d'exercice de l'autorité parentale. Sous certaines conditions, dans certains délais, la reconnaissance d'enfant naturel permet un exercice conjoint de cette autorité par les parents. Or, cette reconnaissance se fait

---

<sup>419</sup> Et non pas vraiment en personne juridique : comme nous le verrons au § suivant, la personnalité juridique ne relève pas de la problématique de l'institution, mais de celle de l'interinstitutionnel.

<sup>420</sup> Rappr. M. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, Recueil de législation, 1906, p. 134 et s.

<sup>421</sup> *L'institution et le droit statutaire*, op. cit. (n. 411). Le fait, ce qui a été fait, s'oppose comme nous l'avons dit au « à faire ».

<sup>422</sup> Sur cette loi, V. : H. Fulchiron, D., 1993, chron. XXV, p.117 et s. ; J. C. Kross, Gaz. Pal. 22 & 23 septembre 1993 p. 1 ; F. Moneger, RD sanit. soc. 1993 p. 223 et s.

juridiquement en la forme d'un acte unilatéral de chacun des parents. Chacun de ces actes est un fait pour l'autre parent par lequel, au regard de ce fait, chaque auteur manifeste son intention de participer à l'institution familiale et d'accomplir une multitude d'actes tenant à l'autorité parentale.

**150.** Cet exemple montre alors qu'analyser la famille comme une institution n'est pas une vue de l'esprit.

Le groupe familial peut être ici perçu comme ayant une réelle existence sociale, tant en lui-même que relativement aux prérogatives qui s'y exercent (le pouvoir organisé, c'est-à-dire ce que l'analyse du droit positif nous a révélé être les fonctions familiales, et que l'analyse sociologique perçoit dans la puissance et la solidarité intrafamiliale)<sup>423</sup>. Le groupe existe autour de solidarités diverses : solidarités affectives, solidarités matérielles ou solidarités historiques par exemple. La famille est alors une communauté de vie et cette communauté est suffisante par son effectivité à traduire l'idée d'oeuvre. Surtout, la famille s'inscrit dans une communauté à réaliser, c'est-à-dire tout bonnement à vivre, avec ce que cela implique (matériellement comme solidarité, affectivement, en termes de responsabilité, etc.), qui est l'idée directrice du groupe.

Toute vie en commun suppose une discipline interne qui est déjà une manifestation de droit. Des organes sont investis d'un pouvoir pour permettre cette vie en commun (éducation de l'enfant, gestion des ressources matérielles du foyer, etc.). Cette vie en commun est incorporée par ces organes comme source et but de ce pouvoir. Chaque membre de la famille se représente cette idée commune, et agit pour elle. C'est-à-dire que chaque acte d'un individu du groupe est un fait pour chaque individu dans la famille, sur lesquels s'appuient d'autres actes, et cela tant que le groupe existe. La recherche d'un emploi, d'un logement<sup>424</sup>, l'achat de certains biens, ou la détermination de choses à faire ou ne pas faire ne sont ainsi pas des faits isolés du libre-arbitre individuel mais un ensemble d'actions émanant de personnes unies par des liens familiaux et qui, sans être nécessairement l'acte de tous, sont conditionnées par les actes de chacun, et conditionnent à leur tour des actes futurs.

**151.** Ce que nous avons alors présenté comme un ordre intérieur dans l'analyse fonctionnaliste, ce que Jean Carbonnier analyse comme un « non-droit » n'est en fait que l'ordre juridique de l'institution familiale.

L'institution familiale a un acte fondateur, un véritable acte constitutionnel, dont on verra l'élément primaire dans la filiation, mais dont nous savons également que d'autres actes peuvent

---

<sup>423</sup> Il faut alors reconnaître que nombre de juristes admettent malgré tout ce fait social. Les travaux de Jean Carbonnier, par exemple, vont parfaitement dans ce sens. Mais ce que nous regrettons alors dans la méthode de Jean Carbonnier et de ceux qui, nombreux, s'inspirent de ses travaux, ce n'est pas de faire de la sociologie du droit, ce qui nous semble fondamental, mais de couper cette approche sociologique de l'analyse juridique, opposant de manière artificielle, comme nous croyons l'avoir montré, le droit comme fait social (non-droit : le terme est révélateur) et le droit-Etat : il nous semble que la connexion est pourtant intéressante.

<sup>424</sup> Rapp. J. Rubellin-Devichi (Dir.), *Droit du logement, droit au logement et stratégies familiales*, Presses universitaires de Lyon, 1988.

en être à l'origine, par référence à une « filiation projetée », pour reprendre l'excellente appréciation de la Cour européenne des droits de l'Homme <sup>425</sup>: vie maritale, mariage, etc. L'institution a des organes, généralement le détenteur de l'autorité parentale, mais plus largement celui qui agit pour l'idée. Un pouvoir juridique, l'autorité parentale principalement, s'y manifeste, par la volonté des parents. Les individus y ont des droits statutaires qui limitent le pouvoir juridique (protection de la personne, des patrimoines propres, des compétences, etc.). Les membres de l'institution manifestent leur communion avec le groupe.

**152.** L'idée d'oeuvre de la famille ne peut être alors définie de manière abstraite. Il est finalement autant d'idées d'oeuvre que de groupes familiaux réels ; et sans doute au sein d'un même groupe familial, chacun se fait sa propre conception de l'idée qui fédère le groupe. C'est pour cela que nous parlerons d'idée de vivre la famille, ce qui peut avoir autant de diversités concrètes qu'il existe de familles et d'individus : certains veulent vivre ensemble et d'autres séparés ; certains s'organisent également et d'autres hiérarchiquement ; certains vivent de manière étroite leur famille (famille nucléaire), d'autres de manière très élargie. Peu importent ces diversités puisque ce n'est pas la description des réalités familiales qui nous retient mais bien la structure qui unit la famille et l'Etat. Cela admis, trois exemples permettront de saisir, au-delà de l'idéal-type explicatif, le fonctionnement institutionnel dans la famille.

Le premier concerne la famille considérée comme socialement normale par la doctrine, au moins dans les termes qu'elle continue à employer à son égard, fondée sur la filiation et le couple marié. Juridiquement, apparaissent deux institutions primaires, celle du mariage et celle de la famille, qui constituent une institution complexe, que les juristes qualifient de famille légitime <sup>426</sup>. Cette institution complexe nous montre comment les choses s'articulent. D'un côté existe un acte juridique, le mariage. Sur cet acte s'appuient d'autres actes – soit unique : filiation ; soit répétés : autorité parentale par exemple – qui manifestent tous une adhésion à ce qui constitue la raison d'être du groupe : fonder la communauté et vivre, à sa manière, la famille <sup>427</sup>.

Le deuxième exemple se rapportera à l'institution en apparence la plus complexe qui soit, la famille dite « recomposée ». Sous ce vocable, sociologues et juristes désignent des groupes issus de remariage, ou du moins de cohabitation, de personnes ayant déjà des enfants. Ainsi, pour prendre un cas extrême, coexistent dans un même foyer des enfants qui ne font pas partie de la même famille juridique, et chaque enfant vit avec un de ses parents et un adulte qui n'est pas membre de sa famille, alors que son deuxième parent n'est pas au foyer. C'est l'institution issue

---

<sup>425</sup> 28 mai 1985, Abdulaziz et autres c/ Royaume-Uni, (annexe) : « la notion de vie familiale englobe également la vie familiale projetée ».

<sup>426</sup> Le concept même de légitimité, opposé au concept de légalité, démontre *a contrario* que la famille légitime n'est qu'une forme institutionnelle de la famille légale.

<sup>427</sup> Toute une série d'actes peuvent ainsi être rattachés à l'institution : donations, successions, bail ou achat du logement familial, sépulture, etc. L'intériorisation de l'idée d'oeuvre fait que chacun a sa propre conception de l'idée directrice et donc du groupe. Mais les actes de tous au-delà de ces différences subjectives concourent à faire la réalité familiale.

du mariage qui a évolué. Disparaissant <sup>428</sup>, elle a transformé l'institution complexe de la famille légitime en institution simple de la famille. La recomposition ici traduit une évolution des institutions simples autant que de l'institution complexe, y compris, sans doute, et surtout, du point de vue de l'idée d'oeuvre ; mais cette évolution n'est pas disparition : pour évoluer, pour ne pas impliquer systématiquement les mêmes membres, pour se complexifier, l'idée n'en demeure pas moins (on ne vit pas pareillement la famille ; on ne vit plus la famille avec chacun des membres qui la constituaient et de nouveaux membres arrivent ; mais on vit, encore, la famille). Parallèlement, apparaissent et se greffent sur ces institutions d'autres institutions, qui ne sont pas familiales, mais ancrées, par exemple, sur le foyer commun. Elles s'appuient nécessairement sur le fait familial <sup>429</sup>, qui leur est extérieur, et qui s'impose à elles, c'est-à-dire sur l'existence d'une institution familiale (ou de plusieurs) dans laquelle un conjoint ou les deux sont engagés, ou qui concerne les enfants. L'essence institutionnelle de la famille n'est pas en cause. L'aménagement de son droit, particulièrement quant aux organes, et sa conjugaison avec d'autres institutions dégagent des situations complexes, où la logique de l'institution juridiquement reconnue par l'Etat (la famille) se heurte à la logique d'une institution factuelle aux yeux du droit étatique, mais qui a néanmoins une réalité institutionnelle sociale. Il s'agit donc moins d'une famille recomposée dans la sphère juridique étatique que d'un conflit interinstitutionnel (entre diverses institutions, familiales ou autres) qui est en fait un conflit entre systèmes de normes.

Le dernier exemple s'attachera à l'enfant. Nous avons parlé, à propos de l'institution, de phénomène d'adhésion. Dans certain cas, l'adhésion de l'enfant à l'institution pourra paraître illusoire, même s'il faut bien noter de ce point de vue que la reconnaissance par l'Etat de voies juridiques telles que la représentation – loi du 8 janvier 1993 – ou le recours aux services de l'aide sociale à l'enfance lui ouvrent, sinon un moyen de manifester son adhésion, du moins, jusqu'à un certain point, une possibilité de manifester son refus de l'institution, ou les conditions de son adhésion. Or, pour comprendre cette question de l'adhésion dans la famille, il est important de ne pas oublier que, dans la logique de l'institution, un droit propre au groupe est généré, avec ses propres normes, et qu'un fait dépourvu de signification normative dans l'ordre étatique peut avoir dans l'ordre familial valeur de modèle juridique : on pense ici, par exemple, au phénomène social de la fugue, dont la valeur symbolique est évidente. S'attacher à l'adhésion dans la famille implique alors de mobiliser une analyse qui recherche, au-delà de ce que le droit positif nous en présente, les fonctionnements réels du groupe familial, analyse anthropologique capable de donner un sens aux symboles et aux comportements : il importe surtout ici de ne pas s'en tenir aux voies juridiques du droit étatique pour interpréter ce fonctionnement, parce que ce droit étatique ne

---

<sup>428</sup> Et à cet égard, il faut noter que le concept d'institution en droit ou en sociologie n'a jamais signifié que l'on ne pouvait sortir de l'institution ou y mettre fin. Quand il n'y a plus d'idée directrice, quand il n'y a plus de manifestation de volonté, l'institution meurt, comme l'exprime clairement le doyen Hauriou. Simplement, l'institution traduit l'idée de durée, que l'on ne saurait confondre avec l'éternité, à l'échelle humaine, ou à l'échelle du monde.

<sup>429</sup> Au sens institutionnel du terme qui renvoie à la fois à la théorie institutionnelle des actes d'Hauriou (l'acte constitutif de la famille comme fait) et sociologique (la famille, l'institution, comme fait social).

participe pas de la logique de la famille, mais de celle de l'Etat. Et surtout, comme le montre Maurice Hauriou, les manifestations d'adhésion ne signifient pas nécessairement consentement<sup>430</sup> ; à cet égard, des contingences morales et matérielles pèsent sur l'individu dans l'institution, et font, par la dépendance qu'elles créent entre l'individu et le groupe, plus pour ce dernier que ce que le consensualisme en présente. L'institution est aussi ce qui s'impose à l'individu comme fait, qu'il peut accepter par ailleurs, et qu'il peut même vouloir ; en ce sens la situation de l'enfant mineur n'est pas essentiellement différente de celle des autres membres de la famille. A cet égard, par l'analyse institutionnelle, on peut appréhender les solidarités sociales dans une autre optique que celle offerte par l'analyse juridique classique : la notion d'intérêt collectif ou d'intérêt catégoriel, que le droit met en avant, peut être à la base de phénomènes institutionnels ; mais la puissance et le pouvoir jouent indéniablement un rôle qu'une analyse réaliste ne saurait nier, et que la conception juridique classique tend à rejeter en dehors de la sphère du droit, dès lors qu'elle ne peut la rattacher à la volonté individuelle ou à la puissance publique qui habiliterait ce pouvoir.

**153.** L'image juridique qui résulte ainsi de la prise en compte de la réalité institutionnelle de la famille ne fait pas apparaître une reconstruction abstraite, fondée sur une manifestation explicite de la volonté individuelle, ou une création de la puissance publique, mais un fait social qui connaît des manifestations juridiques diverses, dont les systèmes juridiques doivent tenir compte, et dont la science du droit doit envisager la globalité. Les sciences humaines ou sociales ont depuis longtemps présenté la famille comme institution avec ses normes, ses comportements, ses modes de résolution des conflits, ses biens et ses intérêts<sup>431</sup>. Les solidarités qui s'y manifestent, le pouvoir qui s'y exerce, trouvent dans l'institution une explication globale de type juridique, de même nature que celle d'un autre fait social, l'Etat.

## **B – La parenté de la famille et de l'Etat.**

**154.** La conception institutionnelle de l'Etat est sans doute plus familière au juriste de droit public que ne l'est l'analyse de la famille comme institution. C'est d'ailleurs primitivement en s'intéressant à l'Etat que Maurice Hauriou a forgé le concept et la méthode, même et surtout si,

---

<sup>430</sup> Comme une partie des théoriciens institutionnalistes, tel Schmitt, l'ont très pratiquement compris.

<sup>431</sup> La liste des références serait extrêmement longue. On trouvera des indications dans la bibliographie générale de la thèse. Comme introduction, on pourra se reporter à : F. de Singly (Dir.), *La famille, l'état des savoirs*, Editions La Découverte, 1991.

s'intéressant ensuite au concept, il a développé ses potentialités analytiques, et du même coup, « perdu » la spécificité de l'Etat <sup>432</sup> au profit de celle de l'institution.

**155.** La réalité de l'Etat doit être recherchée avant la personnalité juridique, c'est-à-dire avant que l'institution ne génère des phénomènes juridiques qui vont l'instituer en tant qu'ordre juridique, en tant qu'Etat. La méthode est ici la même que pour la famille, et nous retrouvons les mêmes éléments constitutifs, et les mêmes modes d'articulation, même si, au-delà d'un mécanisme semblable, des spécificités existent.

Ensemble des normes prétendant à la souveraineté, l'Etat est alors lui-même une construction générée dans un processus institutionnel. Ainsi n'est-il pas l'institution en totalité, mais simplement une phase de celle-ci, le Droit, l'organisation juridique qui inscrit l'institution dans la durée ; ou plus exactement, car dire que l'Etat n'est qu'une phase pourrait faire croire qu'il n'est qu'une partie – donc une césure –, l'Etat est l'institution en entier, mais dans un système de relations données, qu'il nous faudra présenter <sup>433</sup>. En cela, on a fréquemment recours, et nous ne faisons pas ici exception puisqu'il s'agit d'une analyse juridique qui s'intéresse en priorité à des relations juridiques, au vocable *Etat* qui désigne à proprement parler la phase juridique, *l'ordre juridique*, pour désigner l'ensemble, *l'institution*.

La réalité de celle-ci est donc à rechercher derrière et avant la personnalité juridique de l'Etat, dans ce que, par commodité, dans la tradition constitutionnelle de l'Etat en France, on appellera la Nation. Nous concevons ici la Nation simplement comme un groupe qui entend vivre ensemble, c'est-à-dire qui dégage sa cohésion d'une Idée commune à mettre en oeuvre <sup>434</sup>. Les données propres à ce « vivre ensemble », l'étude du commun, n'a que peu d'intérêt pour cette analyse et nous entraînerait fort loin de notre propos. Il faut seulement ici remarquer que la Nation renvoie en fait à deux éléments, liés, mais d'inégale importance : un groupe cohérent et une idée cohésive que l'on représente alors sous forme d'abstraction. C'est, bien entendu, cette idée d'oeuvre qui importe avant tout, puisqu'elle est le ciment du groupe. Même lorsque cette idée met en avant, comme dans les régimes totalitaires, et/ou dits « nationalistes », des éléments prétendument objectifs (appartenance raciale dans l'Etat nazi ou dans les régimes d'apartheid, appartenance sociale dans les régimes communistes, etc.), il ne suffit pas que les membres du groupe correspondent à cette objectivité ; il faut encore que, subjectivement, ils conçoivent (ou du

---

<sup>432</sup> Sur l'Etat-institution, V. les références de 1906 (n. 411) et 1910 (n. 413). Sur le concept d'institution lui-même, V. l'article de 1925 dans *Aux sources du droit*, (n. 411). Sur la genèse de l'institution, Cf. le cours de J. A. Mazères (n. 411).

<sup>433</sup> § suivant.

<sup>434</sup> En cela, nous nous référons simplement à la conception française de la Nation, telle qu'exprimée notamment par Sieyès ou Renan : « Une Nation est une âme, un principe spirituel. Deux choses qui, à vrai dire, n'en font qu'une, constituent cette âme ..., l'une est la possession en commun d'un riche legs de souvenir ; l'autre est le consentement actuel, le désir de vivre ensemble, [...] » (Renan, *Qu'est-ce qu'une Nation ?*, cité par M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 82, note 4). Dans une approche dynamique cependant, telle que nous la concevons, le désir de vivre ensemble le présent et l'avenir nous semble plus important que l'existence d'une histoire commune ; ou tout au moins il nous semble indispensable qu'il y ait ce désir et il nous semble qu'il peut y avoir ce désir même sans passé commun.

moins qu'ils puissent concevoir) ces éléments objectifs comme l'élément déterminant de leur cohésion, c'est-à-dire comme une idée commune. Il faut surtout remarquer que cette appréhension de la Nation comme idée d'oeuvre dans l'analyse institutionnelle ne préjuge pas de sa réalité historico-constitutive : si l'Etat est la réponse juridique à la Nation, cela peut d'abord signifier (analyse classique du droit public français) que le groupe se constitue en Nation et se donne un Etat ; cela peut aussi signifier que des pouvoirs ou des puissances (politiques, économiques, etc.) constituent l'Etat autour de l'idée-Nation, réellement ou idéologiquement (analyse marxiste notamment), et agrègent la société comme Nation autour de cette idée. Dans un cas, l'Etat suit la Nation, dans l'autre, il la constitue ; mais dans les deux cas, l'Etat est la face juridique de la Nation, l'idée cohésive <sup>435</sup>.

**156.** De ce fait, c'est parce qu'il y a identité de nature entre la famille et l'Etat qu'entre eux existent tant d'analogies.

Pour avoir des champs d'action différents, ces deux institutions n'en sont pas moins semblables quant à leur juridicité. Dire alors que la famille et l'Etat sont deux institutions corporatives <sup>436</sup> identiques n'entraîne aucun jugement d'ordre historique qui ferait naître l'un de l'autre : cela ne renvoie à aucune explication de type historique ou anthropologique. En revanche, la compréhension de l'identité essentielle de l'Etat et de la famille éclaire largement la part de symbole qu'il y a dans l'Etat, et que met en évidence la psychanalyse. Le recours à des concepts semblables, dans la famille et dans l'Etat, témoigne d'une relation intériorisée du même ordre, qu'a longuement étudiée Pierre Legendre <sup>437</sup>, et qui n'est pas sans rappeler le stade subjectif de l'institution chez Hauriou. Une telle analogie est alors possible avec d'autres types institutionnels <sup>438</sup>.

**157.** Il faut cependant, au regard de ce mécanisme général, souligner comment l'idée d'oeuvre de la Nation, c'est-à-dire les valeurs et les éléments qui, en fonction de ces valeurs, en assureront

---

<sup>435</sup> Les traités de science politique et de droit constitutionnel présentent tous de longs développements sur la question de l'Etat et de la Nation. On trouvera une synthèse critique dans l'article de J. Chevallier : *L'Etat-Nation*, RD publ. 1980, p. 1271 et s.

<sup>436</sup> Ou *institutions-personnes*, par opposition aux *institutions-choses* dans la classification de M. Hauriou.

<sup>437</sup> V. l'ensemble des *Leçons* parues : *Leçons II : L'empire de la vérité, introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Fayard, 1983 ; *Leçons IV : L'inestimable objet de la transmission, étude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, Paris, 1985 ; *suite 1 : Le dossier occidental de la parenté, textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Fayard, Paris, 1988 ; *suite 2 : Filiation, Fondement généalogique de la psychanalyse* (par A. Papageorgiou-Legendre), Fayard, 1990 ; *Leçons VI : Les enfants du texte, étude sur la fonction parentale des Etats*, Fayard, 1992 ; *Leçons VII : Le désir politique de Dieu, étude sur les montages de l'Etat et du droit*, Fayard, 1988 ; *Leçons VIII : Le crime du caporal Lortie, traité sur le père*, Fayard, Paris, 1989.

<sup>438</sup> On retrouve une approche qui n'est pas éloignée chez Carl Schmitt lorsqu'il met en évidence l'origine religieuse des concepts de la théorie de l'Etat. V. *Théologie politique*, Gallimard, 1988.



la cohésion dans la durée <sup>439</sup>, deviennent des éléments constitutifs de l'Etat, c'est-à-dire des éléments qui sont la raison d'être de l'Etat, autour desquels il se constitue, qui sont à proprement parler, comme nous l'avons dit, des *droits constitutionnels* (qui *constituent* l'Etat) ou des *droits fondamentaux* (*aux fondements* de l'Etat) <sup>440</sup>.

La détermination de ces droits est la conséquence de la conception d'entreprise, qui est l'élément de cohésion de l'institution nationale. Elle vise à inscrire cette institution dans la durée, pour permettre de réaliser l'idée cohésive. En ce sens, moins que l'action, le droit et l'Etat apparaissent comme éléments de réaction : réaction aux phénomènes sociaux, aux ruptures d'équilibre, aux actions des individus et des groupes. En même temps, parce qu'ils sont éléments de réaction, ils risquent, s'ils n'évoluent pas, de devenir un frein à la réalisation de l'idée d'oeuvre, parce qu'elle-même évolue, parce que le champ social dans lequel elle s'inscrit évolue, parce que la société évolue, parce que les déterminismes ne sont jamais tout à fait les mêmes, et parce que, pour tout dire, les équilibres entre l'action et la réaction sont précaires et doivent être sujets à perpétuels ajustements pour ne pas se rompre. La Nation a besoin que les éléments, individus ou groupes, qui la constituent, puissent ainsi rester en équilibre au-delà des évolutions qui se produisent : c'est l'Etat qui, en réalisant cet équilibre, permet à la Nation de durer ; mais la réalisation dépend donc bien d'une recherche d'équilibre et non d'une stagnation qui pourrait rapidement se transformer en déséquilibre. C'est en ce sens que l'Etat est nécessairement évolutif – ce que traduit fort bien, par exemple, en droit administratif, le principe de mutabilité –, parce qu'il apparaît comme un instrument pour la réalisation d'une institution, se constituant dans un champ social complexe, où l'institution est inscrite, et qui s'impose à elle.

Et c'est alors au regard de cette situation de l'institution étatique que doit être réinsérée la question de la famille. La construction par le droit public d'un objet « famille » doit pouvoir ainsi être comprise à partir des relations qui se déroulent dans le champ social entre deux institutions de même nature, la famille et l'Etat, cette construction juridique étant située comme la réponse politique d'une des institutions à l'autre, dans l'espace social. Elle permet alors de voir comment la protection juridique de la famille est assurée par l'Etat, en fonction de sa propre idée d'oeuvre, et en ayant recours à la notion de droit fondamental.

---

<sup>439</sup> Rapp. P. Ségur, *Recherches sur les relations du pouvoir politique et du temps*, thèse droit, Toulouse, 1993. Comme le note l'auteur, « le système socio-politique apparaît comme l'ensemble des fonctions qui résistent au temps corrupteur, puisqu'il ne perdure qu'à la condition d'enrayer la loi de dispersion qui menace tout groupe d'individus » (p. 16).

<sup>440</sup> Sur ce point, Rapp. G. Renard, *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p.485 et s.

## **§ 2 – Une relation interinstitutionnelle au fondement du « paradigme ».**

**158.** Parce que la famille et l'Etat ont une nature institutionnelle semblable, au-delà des réalités diverses par lesquelles cette nature se manifeste et se concrétise, les relations qui s'établissent entre l'Etat et la famille ne sont pas des relations immédiatement juridiques, mais des relations d'abord politiques, intervenant directement dans le champ social. Construction institutionnelle, liée à la nature institutionnelle de l'Etat, le droit public – et plus généralement le droit positif – n'intervient qu'après, comme modalité par laquelle l'institution étatique gère sa relation politique avec la famille. Le droit public appréhende alors la relation politique entre l'Etat et la famille sur une mode volontariste, en instituant une relation juridique particulière, la relation de *relevance*, par laquelle l'Etat, en tant qu'ordre juridique, tient compte en son sein de l'existence d'un autre ordre juridique, celui de la famille, et lui donne un statut. Saisir alors ces deux relations est indispensable à la compréhension de la construction de la famille comme objet juridique.

Ce sont donc elles qu'il nous faut maintenant présenter. L'*interinstitutionnel* est ainsi l'être politique de la relation, la *relevance* son devoir être, l'indication de ce que l'Etat attend de la famille : c'est en cela que la construction du statut juridique de la famille par l'Etat est l'expression de sa politique. Essentielle à la cohésion de la Nation, parce que, notamment, mais pas seulement, elle est socialisante, et ainsi essentielle à la perception de l'idée nationale par l'individu, la famille ne doit alors pas pouvoir rester uniquement dans le champ de l'interinstitutionnel, libre et autonome dans le champ social (A) ; l'Etat, par la construction de la *relevance*, fait de la famille un élément constitutif de son ordre juridique, en en faisant le paradigme d'un droit constitutionnellement reconnu, la notion de paradigme lui permettant d'orienter et de maîtriser cette protection (B).

## A – Une relation politique entre ordres juridiques.

**159.** Le rapport interinstitutionnel est ainsi le rapport politique qui se déroule dans le champ social entre deux ordres juridiques, et qui de ce fait, parce qu'il est extérieur à ces ordres, parce qu'il n'est pas rattachable à un ordre supérieur et unique, ne peut être saisi en tant que tel par eux. Il y a entre les diverses institutions des relations de système à système.

Cependant, le fait politique de l'Etat est tel que ce dernier ne peut être assimilé à une institution ordinaire. Cela signifie alors que l'Etat est une institution très remarquable par sa généralité, sa puissance et par la nature des procédures qui s'y manifestent (Etat de droit). Mais cela signifie aussi que la compréhension de l'Etat doit être rapportée à cette nature sociale et institutionnelle. Et cela signifie enfin que la position politique de l'Etat est alors telle qu'il dispose des moyens lui permettant, sinon de réaliser totalement ces objectifs, du moins de peser fortement sur la relation politique interinstitutionnelle, et de tendre à la souveraineté.

**160.** Il semble pourtant que, chez de nombreux institutionnalistes <sup>441</sup> qui se sont juridiquement intéressés à l'Etat et aux corporations, cette perception de la spécificité de l'Etat ne soit pas exempte d'une vision très idéaliste de l'Etat. Elle entraîne une démarche qui quitte le domaine du descriptif pour déboucher sur une logique autre, et nie finalement la relation politique interinstitutionnelle – et au-delà le champ social – au profit de la souveraineté de l'Etat. Elle ramène le phénomène explicatif de l'institution à une simple dimension historique et conjoncturelle, qui explique comment s'est formé l'Etat, et qui néglige la dimension logique de l'analyse, celle qui a trait à une explication structurelle : ce qu'est l'Etat par essence, en tant qu'ordre juridique, à tout moment.

La conscience collective mise en avant par l'Ecole de Bordeaux rejoint ici l'évolutionnisme chrétien du Doyen Hauriou, pour mobiliser une philosophie transcendante de l'Etat, placée au-dessus des institutions, et extérieure à elles, c'est-à-dire échappant à la logique explicative de l'institution <sup>442</sup> : celle-ci joue certes au sein du système étatique, voire au sein d'autres institutions, mais ne rend plus compte des relations interinstitutionnelles qui sont niées.

---

<sup>441</sup> Au sens large, c'est-à-dire pas uniquement ceux qui, tel Hauriou, se sont dits institutionnalistes, mais ceux qui ont mis en oeuvre une analyse épistémologiquement institutionnaliste, comme Duguit, même s'ils ont pu pour d'autres raisons rejeter le terme. S'il est vrai que l'Ecole de Bordeaux autour de Duguit et Durkheim s'est opposée, parfois vivement quoique sans animosité aucune, aux conceptions d'Hauriou (et réciproquement), les commentateurs n'ont peut-être pas suffisamment noté que cette opposition était toute relative rapportée à une approche institutionnelle commune, qui les oppose, en revanche, très radicalement à la doctrine dominante. Pour une analyse de cette approche commune, V. : J. A. Mazères, *Théories institutionnelles de la connaissance juridique*, cours de DEA de droit public, Université de Toulouse 1, 1994 ou J. Chevallier, *L'Etat de droit*, Montchrestien, 1992, spéc. p. 42-43.

<sup>442</sup> La lecture de la *Science sociale traditionnelle* montre bien dans quelle optique Hauriou aborde cette transcendance, dont on trouvera le couronnement dans les premiers chapitres de son *Précis de droit constitutionnel*. V. *La science sociale traditionnelle*, Larose, 1896 & *Précis de droit constitutionnel*, réimpression CNRS 1965 p. 1-201.

La transcendance sociale ou la transcendance catholique aboutissent ici à rejeter le social et la dialectique politique au profit de l'unité juridique : parce qu'il y a l'Etat, qui intègre l'ensemble du champ social dans sa sphère, il n'y a plus d'institutions ni de relations entre elles ; tout est médiatisé par le droit de l'Etat, qui, effectivement, est alors affirmé comme unique et souverain, supérieur à la société civile.

**161.** Est-ce là le prix à payer pour ne pas gommer l'individu du social ? C'est sans doute ce qu'ont pu penser Hauriou et Duguit, très prudents vis-à-vis de la question fondamentale de la liberté politique <sup>443</sup> : comment saisir des relations interinstitutionnelles qui puissent à la fois déboucher sur un ordre interinstitutionnel protecteur de l'individu, et qui n'enferment pas l'individu dans un ou plusieurs groupes ? Il est vrai qu'à observer la tendance corporative de certains institutionnalistes tel Renard, cette prudence n'est pas excessive.

Mais la réponse est décevante : au sommet, l'unité et la suprématie étatique sont reconstituées. L'équilibre est postulé, et le pluralisme social encadré. L'individu a des relations institutionnelles dans la famille (ou dans d'autres groupes) d'un côté, et des relations institutionnelles dans l'Etat d'un autre côté. Mais il y a césure, et on retombe sur un schéma rassurant droit public/droit privé qui, s'il ne nie pas les phénomènes institutionnels dans la sphère privée et dans la sphère publique, les limite au jeu interne des institutions (le droit disciplinaire), sans inscrire la relation interinstitutionnelle dans son champ, relation qui se résorbe dans le juridique, dans l'Etat. D'une part alors, l'Etat ne connaît pas de sujets institutionnels, il ne connaît que des personnes juridiques. Et entre institutions, d'autre part, il n'y a plus d'analyse institutionnelle ou phénoménologique, mais bien une analyse de type classique.

**162.** Le projet politique qui tend à souligner les dangers de relations interinstitutionnelles est éminemment respectable. La réponse scientifique, elle, nous semble discutable <sup>444</sup>, qui nous paraît, en confondant l'approche descriptive et l'approche prescriptive, empreinte finalement d'un jusnaturalisme certain. Elle tend à confondre le juridique avec le politique : avec la politique que l'Etat peut ou veut mener vis-à-vis des autres institutions, notamment grâce au droit, mais dans une relation directement politique <sup>445</sup>.

La vision même de l'institution chez Hauriou le démontre. Si le doyen toulousain a bien vu que les groupes sont homogènes par rapport à leur objet tout autant que par rapport à leurs sujets, il ne semble pas avoir insisté sur le fait que ces sujets peuvent s'inscrire dans une multitude d'institutions, parfois convergentes, parfois divergentes, et dont le degré de cohésion est très

---

<sup>443</sup> Et c'est finalement de la même manière, et pour les mêmes raisons, qu'Hegel fait apparaître l'Etat dans la dialectique qui conduit de l'individuel à l'universel. Cf. *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, Paris, 1963.

<sup>444</sup> Rappr. sur les conditions méthodologiques d'une science du droit prescriptive : A. Jeammaud & E. Serverin, *Evaluer le droit*, D. 1992, chron., p. 192 et s.

<sup>445</sup> C'est à notre sens ici, comme nous le dirons, que doit être posée la question de la liberté de l'individu : c'est une question de politique de l'Etat, dont on attend une réponse politique, ce qui mettra en oeuvre des instruments juridiques, idéologiques, etc.

variable <sup>446</sup>. Or il faut bien conjuguer, pour rester à des exemples simples, l'entreprise et le syndicat, l'association et la fédération, la famille paternelle et la famille maternelle, etc.

Cette vision de l'institutionnel, très ordonnée et rationnelle, se retrouve dans sa conception de l'idée directrice. S'il est vrai qu'elle laisse place à un certain réalisme, en insistant sur le *trouvère* <sup>447</sup> et en ne se référant pas à un hypothétique contrat social, les circonvolutions auxquelles Maurice Hauriou doit se livrer pour instaurer une adhésion au moins indirecte à cette idée directrice, ou en tous cas aux procédures qui sont mises en place pour elle, cachent mal que le consentement et la conscience ne sont pas nécessaires à l'institution définie comme fait social <sup>448</sup>. La cohésion peut être idéale. Elle peut être aussi simplement matérielle. Nier ici la puissance privée ne permet pas de la combattre et la notion d' *idée directrice*, dans l'analyse institutionnelle de Maurice Hauriou, relève alors davantage de l'abstraction qu'elle ne rend compte du fait existant <sup>449</sup>. Elle doit être précisée par une analyse réellement phénoménologique, s'attachant à observer si l'idée directrice est réellement au fondement de l'institution, ou si elle est aussi, et d'abord, une construction idéologique destinée à légitimer une cohésion forcée : c'est ce type d'analyse que propose notamment Jacques Chevallier à propos de la Nation dans la construction du couple institutionnel Etat-Nation <sup>450</sup>. Or, ce type d'analyse conduit à souligner, avant (dans une perspective chronologique si on le souhaite), mais surtout devant (dans une perspective d'explication logique), la réalité des relations interinstitutionnelles, politiques, dans le champ social, qui impliquent l'Etat en tant qu'institution, et non en tant que transcendance.

**163.** Cette relation politique entre l'Etat et la famille, entre deux institutions, est celle qui a déjà été évoquée, dont les philosophes ont fourni une présentation logique et les sociologues une vérification empirique : une relation ambivalente de concurrence et de dépendance. Parce que la nature des deux institutions est comparable, ces liens sont indissociables. Sans les fonctions que remplit la famille, l'Etat-Nation n'est probablement pas possible, ou, pour l'écrire plus exactement, n'est probablement pas concevable : il ne peut constituer cette construction immatérielle qui fédère des phénomènes matériels (normes, force publique, services publics, etc.), en fournit la cohérence explicative et le modèle persuasif, et qui est l'institution. Cependant, toutes les familles, toutes les fonctions, ne permettent pas à l'Etat-Nation de se réaliser.

---

<sup>446</sup> On trouve, en revanche, une telle approche chez Georges Scelle, *Droit international public*, Domat, 1948.

<sup>447</sup> L'idée, nécessairement collective et objective pour pouvoir être partagée, n'émerge pas, comme chez Duguit par exemple, des consciences collectives. En tant que phénomène objectif – on est alors proche de la notion de paradigme, telle qu'elle est au moins définie en épistémologie par T. S. Kuhn, (*La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983) –, l'idée est perçue par les consciences subjectives. Mais pour qu'elle puisse s'imposer à d'autres individus, qui n'en ont pas immédiatement conscience, il est nécessaire que des consciences individuelles minoritaires (les *trouvères*), qui découvrent l'idée, essaient de mettre en place des structures. On comprend que cette approche, très romantique dans sa présentation, ait pu séduire Carl Schmitt. On sait aussi ce qu'il en est advenu.

<sup>448</sup> Au sens de Durkheim. V. note 416.

<sup>449</sup> C'est d'ailleurs ce que reproche Jean Dabin à l'approche institutionnelle de la famille, même s'il vise plus Renard qu'Hauriou. V. *Sur le concept de famille*, *Miscelanea Vermeersch*, t. 2 in *Analecta Gregoriana* t. X, Rome, 1935.

<sup>450</sup> V. *article cité*, (n. 435).

Dès lors, cette relation politique entre la famille et l'Etat pourrait s'orienter dans des sens multiples. L'institution nationale doit tenter de la maîtriser, dans un sens qui est pour elle celui de l'utilité constitutive. La réalité de cette relation interinstitutionnelle débouche ainsi sur la détermination des choix politiques essentiels qui permettront de dire non ce qu'est la famille pour la Nation, mais ce qu'elle doit être pour l'Etat, et qui s'incarne dans la constitution de l'ordre juridique de l'Etat comme ordre du devoir-être. L'Etat permet de reconstruire la relation politique entre la famille et la Nation en relation juridique, afin d'orienter la réalité de cette relation politique dans le sens du choix politique nécessaire à la cohésion de la Nation.

Cette relation, forte, de dépendance politique, se traduit alors par la protection de la famille, élément indispensable à la cohésion nationale et à ce titre élément constitutif de l'Etat, face juridique de la Nation, destinée à lui permettre de durer. Mais l'orientation de la famille pour cette cohésion implique la mise en oeuvre d'une technique de protection souple, qui permette à l'Etat de sélectionner les formes ou fonctions familiales à protéger ou à combattre, dans le respect des valeurs qui fondent la cohésion nationale, et pour leur effectivité politique. Ce sont ces deux éléments contradictoires qu'il faut alors imposer dans le champ social, aux autres institutions, en maîtrisant la relation interinstitutionnelle. L'Etat est alors un instrument essentiel pour cela, la réponse juridique de la Nation. Cette réponse est nécessairement construite relativement à ces autres institutions. Apparaît ainsi une deuxième relation, la relevance, qui fixe le statut des institutions dans l'Etat, et qui est la conséquence instrumentale de ce rapport, l'expression du devoir-être de la relation politique : c'est grâce à elle, et particulièrement en son sein grâce au droit public, que la famille peut être inscrite à la fois dans une perspective de protection et dans une perspective d'orientation.

C'est de ce point de vue enfin que peuvent être appréciées les questions de la personnalité juridique de la famille, et plus largement celles qui ont trait à cet objet : communauté de vie ou filiation (et notamment la question de la sépulture ou des souvenirs de famille) ; statut de l'enfant, au regard notamment des questions de majorité ; nationalité de la personne juridique au regard du code de la nationalité en cas de familles plurinationales ; etc. Mais plus globalement, c'est l'ensemble du système juridique qui est à interroger, parce que l'institution familiale s'impose dans son existence réelle à l'Etat et à ses sujets (individus) et que la relevance en traduit la reconstruction juridique : fiscalité, droit du travail <sup>451</sup>, politique de la ville, de l'urbanisme, ou de l'aménagement du territoire, du logement, par exemple, s'articulent dans leur aspect technique pour dégager une réalité politique qui ne peut être approchée sans la prise en compte de cette

---

<sup>451</sup> V. par exemple la prise en compte de l'institution familiale comme ordre spécifique dans la réglementation sur le travail de l'enfant dans l'entreprise familiale. Cf. A. Bouilloux, *L'âge du salarié*, Université Lumière-Lyon II, 1993. Adde : Centre du droit comparé des pays latins de l'Université de Toulouse 1, *L'entreprise familiale en Europe*, actes du colloque de mars 1993, Ann. Toulouse 1994 & A. Supiot, *Femme et famille en droit du travail*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 375 et s.

dimension politique globale <sup>452</sup>. Seule, au-delà des normes éclatées et peut-être même parfois apparemment incohérentes, cette dimension, en constituant la relevance, éclaire le statut juridique concerné.

## **B – La « relevance juridique » de la famille : le paradigme d'un droit individuel fondamental.**

**164.** La « relevance » (*rilevanza*) est un concept forgé par Santi Romano <sup>453</sup>, d'un usage modéré chez nombre d'institutionnalistes, parfois réservés à son égard, mais d'un usage commode en tant que, sans être nullement la clé explicative de l'interinstitutionnel, il permet de saisir la reconstruction par chaque ordre juridique de cette interinstitutionnalité. Il est la traduction, pour chaque institution, du devoir-être de cette relation politique. Il permet d'abord, et ne serait-ce que pour cela il est d'un usage utile, d'identifier, pour chaque ordre juridique, la norme de droit, en tant qu'elle est l'expression de l'autorité politique : *auctoritas, non veritas facit jus* ; c'est ici l'autorité qui fait le droit, et non la vérité, en tant que c'est l'autorité normative de l'institution, son pouvoir de gouvernement <sup>454</sup>, (pouvoirs politiques, autorités d'application, etc.), qui détermine le sens du droit, la politique du droit, et l'existence même de l'ordre juridique. Ensuite, le concept n'est pas sans intérêt dès lors qu'il s'agit de rendre compte des relations entre droit national et droit international, et de concilier le monisme de l'ordre juridique et le pluralisme des institutions : relevance des normes internationales dans l'ordre juridique national, en fonction des procédures d'incorporation ; mais également, de manière sans doute conflictuelle, mais néanmoins réelle et vraisemblablement inéluctable, apparition d'un ordre juridique supranational (par exemple les communautés européennes), qui tend à inverser la dialectique, en dictant la relevance du droit national dans cet ordre juridique <sup>455</sup>.

La relevance peut être présentée ainsi comme le fait pour un ordre juridique de tenir compte de l'existence d'un autre ordre juridique en lui donnant un statut juridique en son sein. Santi Romano nous indique ainsi : « pour qu'il y ait relevance juridique, il faut que l'*existence*, le *contenu* ou l'*efficacité* d'un ordre soit conforme aux conditions mises par un autre ordre : cet ordre ne vaut pour cet autre ordre juridique qu'à un *titre* défini par ce dernier » <sup>456</sup>.

<sup>452</sup> V. pour une présentation générale M. T. Meulders-Klein, *Individualisme et communautarisme : l'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale*, Droit et société, n° 23-24, 1993, p. 163 et s.

<sup>453</sup> *L'ordre juridique*, (n. 97).

<sup>454</sup> Sur la conception de la séparation des pouvoirs qui en découle, Cf. *infra*, § n° 365-367.

<sup>455</sup> L'idée est ici simplement énoncée, sans autre intention que celle de montrer des usages possibles de l'analyse, et sans préjuger au fond de celle-ci.

<sup>456</sup> S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, p. 106. Les italiques sont de S. Romano.

C'est alors une question totalement distincte de l'existence, réelle ou non, de cet ordre juridique. Tel ordre juridique peut avoir une existence réelle en tant qu'institution et être irrelevant : c'est le cas, bien connu, du « milieu », mafia ou autre, qui non seulement est irrelevant mais est combattu, ce qui témoigne qu'au-delà de la relevance, la réalité sociale est fondamentale ; c'est aussi, par exemple, le cas de l'institution dite *de fait*, qui peut être ignorée, même si là encore, comme pour l'association de fait ou le concubinage, sa réalité sociale n'est jamais totalement ignorée. Mais tel ordre juridique peut, en revanche, être considéré et construit comme relevant alors même que son existence réelle est douteuse : à bien des égards, le département en 1790 comme la Région, en 1972 puis en 1982-1986, ont été construits comme entités juridiques (collectivité territoriale ou établissement public), sans avoir de réalité sociale affirmée.

Pour le juriste qui procède à une analyse du droit positif, c'est bien entendu la relevance ou l'irrelevance des ordres non-étatiques dans le droit de l'Etat qui importe, même si cette problématique de la relevance est plus large <sup>457</sup>. Construction étatique dès lors, une telle relevance peut prendre des formes multiples <sup>458</sup>, et largement incomplètes <sup>459</sup>. C'est au regard de cette relation que doit maintenant être reposée la question de la capacité juridique de la famille, chère aux subjectivistes, parce que la question de la capacité (technique juridique) se rattache à la relevance alors que l'existence institutionnelle relève de l'analyse phénoménologique (champ social).

**165.** On peut trouver une illustration de ceci dans la distinction entre l'institution et sa capacité juridique chez Maurice Hauriou. Pour l'auteur, les phénomènes d'incorporation et d'intériorisation dans le processus institutionnel, conduisent à la *personnification*. Il n'est pas neutre alors que le doyen toulousain utilise – avec bien d'autres auteurs d'ailleurs, en droit public davantage qu'en droit privé semble-t-il – ce terme plutôt que celui de *personnalisation*, juridiquement plus adéquat <sup>460</sup>. Cela traduit la distinction nette qu'il établit entre l'institution (phénomène social) et la personnalité morale (degré de cohérence de l'institution par rapport à

---

<sup>457</sup> Nous verrons notamment (*infra*, titre 2) que lorsque la famille apparaît comme un contre-pouvoir à l'Etat, et fait obstacle à la diffusion des normes étatiques auprès de ses membres, elle ne fait que poser la question de la relevance de l'Etat en son sein.

<sup>458</sup> L'analyse sémantique, qui tient compte du vocable juridique comme de la réécriture par un système donné (droit positif, etc.) de la réalité institutionnelle et qui soumet cette réécriture à la critique comme fait social institutionnel, c'est-à-dire comme témoignage de la perception d'un système juridique (la famille) par un autre système (l'Etat), est alors fort utile pour révéler ces formes.

<sup>459</sup> Sur ce point, des institutionnalistes, tel S. Romano, sont plus catégoriques et plus convaincants que M. Hauriou : Cf. *L'ordre juridique* (n. 97) p. 89 et s. & 106 et s.

<sup>460</sup> Ce n'est pas le moindre paradoxe dans les débats sur la personnalité morale que la coexistence de ces deux termes pour désigner l'opération octroyant la personnalité. Le plus surprenant est alors qu'aucun de ces deux termes n'apparaisse dans le *Vocabulaire juridique* publié sous la direction de G. Cornu (PUF, 1992) alors que les dictionnaires de langue française optent en général pour l'usage du terme personnaliser (Cf. *Le Robert*). *Personnifier* signifiant « représenter sous les traits d'une personne », les présupposés auxquels renvoie ce terme dans un pareil usage (réalité collective, etc.) méritent attention.



elle-même), elle-même distincte de la personnalité juridique (relevance de l'institution dans un ordre juridique extérieur).

L'institution est alors bien une réalité sociale tout comme le droit qu'elle génère, mais la personnalité morale est une institution particulière, où l'idée d'oeuvre est incorporée au pouvoir ; en ce sens cette personnalité morale est également une réalité. La personnalité juridique est, en revanche, la reconnaissance par une autorité juridique de la personnalité morale <sup>461</sup>. Ainsi, l'institution n'est pas nécessairement une personne juridique, le groupe n'a pas obligatoirement une capacité collective.

Le raisonnement n'est pas sans rappeler, en apparence, celui qui concerne la réalité de la personne morale, entendue comme personne juridique. Pourtant, la ressemblance cache en fait deux logiques inverses. Les partisans de la réalité de la personne morale soutiennent qu'à l'état naturel existe une personne collective capable, que le droit doit reconnaître. L'analyse institutionnelle – et ici, il est patent que des juristes qui, comme Hauriou, ont développé les prémisses de cette théorie, vont y renoncer en partie pour pouvoir (ré)intégrer la spécificité étatique dans l'analyse, telle que cette spécificité est postulée : comme monopole juridique – constate, elle, qu'existent réellement des systèmes juridiques, et que la personnalisation est un moyen d'intégrer un système juridique à un autre système, en l'occurrence, chez Hauriou, celui de l'Etat.

**166.** En effet, si l'institution est une réalité sociale avec son propre droit généré, la question de la personnalité du système juridique institutionnel, c'est-à-dire le fait de savoir si l'institution, ordre juridique réel, est dotée de la personnalité juridique, n'a d'intérêt d'une part qu'au regard de sa propre sphère, et d'autre part qu'aux yeux d'un autre système de normes, soit qu'il reconnaisse l'institution comme système souverain, soit qu'il l'englobe <sup>462</sup>, soit même qu'il l'ignore ou la combatte.

Du point de vue de l'Etat, la question de la personnalité de l'institution familiale ne se pose alors que comme question de la reconnaissance d'une autre institution. Politiquement, pour une institution étatique prétendant au monopole du domaine juridique, et donc à la négation, ou à l'étatisation des systèmes juridiques institutionnels dans ce domaine, le problème est de savoir jusqu'où est admissible la reconnaissance de l'institution familiale. De ce fait, c'est au seul égard

---

<sup>461</sup> La personnalisation est alors une question de politique du droit, qui doit être bien menée par la reconnaissance des personnalités morales effectives. Mais il faut noter que dès ce moment, M. Hauriou abandonne la logique institutionnelle pour construire idéalement l'Etat dans sa rationalité.

<sup>462</sup> La question n'est alors pas sans rappeler le champ d'investigation du droit international public. La reconnaissance de la personne juridique de l'institution a lieu dans un autre système juridique que le sien et n'entraîne, au regard du système juridique propre à l'institution, aucune conséquence. La capacité de la famille à agir dans la sphère étatique rejoint la problématique du statut de l'Etat en droit international. Dans les deux cas, deux visions s'opposent : l'une prétend à l'unité, c'est-à-dire qu'en réalité elle agit pour le monopole d'un système ; l'autre, dualiste, accepte la pluralité des sphères juridiques mais achoppe sur les questions interinstitutionnelles. Toutes deux ont du mal à intégrer la réalité d'institutions non étatiques, non gouvernementales et plurinationales (ce problème ne se limite pas aux seules ONG). Pour une analyse institutionnelle du droit international, V. G. Scelle, *op. cit.* (n. 446), & S. Romano, *op. cit.* (n. 97).

du système juridique étatique que doit être examinée la personnalité juridique de la famille, et cet examen ne remet nullement en cause son existence institutionnelle. Comme nous l'avons indiqué, la relevance n'est que l'expression juridique de la conception politique que l'Etat manifeste à l'égard du champ social et des relations qui s'y déroulent. S'agissant de la famille alors, la construction permet la réalisation des objectifs politiques définis ; la relevance est construite sur un double mode, qui exclut le sujet en tant qu'il autoriserait la protection sans permettre l'orientation : celui du *paradigme fonctionnel* et celui du *droit constitutionnel* (ou *fondamental*).

**167.** De ce point de vue, le recours, d'abord, à la technique des pouvoirs pour instituer la relevance du système familial dans l'ordre étatique mérite attention. L'attribution de pouvoirs aux individus dans la famille permet de laisser intacte la puissance, mais d'en orienter l'exercice dans un sens que l'Etat peut définir et contrôler. Surtout, elle ne reconnaît pas la famille en tant que telle, comme entité juridique, ce qui serait une reconnaissance politique <sup>463</sup> inévitable en recourant à la personnalité morale ; elle ne postule donc pas l'existence d'un intérêt collectif, s'interposant entre l'intérêt des individus et l'intérêt général, qui serait doté d'une possibilité de vouloir et d'agir en tant que tel. Partant, les pouvoirs permettent la mise en exergue et la protection des intérêts, convergents ou non, de chaque individu (conjoint, enfant, etc.) <sup>464</sup> ; la cohérence collective se réalise dans la logique individualiste. La famille, réduite au statut de paradigme, est ainsi reconnue juridiquement, prise en compte, protégée et contrôlée.

**168.** Mais le droit public intervient, très directement, à un second niveau, qui touche immédiatement à la protection de la famille. Parce que la famille est bien politiquement un élément indispensable à la Nation, elle participe à sa fondation et est prise en compte dans la logique qui, institutionnalisant un ordre juridique, constitue l'Etat pour la réalisation de la cohésion nationale.

C'est à ce titre que le droit public, au-delà de sa participation à la construction de la famille comme paradigme des fonctions individuelles (orientation de la protection), reconnaît pour l'individu ce droit comme droit fondamental de valeur constitutionnelle, ce qu'exprime parfaitement, comme nous le verrons <sup>465</sup>, la jurisprudence du Conseil constitutionnel : « figurent parmi ces libertés et droit fondamentaux de valeur constitutionnelle [...] le droit de mener une vie familiale normale » <sup>466</sup>.

---

<sup>463</sup> Cf. *supra*, § n° 65 et s.

<sup>464</sup> V. sur ces points la thèse précitée d'E. Gaillard (n. 187). L'auteur ne s'engage pourtant pas sur le terrain institutionnel, s'en tenant à une présentation justement critique des analyses institutionnelles idéalistes de la famille (p. 174). L'analyse du pouvoir ouvre pourtant, au-delà de l'objectivisme, bien des pistes dans la grille institutionnelle.

<sup>465</sup> Titre 2.

<sup>466</sup> 13/8/1993, Déc. 93-325 DC – annexe –.

**169.** Le schéma que nous avons alors contribué à expliciter, en établissant la liaison entre le politique et le juridique, apparaît ainsi nettement, et permet de montrer par quelle technique, et pourquoi, le droit public protège la famille. L'Etat s'assure que des fonctions familiales peuvent être remplies parce que ces fonctions sont indispensables à sa propre existence institutionnelle, à son idée d'oeuvre. Pour ce faire, il se sert du droit et traite de l'institution familiale au travers de la construction d'une relation de relevance. Cette relation vise à réaliser les fonctions en inscrivant la famille et l'Etat dans une continuité fonctionnelle pour la cohésion de l'institution nationale. Elle ne se fonde donc pas sur la personnalité juridique de la famille, parce qu'une telle personnalité entraînerait une protection formelle de la famille qui occulterait les fonctions, mais bien sur la reconstruction juridique de la famille comme paradigme des fonctions individuelles, prérogatives reconnues aux individus, mais qui sont orientées par référence à la famille dans la conception qu'en dégage l'Etat. Si ces fonctions permettent d'orienter les pratiques sociales, elles sont également au fondement même de l'institution nationale. La continuité fonctionnelle entre famille et Etat est alors assurée également par la considération que ces fonctions sont fondamentales, et qu'elles constituent, pour l'individu, un droit constitutionnel, c'est-à-dire dont la garantie est un des éléments pour lesquels l'Etat est constitué au service de la Nation ; cette garantie de ce fait profite uniquement à la famille qui participe à la Nation, qui la fonde et la constitue : la famille considérée de ce point de vue comme « normale ».

L'analyse de ce droit de l'Etat, du droit positif, certes, et de lui seul, mais en tant que ce droit est l'expression de la relevance, permet d'aller au fondement du droit et de montrer maintenant comment, après avoir déterminé les modalités techniques permettant de traduire la protection de la famille, la « normalité » joue dans cette relevance le rôle politique qui oriente la protection.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2.

**170.** Le droit public se saisit de la famille comme d'un paradigme, c'est-à-dire un référent indirect, qui permet d'orienter et de contrôler l'exercice par les individus d'un certain nombre de fonctions.

Ainsi la famille est un concept imprécis, que visent des règles de droit positif de manière explicite (intérêt de la famille, souvenirs de famille, congés pour événements familiaux, etc.), ou de manière implicite, parce qu'elle sert de cadre à l'exercice de prérogatives prévues par le droit positif (autorité parentale notamment). C'est donc au travers de l'individu, comme seul sujet de droit ici, et de l'habilitation publique, comme source des prérogatives juridiques accordées aux individus, et moyen de les orienter et de les contrôler en tant que fonctions familiales, que le droit positif construit l'objet « famille ». Avec quelquefois des réticences, qui ne semblent pas toujours légitimes, la doctrine, dans sa grande majorité, rend compte fidèlement de cette construction.

Mais, en décrivant le paradigme fonctionnel, on se contente de décrire l'objet « famille » construit par le droit, et on ne saisit pas la construction. A cet égard, le paradigme apparaît clairement comme le résultat d'une relation politique entre la famille et l'Etat. En s'attachant à la nature sociale de l'Etat comme de la famille, on peut mettre en évidence leur caractère institutionnel, qui les fait apparaître comme deux ordres juridiques. La relation politique qui s'établit entre eux est construite, par chaque ordre, comme une relation de relevance juridique, c'est-à-dire comme le moyen par lequel un de ces deux ordres juridiques tient compte de l'existence de l'autre ordre, en lui octroyant un statut juridique. L'objet « famille » comme paradigme des relations individuelles est alors l'expression de cette relevance, c'est-à-dire la traduction juridique dans un ordre juridique donné, l'Etat, de la relation interinstitutionnelle qui s'établit entre l'Etat et la famille. C'est au travers de cette relevance qu'apparaît la protection accordée à la famille : politiquement nécessaire à la constitution et la cohésion de la Nation, c'est par la mise en oeuvre d'un droit aux fonctions, droit fondamental des individus, constitutionnellement reconnu et garanti, que la famille est protégée.

## **CONCLUSION DU TITRE 1.**

**171.** Famille et Etat/Nation sont deux institutions, c'est-à-dire deux organisations collectives, ayant une existence sociale en tant qu'ordre juridique, et générant des phénomènes juridiques. Les modalités par lesquelles un ordre juridique peut tenir compte d'un autre ordre juridique sont multiples. Expression d'une relation politique, la relation interinstitutionnelle, elles se manifestent juridiquement par l'instauration d'une relation de relevance juridique. C'est au travers de la construction de cette relation que peut être saisie la protection de la famille par le droit public.

La manière la plus explicite de protéger la famille pour un ordre juridique se constituant autour des valeurs de protection de l'individu, l'Etat démocratique, serait de traiter cet ordre juridique comme un sujet collectif, en la dotant de la personnalité morale. A la disposition de l'Etat dans le cadre d'une politique du droit, cette technique n'est pas appliquée à la famille. Pour autant, cela ne signifie pas que la famille n'est pas prise en compte par le droit.

En effet, la famille est construite par le droit public comme le paradigme des fonctions individuelles, c'est-à-dire qu'elle est introduite dans le droit, non pas directement comme sujet, mais indirectement, comme référence qui justifie et sert de mesure aux prérogatives des sujets individuels. L'Etat donne ainsi un statut juridique à la famille, c'est-à-dire qu'il construit juridiquement la relation politique qu'il entretient avec elle, en habilitant les individus à exercer des droits et des obligations dans le cadre familial, par exemple l'autorité parentale, et en fixant le sens dans lequel ces droits doivent être exercés.

En construisant une relation de relevance, l'Etat détermine la manière de protéger la famille ; en faisant des fonctions familiales un droit fondamental, le droit public garantit une protection effective de ces fonctions, et derrière elles de la famille voulue par l'Etat. Le sens des fonctions traduit alors la relation interinstitutionnelle, c'est-à-dire la relation politique, nécessairement discriminatoire, par laquelle l'Etat s'appuie sur la famille et la contrôle, pour dégager et garantir une continuité fonctionnelle entre la famille et l'Etat. La discrimination dans la protection, qui est seule apte à garantir l'effectivité des fonctions, s'incarne dans le concept de « vie familiale normale ». C'est ce qu'il convient maintenant d'envisager.

## **TITRE 2 : LE CHOIX D'UN CRITERE DE PROTECTION, LA « NORMALITE ».**

**172.** La construction par le droit public d'un droit fondamental pour l'individu, lui garantissant de pouvoir exercer ses fonctions familiales, permet d'assurer la protection de la famille au-delà de sa simple construction comme paradigme des fonctions individuelles, dans le cadre de la relation de relevance entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique familial.

Cependant, en tant que cette relevance n'est qu'un instrument au service de l'institution étatique dans les relations interinstitutionnelles qu'elle entretient dans le champ social avec la famille, ce droit, pour être constitutionnel, ne saurait être totalement libre. Parce que notamment, face à une institution concurrente et polymorphe, nécessairement difficile à maîtriser, l'Etat doit s'efforcer d'appuyer sa politique sur la famille conçue comme un instrument aidant à sa constitution (socialisation des individus, diffusion des valeurs de citoyenneté, etc.), il doit aussi s'efforcer de contrôler éventuellement les formes familiales <sup>467</sup>, et, assurément, le fonctionnement de l'institution familiale. Celle-ci est, en effet, susceptible de remettre en cause sa prétention à la souveraineté, parce que, par exemple, seraient écartées de ces formes ou de ce fonctionnement des normes sociales fondamentales pour l'Etat, ou parce que l'intimité de la famille ferait obstacle à la souveraineté de l'Etat, rendant dans ce cadre ses normes ineffectives. A cet effet, la volonté de maîtriser en ce sens la relation interinstitutionnelle conduit l'Etat à articuler autour de la normalité la discrimination entre les familles qui lui sont utiles et celles qui lui font ombrage.

Si cette volonté concerne d'abord les droits constitutionnels des individus en matière familiale, et détermine la famille normale comme un espace de liberté où l'individu se voit reconnaître et garantir la possibilité d'agir librement, dans l'exercice de ces fonctions familiales normales, elle dépasse cette simple reconnaissance de la liberté individuelle pour assurer très concrètement la protection, non plus véritablement de la famille normale, mais de l'individu et de

---

<sup>467</sup> On objectera sans doute – c'est en tous les cas l'opinion dominante en doctrine juridique et en sociologie – que le droit dans sa forme actuelle tend justement à ne pas faire prévaloir un modèle dominant quant aux formes. Cette objection à notre sens n'emporte pas une totale conviction. D'une part, trente années de politique législative libérale en la matière n'occultent pas des politiques séculaires, qui restent pour partie dans notre droit, notamment dans le lien établi entre mariage et famille, comme dans le concept encore opérationnel de famille légitime. D'autre part et surtout, si l'on veut bien admettre qu'il n'y a plus un modèle qui a les faveurs de l'Etat, mais bien plusieurs modèles qu'il accepte de façon relativement égalitaire, on conviendra cependant qu'il reste des modèles desquels cette même politique essaie de détourner les individus. Or, dissuader de certains modèles, n'est-ce pas inciter à en adopter d'autres ? *Adde* nos développements p. 400 et s.

l'Etat, grâce au combat contre la famille anormale, en vérifiant notamment que la liberté accordée est bien utilisée dans le sens de la normalité, et en sanctionnant très directement cette anormalité.

Ainsi, la normalité est-elle, dans le même temps, le critère de la liberté individuelle quant à la vie familiale (chapitre 1), et le motif de l'intervention de l'Etat dans la vie familiale pour protéger l'individu et, derrière lui, l'institution nationale, en luttant contre la famille anormale (chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 : UN DROIT FONDAMENTAL, LE DROIT DE L'INDIVIDU AU RESPECT DE SA VIE FAMILIALE NORMALE.**

173. « La famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité. Que s'estompe le droit *de* la famille ; parlons plutôt d'un droit de l'homme (et de la femme) *à* la famille : c'est une forme du droit au bonheur implicitement garanti par l'Etat » <sup>468</sup>. La cause est en doctrine largement entendue et l'appréciation de Jean Carbonnier partagée : la famille n'est pas une institution, et pour cette raison elle est l'objet d'un droit. Cependant, le terme institution ne renvoie sans doute pas ici à la construction que nous avons présentée, modèle explicatif des phénomènes collectifs et juridiques qui, justement, montre à l'inverse que c'est bien parce qu'elle est une institution qu'elle est l'objet d'un droit : le droit *à* la famille. Au-delà de la césure apparente à nouveau établie entre le social/institution et le juridique/droit de l'homme, l'affirmation de Jean Carbonnier doit conduire à s'interroger sur ce droit. Si la réflexion sur le paradigme nous a montré pourquoi la protection de la famille se manifeste dans un droit fondamental individuel, il nous faut voir que cette protection n'est pas de prime abord explicite, et que, même si, maintenant, nous disposons d'instruments juridiques reconnaissant formellement, en jurisprudence tout au moins, le droit de mener une vie familiale normale, ce droit, en tant qu'il est l'expression de la relevance et l'instrument de la politique étatique par rapport à la famille, est le fruit d'une construction spécifique.

Droit générique, droit individuel qui se conçoit par rapport au paradigme familial et au standard de la normalité, il mobilise une étude qui puisse le cerner au regard de ces éléments. Aussi faut-il insister sur la construction de ce droit générique (section 1), sur ses caractéristiques juridiques (section 2), et essayer d'en préciser les significations concrètes (section 3).

---

<sup>468</sup> J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 171.



## SECTION 1 : LA CONSTRUCTION D'UN DROIT GÉNÉRIQUE.

**174.** Aucun énoncé juridique, dans l'ordre juridique français, ne protège directement et explicitement le droit de mener une vie familiale normale. Bien au contraire, ces énoncés peuvent à juste titre apparaître, et de manière parfois contradictoire, très partiels ou très généraux, très précis ou au contraire trop philosophiques. Ils demandent donc, pour pouvoir être interprétés, pour être revêtus de sens, une lecture à la fois globale et constructive. D'un point de vue scientifique, c'est à la doctrine de dégager un sens explicatif. Mais d'un point de vue normatif, cette interprétation est le fait des autorités d'application, qui extraient la norme de l'énoncé ; et particulièrement des juges, qui fournissent une interprétation authentique.

Durant de nombreuses années, la doctrine a pu considérer que les droits de l'individu relativement à la famille ne constituaient pas un corps cohérent de règles. Le dualisme des juridictions administratives et judiciaires, toutes deux appelées à régler de telles questions, révélait une jurisprudence éclatée. Le silence du Conseil constitutionnel, jusqu'en 1993, laissait planer des doutes quant à leur existence en tant que droits fondamentaux. La difficile imbrication des jurisprudences des juridictions françaises et de celles des Cours européennes ne délivrait sans doute pas non plus une lisibilité excellente de la matière. Mais surtout, la doctrine envisageait ces droits sous l'angle principal, voire exclusif, de la police des étrangers ; et pour l'essentiel, elle continue à l'envisager ainsi <sup>469</sup>. Cela contribue à noyer la question du droit individuel à la famille au milieu d'interrogations aussi importantes que diverses (reconduite à la frontière, refus de titre de séjour, etc.), et limite à une catégorie de la population l'étude de droits accordés pourtant à tous. Les deux principales études de droit public général consacrées au sujet jusqu'au début de cette décennie témoignent de cette réserve doctrinale, et leurs auteurs ne semblent convaincus ni par l'existence du concept de « vie familiale normale », ni par son caractère opérationnel. François

---

<sup>469</sup> Pour s'en tenir à la littérature récente hors commentaires de décisions de justice, V. : L. Boumaza, *La réforme de la procédure d'expulsion avec la loi du 24/8/1993*, RRJ 1994, n° 1, p. 175 et s. ; V. Fabre-Alibert, *Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France*, RD publ., 1994, p. 1165 et s. ; N. Guimezanes, *L'arrêt de l'immigration en France ?*, JCP 1994-1-3728 ; F. Julien-Laferrrière, *Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale ?*, D. 1992, chron. LVIII, p. 291 ; P. Kayser, *Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français*, JCP 1993-3679, p. 235 ; H. Labayle, *Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale, lecture nationale et exigences européennes*, RFD adm., 1993, n° 3, p. 511 et s. ; D. Lahalle, *Le droit de vivre en famille des immigrés en Europe*, Action syndicale des familles, n° 114, Sept-oct 1993, p. 20 et s. ; J. Massot, *L'immigré et sa famille : le regroupement familial*, RD sanit. soc. n° 23, avril-juin 1987, p. 238 et s. ; D. Turpin, *La réforme de la condition des étrangers par les lois des 24 août et 30 décembre 1993 et par la loi constitutionnelle du 25 novembre 1993*, Rev. crit. DIP, 1994.1 ; X. Vandendriessche, *Le droit public face à l'insertion familiale in Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Actes du colloque du LERADP de 1992, LGDJ, 1993, p. 51 et s. Adde : UNAF, *Immigration, le droit de vivre en famille*, Réalités familiales n° 31, juin 1994.

Luchaire, présentant la liberté familiale, ne l'évoque même pas <sup>470</sup>. Quant à Marc Frangi, il y voit une simple implication de la liberté matrimoniale, et souligne la diversité des normes qui s'y réfèrent ; il pressent toutefois avec lucidité que ce droit a des potentialités plus riches, et s'attend à une évolution de la notion à partir du droit européen <sup>471</sup>. Ce pressentiment s'est avéré juste, et les réserves de la doctrine n'ont plus lieu d'être.

Les énoncés de droit positif n'ont guère changé. Pour l'essentiel, ils demeurent éclatés. Mais un travail cohérent, et convergent, de l'ensemble des juges compétents dans notre ordre juridique pour assurer la protection des droits de l'individu à la famille a permis, au-delà de cet éparpillement des énoncés de droit positif, la construction d'un droit générique en matière familiale, maintenant explicite. Deux événements récents en portent témoignage dans l'actualité juridique française : l'attitude du Conseil d'Etat par rapport à la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, et la consécration explicite du droit de mener une vie familiale normale par le Conseil constitutionnel, qui parachève le travail jurisprudentiel.

Retracer cette construction demande que l'on présente d'abord les matériaux bruts, les énoncés pluriels (§ 1), pour pouvoir apprécier le travail normatif des juges à partir de ces énoncés (§ 2).

---

<sup>470</sup> *Les fondements constitutionnels du droit civil*, RTD civ. 1982, p. 249 et s. L'auteur s'en tient à une liberté très imprécise rattachable à l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946.

<sup>471</sup> *Constitution et droit privé, les droits individuels et les droits économiques*, Economica, 1992, p. 84-86.

## **§ 1 – La pluralité des énoncés protecteurs de la famille.**

**175.** La diversité des énoncés en la matière se conçoit aisément. Au niveau international, il est lié sans nul doute aux relations difficiles entre les différents ordres juridiques étatiques, qui ne se fondent pas nécessairement dans un même rapport politique à la famille. Mais ce rapport lui-même est tel, comme nous l'avons vu, que la famille n'est construite, dans le droit français qui nous occupe, que comme un cadre, un paradigme, une référence indirecte, exclusive sans doute d'un énoncé explicite et global.

Dans la perspective de cette étude, il nous faut présenter les énoncés pertinents non pas en fonction de leur existence absolue, mais comme matériau d'une construction jurisprudentielle que l'on entend décrire. Placé alors du point de vue de l'ordre juridique national, on constate que la famille est bien visée par de nombreux textes en droit international (A) Mais, en raison des relations particulières entre les ordres juridiques européens (ordre communautaire ou ordre européen des droits de l'homme), et de leurs liens avec l'ordre national, c'est la place qu'elle occupe dans les énoncés européens qui revêt une grande importance (B) ; cette place est suffisante pour compenser la rareté des énoncés nationaux (C).

### **A – La protection de la famille, objet de nombreux textes de droit international.**

**176.** Les énoncés sont ici nombreux et divers. Mais, en l'absence d'un ordre juridique international fort, ces textes ne sont guère contraignants que dans la mesure où l'Etat le veut bien. Au-delà des intentions qu'ils affichent, il convient de remarquer que, matériellement, parce qu'ils recherchent une universalité aussi grande que possible, et se doivent ainsi d'être acceptables par la plupart des Etats, sinon tous, et formellement, parce que leur applicabilité est conditionnée au bon vouloir étatique, ces textes semblent peu contraignants <sup>472</sup>. Certes, à cet égard, les conventions ont, théoriquement, plus de poids que les déclarations ; néanmoins, comme le montre l'accueil que

---

<sup>472</sup> Rappr. les actes du colloque tenu à Genève en 1985 sous l'égide de l'ONU, *L'universalité est-elle menacée ?* (publications de l'ONU). Ce phénomène n'est pas propre aux droits familiaux. Pour une illustration sur un problème connexe, rappr. D. Imbert & E. Millard, *La liberté de religion en droit international*, in G. Bollenot (Dir), Religions, Eglises et Droit, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1990.

les juges, judiciaire <sup>473</sup> et administratif <sup>474</sup>, ont réservé à la question de l'applicabilité de la Convention sur les droits de l'enfant, ces textes, mêmes introduits dans l'ordre interne, ne confèrent pas toujours aux individus des droits opposables. Curieusement d'ailleurs, c'est peut-être au travers du contrôle mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme que ces textes pourraient se voir reconnaître une force positive dans le droit national : s'agissant particulièrement de la Convention sur les droits de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'homme tend maintenant à s'y référer directement pour compléter et renforcer les dispositions pertinentes de la Convention européenne, et donc à lui faire produire un effet utile au profit des individus <sup>475</sup>.

**177.** On peut d'abord constater que la question est prise en compte au plan bilatéral ou régional. Des traités bilatéraux conclus par la France peuvent tenir compte, de manières très diverses, dans le cadre du droit applicable aux migrations transnationales de ressortissants des Etats parties, des problèmes liés à la vie familiale des individus migrants <sup>476</sup> : ces dispositifs valent seulement pour autant qu'ils ne sont pas contraires à d'autres dispositions supérieures, notamment à la Convention européenne des droits de l'Homme <sup>477</sup>. Leur intérêt est limité de ce fait. Et si, au niveau régional, un droit aux relations familiales est affirmé dans le cadre de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe <sup>478</sup>, la portée contraignante de ce texte est pour le moins discutée.

**178.** De manière plus générale, c'est dans le cadre des grandes organisations internationales que la question a été soulevée <sup>479</sup>. L'ONU et ses institutions spécialisées sont à l'origine de divers textes, de valeur juridique inégale, visant à affirmer la place de la famille dans la société, et à mettre à la charge des Etats une obligation de respecter, dans des conditions que l'Etat définit pour partie, le droit des individus à la famille. C'est précisément parce qu'il est loisible à l'Etat d'encadrer ce droit, de le soumettre sous certaines réserves à dérogation, et d'en déterminer contenu et portée, que ces normes, plus qu'elles ne protègent directement la famille, habilitent l'Etat à reconnaître ce droit pour autant qu'il lui paraît normal. En ce sens, l'apparente universalité

---

<sup>473</sup> Cass. civ., 1<sup>ère</sup> ch., 10/3/1993, Lejeune, D.1994.34 (sommaire commenté Dekeuwer-Défossez). Cf. pour deux appréciations différentes : C. Neirinck & P. M. Martin : *Un traité bien mal traité*, JCP 1993.I.3677 ; M. C. Rondeau-Rivier : *Un traité mis hors jeux*, D. 1993, chron. LIV p. 203.

<sup>474</sup> TA Lyon, 17 février 1993, Consorts Bensalem ( annexe) : en l'occurrence, le tribunal n'admet pas que l'on puisse invoquer utilement dans un contentieux sur le refus de renouvellement d'un titre de séjour les dispositions de la Convention de New-York.

<sup>475</sup> Cf. Cour européenne des droits de l'homme, 26 mai 1994, Keegan c/ Irlande (annexe).

<sup>476</sup> Présentation de la question et de ses conséquences par P. Kayser, *op. cit.* (n. 469) avec une étude approfondie pour les conventions conclues avec les différents pays d'origine des candidats à l'immigration en France.

<sup>477</sup> Cf. CE, Sous-sect. réunies, 22 mai 1992, Madame Larachi, (annexe). Sur les dispositions de la Convention, V. *infra*.

<sup>478</sup> Cf. les quatre textes adoptés à Helsinki (1975), Vienne (1989), Copenhague et Paris (1990). Eu égard à l'objet de la conférence, c'est principalement la réunion des familles séparées ou de celle des travailleurs migrants qui est envisagée.

<sup>479</sup> On trouvera en annexe de la thèse des extraits représentatifs de ces principales reconnaissances. Nous ne faisons ici que mentionner l'existence d'instruments, renvoyant à ces annexes pour les références complètes.

de l'affirmation ne semble guère contraignante pour les Etats, et ne fait pas véritablement obstacle à ce qu'ils conduisent une politique nationale.

Certains de ces textes ne sont nullement contraignants pour les Etats, et n'ont ainsi qu'une valeur très symbolique, ce qui n'exclut bien sûr pas qu'ils puissent inspirer un travail normatif. Ainsi en est-il de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui énonce : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution » ; et ajoute : « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat » <sup>480</sup>. Un même esprit inspire la Déclaration des droits de l'enfant <sup>481</sup>, la Proclamation de Téhéran <sup>482</sup>, la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent <sup>483</sup>, et plus généralement les nombreuses déclarations ou recommandations sur des points spécifiques : concernant la promotion des idéaux de paix parmi les jeunes, le placement familial, les droits des déficients mentaux ou des handicapés, par exemple <sup>484</sup>.

D'autres textes, qui, quant à eux, lient les Etats signataires, envisagent également les droits familiaux. Il s'agit tout d'abord, et de manière générale, des deux Pactes de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels. Le premier stipule que « nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation » <sup>485</sup>, ce qui conceptualise déjà une protection plus précise d'un droit de l'individu à la famille ; aux termes du second, notamment, « une protection et une assistance aussi larges que possibles doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge » <sup>486</sup>. Sur des points plus précis, des conventions reprennent, en l'adaptant, cette protection : Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale <sup>487</sup>, Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes <sup>488</sup>, Convention concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement <sup>489</sup>, Convention relative à l'abolition de l'esclavage <sup>490</sup> ou Convention sur le travail forcé <sup>491</sup>, Règles

---

<sup>480</sup> 10/12/1948, art. 16.

<sup>481</sup> 20/11/1959, art. 6. Le texte est cependant moins « familial » que la Convention de New-York, *infra*.

<sup>482</sup> 13/5/1968, art. 16.

<sup>483</sup> 13/12/1985, art. 5.

<sup>484</sup> V. annexe.

<sup>485</sup> 16/12/1966, art. 17 (cité) et 23.

<sup>486</sup> 16/12/1966, art. 10.

<sup>487</sup> 21/12/1965, art. 5.

<sup>488</sup> 18/12/1979, art. 5, 10, 11, 12, 13, 14, 16 et Préambule.

<sup>489</sup> 14/12/1960, art. 5.

<sup>490</sup> 7/9/1956, art. 1.

<sup>491</sup> OIT, 28/6/1930, art. 11.

*minima* pour le traitement des détenus <sup>492</sup>, Convention sur le consentement au mariage <sup>493</sup>, Convention sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille <sup>494</sup>, etc. Et c'est enfin avec l'affirmation des droits de l'enfant par la Convention de New-York <sup>495</sup> que l'assertion se précise. Si le Préambule énonce que les Etats reconnaissent « que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension », les stipulations sont tout aussi claires, et notamment prévoient que « nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa famille » <sup>496</sup>. L'intérêt de l'enfant n'est alors pas perçu de manière séparée de sa vie familiale, et le rôle des parents est affirmé et encadré ; et ce sont bien les fonctions familiales qui, derrière les droits de l'enfant, sont mises en exergue en tant qu'elles fondent un certain nombre de valeurs, constitutives des Etats protégeant les droits de l'homme (respect de la personne humaine dès la naissance). Cela concourt à faire émerger une conception « normale » de la famille au niveau international. Mais cette normalité, très dépendante de la démocratie, ne peut se définir que par rapport à des concepts cadres, qu'il appartient finalement à l'Etat de définir, les textes n'ouvrant pas de voie aux individus pour en rechercher immédiatement l'application <sup>497</sup>. Parce que, en revanche, ces voies existent dans le cadre des ordres juridiques européens, les énoncés qui s'y rattachent jouent un rôle plus prégnant dans la construction par les autorités normatives d'un droit générique de l'individu à la famille normale <sup>498</sup> ; et parce que ces ordres juridiques se réfèrent parfois pour interpréter les énoncés européens aux textes internationaux émanant d'autres organisations, ils tendent à donner à ces textes une force contraignante effective, en transformant ces énoncés, tel la Convention de New-York, en norme <sup>499</sup>.

---

<sup>492</sup> CES, 31/7/1957, n° 37, 61, 79 & 80.

<sup>493</sup> 7/11/1962.

<sup>494</sup> 18/12/1990. Elément révélateur de la réticence des Etats à s'engager internationalement quant à une protection universelle de la famille, aucun Etat signataire n'avait ratifié cette convention au 1/1/1994 ; cette tendance à ne reconnaître que difficilement des droits familiaux dans le cadre de l'immigration s'est également manifestée lors de la Conférence du Caire sur la population (ONU, Septembre 1994 – Cf. 2<sup>e</sup> partie, titre 2), au cours de laquelle certains pays du tiers-monde souhaitaient voir reconnu de manière générale un droit au regroupement familial, alors que les pays européens et nord-américains ne voulaient en admettre éventuellement que le principe, et se borner à demander à chaque pays de faire entrer ce droit dans les législations nationales (solution finalement retenue par la Conférence).

<sup>495</sup> 20/11/1989, Préambule et art. 2, 3, 5, 9, 10, 16, 18, 20, 27.

<sup>496</sup> Art. 16- 1.

<sup>497</sup> V. *supra*, note 473 notamment.

<sup>498</sup> Spécificité qui tient à la mise en place d'un recours au profit du citoyen. Il n'est pas à ce propos indifférent de noter que le Conseil de l'Europe s'est penché depuis octobre 1993 sur la rédaction dans le cadre européen d'une convention européenne des droits de l'enfant, qui compléterait la Convention de New-York, et permettrait une meilleure efficacité de l'affirmation. Cf. *Lettre de l'IDEF*, n° 81, janvier 1994.

<sup>499</sup> Cf. Cour européenne des droits de l'homme, 26 mai 1994, Keegan c/ Irlande (annexe) : la Cour se réfère à la fois à la Convention de l'ONU et à celle du Conseil de l'Europe.

## B – La place de la protection de la famille dans les énoncés juridiques européens.<sup>500</sup>

**179.** Droit de l'individu, lié à sa personnalité avant, éventuellement, d'être lié à sa condition d'*homo oeconomicus*, le droit à la famille est logiquement présent dans l'ordre du Conseil de l'Europe, construit autour de l'idée d'oeuvre qu'exprime la Convention européenne des droits de l'homme, alors que les énoncés de droit communautaire, tout aussi logiquement, ne l'envisagent que de manière très succincte et indirecte.

**180.** Divers textes élaborés au sein du Conseil de l'Europe visent expressément le droit familial de l'individu. Mais il faut convenir que ces textes n'ont pas nécessairement en droit une portée plus contraignante que les autres textes internationaux. Ainsi en est-il des déclarations programmatiques, comme la Déclaration sur l'égalité des femmes et des hommes par laquelle les Etats membres du Conseil de l'Europe « déclarent que les stratégies à mettre en oeuvre [pour réaliser l'égalité effective entre homme et femme] doivent prévoir des mesures appropriées [...] concernant en particulier : [...] les droits dans la vie du couple, l'éradication de la violence dans la famille et dans la société, les droits et obligations vis-à-vis des enfants »<sup>501</sup>. Stratégies, prévision : les mots sont révélateurs de déclarations d'intention, qu'une autorité pourrait interpréter dans un sens protecteur, mais qui, *a priori*, n'est pas en elle-même fondamentale pour cette protection<sup>502</sup>. Il en va de même de certaines conventions, dont on estime qu'elles ne stipulent pas des droits que l'individu pourrait directement invoquer contre l'Etat ou contre un tiers, telle la Charte sociale européenne. Celle-ci stipule que « la famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit à une protection sociale, juridique, et économique appropriée pour assurer son plein développement »<sup>503</sup>. Elle retiendra surtout l'intérêt parce que, fort proche d'un texte constitutionnel français, le Préambule de la Constitution de 1946 (« la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement »), la disposition est rédigée de manière plus précise. Nous verrons cependant que l'interprétation jurisprudentielle ne s'est que modérément inspirée de cet énoncé, et que ses potentialités à dégager une norme reconnaissant un droit-créance n'ont pas été exploitées<sup>504</sup>.

---

<sup>500</sup> En la matière, les évolutions récentes et la construction jurisprudentielle notamment, ont profondément modifié la question. Pour la richesse de la problématique, on pourra toutefois se reporter aux articles de Y. Madiot & D. Breillat, *La famille, élément des droits de l'homme en Europe*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, Le droit non civil de la famille, PUF, 1983, p. 215 et s., et de R. Romi, *La conception de la famille en droit européen*, *ibid.* p. 343 et s.

<sup>501</sup> Comité des ministres, 16/11/1988.

<sup>502</sup> Il est cependant incontestable que ces textes ne sont pas sans effets. On observe notamment fréquemment que les déclarations en droit international tendent à construire la légitimité de leur objet ; une fois celle-ci admise, l'objet peut donner lieu à un accord, qui en recherchera l'effectivité.

<sup>503</sup> Signée à Turin le 18/10/1961.

<sup>504</sup> Section 2, *infra*.

Si la relative identité politique européenne peut assurément permettre en la matière un assez bon suivi de l'application, notamment parce que l'ordre juridique européen implique entre les Etats membres une communauté de vue, une entreprise commune, le développement et la protection d'une société démocratique en Europe, on ne saurait voir ici une nature originale quant aux droits internationalement affirmés. Celle-ci apparaît, en revanche, avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales <sup>505</sup>.

D'une part, la Convention reconnaît explicitement des droits familiaux à l'individu. L'article 8 § 1 stipule ainsi que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». Par ailleurs, l'article 12 garantit qu' « à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Enfin, aux termes de l'article 5 du Protocole n° 7, « les époux jouissent de l'égalité de droits de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants » <sup>506</sup>. Ainsi sont reconnus de trois points de vue différents, celui de la vie de famille, celui de la famille légitime et celui des relations familiales, les droits des individus relativement à la famille <sup>507</sup>.

D'autre part, la Convention prévoit un statut pour ces droits comme *droits conditionnels*, ce qui, et ce n'est sans doute pas paradoxal, en annonce l'effectivité. Nous y reviendrons dans un cadre plus général, mais il importe dès à présent de noter que le § 2 de l'article 8 autorise, dans certaines situations et conditions, une ingérence de l'Etat dans la vie familiale, si elle est prévue par la loi et « constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire » à certains objectifs <sup>508</sup>. On reconnaît très clairement le mécanisme des relations interinstitutionnelles qui permet l'orientation du droit de l'individu pour que la famille soit utile à l'Etat en remplissant ses fonctions. Nous rencontrons alors ici un énoncé particulièrement pertinent et adapté aux situations qu'il vise. Il n'y aura rien d'étonnant à ce qu'il serve de source d'inspiration prioritaire à des autorités normatives, d'autant que le texte énonçant ces droits met lui-même en place de telles autorités, dont l'Etat reconnaît dans son ordre la relevance d'une part, la supériorité d'autre part.

**181.** Les traités instituant les Communautés européennes et les textes qui les ont suivis n'avaient pas pour objectif principal d'envisager la vie familiale. Ainsi, la famille n'est pas une matière communautaire, et les droits familiaux ne sont guère concernés, au premier abord, par la construction européenne : il n'y a pas ici transfert de compétence. Cependant, les principales

---

<sup>505</sup> Signée à Rome le 4/11/1950.

<sup>506</sup> La France a émis une réserve sur cet article afin qu'il ne fasse pas obstacle aux règles nationales sur la transmission du nom patronymique.

<sup>507</sup> On notera que cette triple affirmation nous conforte dans l'approche de la famille que nous avons proposée au titre précédent. On a pu également dire que l'article 8 protégeait un état familial alors que l'article 12 visait des actions (mariage, procréation, etc.)

<sup>508</sup> Souligné par nous.



institutions de la communauté ont considéré, fort logiquement, que la construction communautaire devait respecter « les droits fondamentaux tels qu'ils résultent des Constitutions des Etats membres ainsi que de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme »<sup>509</sup>, organisant à leur tour une relation, indirecte puisqu'il n'y a pas adhésion, de relevance entre les deux ordres européens. En raison de celle qui existe entre l'ordre communautaire et les ordres étatiques impliqués dans la construction communautaire, elle confirme et renforce la relevance entre l'ordre du Conseil de l'Europe et les ordres étatiques. De plus, le Parlement européen, sans renoncer pour autant à une éventuelle adhésion directe de la Communauté à la Convention européenne, a adopté une Déclaration des libertés et droits fondamentaux, juridiquement non contraignante mais très symbolique de la communauté de vue entre les deux droits européens<sup>510</sup>; cette déclaration se réfère explicitement à la Convention et à son application par la Cour de justice des Communautés ; elle proclame par ailleurs directement des droits dont certains concernent la vie familiale : « l'égalité entre homme et femme devant la loi, notamment dans les domaines du travail, de l'éducation, de la famille, de la protection sociale et de la formation doit être assurée » ; « le respect de la vie privée et de la vie familiale, de la réputation, du domicile et des communications privées est garanti » ; « la famille est protégée sur le plan juridique, économique et social »<sup>511</sup>. Le Traité de Maastricht a enfin considéré que la Convention européenne des droits de l'homme était un élément du droit communautaire. Matériellement donc, une relevance est organisée, qui traduit l'imbrication, au moins sur certaines matières comme les droits de l'homme, entre les deux ordres juridiques européens. De ce fait, ceux-ci s'imposent aux ordres nationaux. Cette relevance prépare une normativité convergente.

**182.** Ensuite, et surtout, la libre circulation des personnes dans la Communauté ne pouvait pas ne pas envisager la question des liens familiaux<sup>512</sup>. Prévue par le traité de Rome<sup>513</sup>, cette liberté de circulation a été précisée par divers textes : en 1964, une première directive étend le droit à la libre circulation aux membres de la famille du ressortissant communautaire et précise dans quelles limites, tenant à l'ordre public, cette liberté peut être exercée<sup>514</sup>; un règlement<sup>515</sup> va ensuite déterminer ce qu'est la famille au regard de ce droit (conjoints, descendants et ascendants à charge<sup>516</sup>) et organiser le regroupement familial dans ce cadre<sup>517</sup>; l'Acte unique européen étend

---

<sup>509</sup> Déclaration commune du Conseil, de la Commission et du Parlement du 5/4/1977. Le Conseil européen s'est associé à cette déclaration en avril 1978.

<sup>510</sup> Déclaration du 12/4/1989. Sur des points spécifiques, d'autres résolutions réaffirment cette volonté.

<sup>511</sup> Successivement art. 4, 6 & 7.

<sup>512</sup> Sur cette libre circulation, V. : H. de Lary, *La libre circulation des personnes dans la CEE*, PUF, 1992 ; P. Kayser, *op. cit.* (n. 469).

<sup>513</sup> Art. 48 § 3.

<sup>514</sup> Dir. 221/64 CEE du 25/2/1964.

<sup>515</sup> Règl. 1612/68 du 15/10/1968.

<sup>516</sup> Art. 10.

<sup>517</sup> Pour l'application stricte du Conseil d'Etat, Cf. 10 janvier 1992, Ministre de l'Intérieur c/ Estèves-Temporao (annexe).

finalement le droit de libre circulation aux inactifs et à leur famille <sup>518</sup>, extension concrétisée par trois directives concernant le droit de séjour des inactifs, des retraités et des étudiants <sup>519</sup>.

## C – Les textes nationaux protégeant la famille.

**183.** Nous employons ici un pluriel pour désigner des textes alors qu'en vérité, on chercherait en vain davantage qu'une référence dans l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946.

L'énoncé est pour le moins succinct, voire obscur : « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Nous verrons cependant que, parce qu'énoncé constitutionnel, parce qu'énoncé national, il occupe une place centrale dans la normativité qui a abouti au droit de l'homme à une vie familiale normale. Comparer la formulation du droit par rapport à celle de l'énoncé permet alors d'apprécier l'ampleur de ce travail normatif.

De manière indirecte cependant, et c'est ce qui peut justifier notre pluriel, des lois ou règlements peuvent organiser une protection. Dire alors que les énoncés français en font explicitement un droit fondamental est sans doute exagéré ; mais cela n'est cependant pas sans importance. En effet, d'une part, les juges vont construire une norme constitutionnelle, à partir notamment du Préambule de 1946, que le juge constitutionnel utilise comme modèle pour apprécier la validité de telles dispositions législatives, et le juge administratif de celles qui seraient réglementaires. Les ingérences étatiques ne sont valables dans le mécanisme de la Convention européenne, d'autre part, qu'en étant, entre autres conditions, prévues par la loi. Pour ces deux raisons, il n'est pas indifférent de constater que l'article 34 de la Constitution, même s'il ne mentionne pas la famille, semble réserver au législateur l'ensemble des éléments qui la constituent, au moins s'agissant des prérogatives individuelles susceptibles de s'intégrer dans le droit de l'homme à la vie familiale normale <sup>520</sup>, tel que le dégagent les juges. C'est leur travail normatif, à partir de ces ensembles d'énoncés, qu'il faut à présent retracer.

---

<sup>518</sup> 26/2/1986, art. 8 A.

<sup>519</sup> Dir. du 28/6/1990 : 90/364 CEE; 90/365 CEE & 90/366 CEE.

<sup>520</sup> « [...] La loi fixe les règles concernant : les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; [...] ; l'état et la capacité des personnes [...]. La loi détermine les principes fondamentaux : [...] du régime de la propriété, des droits réels, et des obligations civiles et commerciales [...] ».

## **§ 2 – Des jurisprudences convergentes.**

**184.** A partir des énoncés que nous venons de présenter, les juges ont dégagé une norme commune, le droit de mener une vie familiale normale.

La chose est aisée à concevoir, une fois le processus provisoirement terminé. La jurisprudence se réfère à cette norme, en indique le statut, et l'impose à la fois comme droit générique fondamental, et comme seule norme protectrice des droits individuels en matière familiale. En cela, les juges <sup>521</sup> participent à la relation entre l'Etat et la famille. Ils le font dans un sens qui traduit l'unité politique de cette relation, qui conforte le paradigme familial, la construction fonctionnelle des pouvoirs, et sa valeur constitutive pour l'Etat : droit fondamental de valeur constitutionnelle de mener une vie familiale normale, tous les éléments sont là.

La chose est moins aisée à décrire. Au-delà éventuellement des arrêts de principe, on se doit de tenir compte de plusieurs faits essentiels. Aucun juge n'a dégagé seul la norme, l'imposant pour la voir reprise par d'autres : il y a un processus dialectique, qui n'est sans doute pas achevé, l'Etat évoluant. Les juges ne se sont pas référés nécessairement aux mêmes énoncés ; l'ont-ils fait, que diverses raisons ont pu avoir pour conséquences qu'ils ne l'ont pas exprimé. Les juges qui ont participé à cette normativité sont intervenus, de plus, en fonction de pouvoirs divers, ce qui joue nécessairement sur l'exercice du pouvoir normateur <sup>522</sup> : dans quel ordre se situe-t-on, européen, et lequel, ou national ? Que contrôle-t-on : un acte administratif, une loi, ou un acte juridique d'une personne privée ? Quels systèmes de contraintes interviennent ?

Il est un symbole de ces difficultés : alors que l'on arrive à identifier le juge – le Conseil d'Etat – qui a explicitement conceptualisé et formulé la règle, le voilà qui y renonce et, s'il l'applique matériellement (en ce sens, la norme demeure), il l'explicite tout autrement (et alors, la norme est implicite).

Pour la clarté de la présentation, on pourra alors montrer que c'est dans le cadre du Conseil de l'Europe que la norme est née (A), mais qu'elle a été formulée en ces termes pour les juridictions nationales, et par elles (B). Cela ne doit cependant pas occulter que ces mouvements s'imbriquent, comme s'imbriquent les ordres juridiques nationaux et européens en la matière ; cela ne doit pas occulter la génération dialectique de la norme

---

<sup>521</sup> Qui sont autorisés des ordres juridiques investies du pouvoir de donner une interprétation authentique, et qui, par le jeu de la relevance en ce qui concerne la France, sont des autorités de l'ordre juridique étatique, quel que soit leur moment d'intervention (juge national, juges européens). Même si l'ordre de l'Etat tient compte, en effet, des ordres européens et donne compétence à certains de leurs organes pour intervenir en son sein avec un pouvoir normatif (Cour de justice des communautés, Cour et commission européennes des droits de l'homme), il n'y a pas disparition de l'Etat, ni de sa prétention à la souveraineté. La relevance tend au contraire à faire apparaître l'ensemble de ces organes comme des organes de l'Etat.

<sup>522</sup> Pour une problématique générale, Cf. M. A. Eissen, *Cours constitutionnelles et Cour européenne des droits de l'homme : leur influence mutuelle*, RTDH, 1991, p. 167 et s.

## A – Une naissance européenne.

**185.** On retrouve ici la relation de relevance, qui fait des Communautés un ordre juridique acceptant comme identique au sien l'ordre européen des droits de l'homme. Ce sont donc les organes du Conseil de l'Europe qui, travaillant sur l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme, ont fait émerger la norme. Les organes communautaires l'ont reprise.

**186.** Trois éléments confèrent à la Convention européenne des droits de l'homme une portée particulière et font qu'à partir d'elle a pu être construit un véritable droit à une vie familiale normale. Ce texte affirme d'abord des droits (en matière familiale, c'est essentiellement l'article 8 : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ») ; il confère ensuite à ces droits un statut ; il organise enfin une protection de ces droits par une juridiction spécifique. Il permet donc à un juge d'interpréter un énoncé afin de déterminer une norme portant sur le respect de la vie familiale. C'est ainsi l'existence d'un système juridictionnel spécifique, Commission et Cour européennes des droits de l'homme, qui a permis que se dégage une jurisprudence ; grâce au droit de recours individuel qui tend à faire en son domaine de la Cour européenne une juridiction suprême, la protection qu'elle assure trouve à s'appliquer dans les relations entre l'individu et les Etats signataires. Cette jurisprudence est très dépendante des méthodes de travail des juridictions européennes, qui donnent une pleine portée aux droits garantis par la Convention.

**187.** De manière générale, l'interprétation que retient la Cour vise à assurer l'effectivité des droits garantis par la Convention. Cette recherche de l'effet utile implique que l'individu n'est pas seulement fondé à opposer sa sphère d'intimité à l'Etat, mais qu'il peut exiger de l'Etat, comme nous le verrons en caractérisant ces droits, qu'il agisse pour que cette sphère soit respectée, y compris dans des relations interindividuelles<sup>523</sup>. Le souci d'effectivité se double d'une approche finaliste des droits, que traduit une interprétation évolutive : la Convention est un instrument vivant qui doit être interprété à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les sociétés

---

<sup>523</sup> La doctrine allemande parle alors de *Drittwirkung der Grundrechte*. Cf. les décisions de la Cour rapportées en annexe : 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique* & 26 mars 1985, *X & Y c/ Pays-Bas*. V. pour l'étude des caractéristiques du droit générique la section 2, *infra*.

démocratiques <sup>524</sup>, afin que soit instauré un véritable ordre juridique européen en matière de libertés <sup>525</sup>.

**188.** La Cour va mettre en oeuvre cette méthode dans son contrôle sur les articles 8 & 12 de la Convention, et 5 du Protocole. Très concrètement, il s'agira d'apprécier la validité des ingérences étatiques dans la vie familiale, des limites à la liberté de fonder une famille par mariage, ou des mesures tenant aux relations intrafamiliales. Mais cette appréciation débouche sur une signification plus générale.

La Cour va considérer qu'il existe un droit global pour l'individu à maîtriser sa vie familiale dans des conditions admises dans les sociétés démocratiques européennes actuelles. Sans anticiper sur des développements ultérieurs, on peut dès à présent constater que ces conditions portent à la fois sur l'admissibilité de la forme et des fonctions institutionnelles de la famille, et sur la validité des ingérences étatiques. Elles sont ainsi à apprécier au regard, d'une part, des spécificités nationales qui ne sont pas incompatibles avec les exigences d'une société démocratique – en matière familiale, la place de la religion peut par exemple avoir une influence – et, d'autre part, de l'évolution des conceptions généralement admises sur la vie familiale <sup>526</sup>.

La Cour construit de ce fait à l'occasion de son contrôle un véritable standard, qui permet l'effectivité d'un droit familial de l'individu, pour autant que ce droit soit conforme à des conceptions évolutives d'une normalité familiale dans les démocraties occidentales. Pour ne pas toujours employer directement le terme de « vie familiale normale » – mais dès l'arrêt *Marckx* de 1979, la Cour considère que l'Etat est dans l'obligation d'agir « de manière à permettre le *développement normal* des rapports entre proches parents » <sup>527</sup> –, le juge européen des droits de l'homme apprécie néanmoins le droit protégé comme tel, parce qu'il met en place un instrument de contrôle qui traduit complètement la politique constitutive de l'Etat par rapport à la famille. Au-delà des termes, la logique est nette : c'est celle que nous avons décrite ; il n'y a pas à s'en étonner, les systèmes de contraintes qui résultent de cette logique, et qui, pesant sur l'ordre juridique, pèsent sur ses organes (particulièrement les juges), sont tels que la conception même de la société démocratique, protectrice des droits de l'homme, qui constitue l'ordre du Conseil de l'Europe, ne peut aboutir qu'à traduire cette logique. Et parce que, mais les deux choses sont liées,

---

<sup>524</sup> On constatera d'ailleurs que des mouvements normatifs comparables se font jour dans des sociétés démocratiques extérieures à celle de l'ordre européen, par exemple au Canada. Cf. J. Woehrling, Rapp. canadien, in Association Henri Capitant, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, T. XXXIX, Economica, 1988, p. 47 et s.

<sup>525</sup> Sur les méthodes de travail de la Cour, V., entre autres, G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, p. 21-23 & 195 et s.

<sup>526</sup> En ce sens, ce mode de détermination « moderne » du juste réalise ce que proposent J. Rawls ou J. Habermas, sous réserve que l'opinion des juges se fonde sur la compréhension des conceptions réelles (c'est-à-dire se livre à un véritable agir communicationnel) et non supposées (en s'en tenant à un jugement de valeur personnel ou restreint, qui élude le débat et l'intercompréhension). *Adde* l'étude *infra*, section 2.

<sup>527</sup> Cf. V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, 1994, n° 699 (13/6/1979, *Marckx* c/ Belgique). Les italiques sont nôtres.

les Communautés européennes participent de la même logique, et reconnaissent comme relevante la norme du Conseil de l'Europe, celle-ci est confirmée par le droit communautaire.

**189.** D'abord, les autorités communautaires ont tiré les conséquences d'une évidence : l'adhésion des pays membres de la Communauté à la Convention européenne. Nous l'avons vu s'agissant des énoncés. Nous le voyons maintenant quant à leur interprétation. Pour la Cour de justice des communautés, les « traditions constitutionnelles communes aux Etats membres » font partie des éléments qu'elle examine pour résoudre les litiges qui lui sont soumis <sup>528</sup>; ces traditions permettent à la Cour de se référer explicitement aux articles de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>529</sup>, qui ne fait pourtant pas partie formellement du droit communautaire.

Le droit communautaire confirme donc, en l'adaptant à son domaine, le droit à une vie familiale normale construit dans le cadre du Conseil de l'Europe. La Cour de justice fait alors sienne l'approche de la Cour de Strasbourg. Elle estime que le droit à la libre circulation doit s'interpréter « à la lumière de l'exigence du respect de la vie familiale mentionné par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce respect fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence constante de la Cour, réaffirmée dans le Préambule de l'Acte unique européen, sont reconnus par le droit communautaire » <sup>530</sup>. Allant encore plus loin dans une approche unitaire de l'ordre juridique européen, elle a admis qu'une ressortissante communautaire puisse opposer ce droit à son propre Etat, pour permettre l'entrée de son conjoint, tiers à la communauté, qu'elle avait épousé dans un autre Etat de la communauté <sup>531</sup> : la Cour de Luxembourg relaie ainsi très efficacement les juges de la Cour européenne. Dans ce contexte, il n'était pas envisageable que le droit interne puisse rester à l'écart d'une telle dynamique, et ce d'autant que, pour leur part, et à partir des normes nationales, les juges nationaux avaient repris leur propre conceptualisation d'un droit générique en matière familiale.

## **B – Une formulation nationale.**

**190.** Le droit à la vie familiale normale a été d'abord dégagé, en ces termes, comme principe général du droit par le Conseil d'Etat. Celui-ci, en se ralliant ensuite à l'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme bien que ne faisant pas toujours sienne la jurisprudence européenne, a abandonné sa référence au principe. C'est à ce moment que le Conseil

---

<sup>528</sup> CJCE, 17/12/1970, Internationale Handelsgesellschaft, Rec. p. 1125.

<sup>529</sup> CJCE, 28/10/1975, Rutili, Rec. p. 1219.

<sup>530</sup> CJCE, 18 mai 1989, Commission c/ RFA (annexe) § 10.

<sup>531</sup> CJCE, 7 juillet 1992, Singh (annexe).

constitutionnel est intervenu : refusant implicitement un contrôle de conventionnalité, il a repris à son compte la formulation nationale, pourtant abandonnée par son auteur, et lui a donné valeur constitutionnelle. Mais l'étude des décisions, et particulièrement la possibilité pour les juridictions françaises de se référer à deux formulations, témoignent des contraintes qui pèsent sur elles : au-delà des formulations, c'est la même norme qui est appliquée chaque fois. Et il faut alors convenir que la formulation du Conseil d'Etat, reprise par le Conseil constitutionnel, est extrêmement opportune. Nous avons vu combien elle rendait compte à la fois du mécanisme juridique protecteur appliqué au plan européen et, mais cela en est simplement la raison, de la relation entre l'ordre juridique étatique et la famille ; elle rend, et pour cause, aussi bien compte du mécanisme national. Voyons donc comment cette formulation est intervenue.

**191.** Philippe Ardant, dans une étude novatrice, avait révélé que le Conseil d'Etat développait dans le cadre de son contrôle sur l'activité administrative une politique jurisprudentielle de la famille qui, pour l'essentiel, ne s'écartait pas des solutions judiciaires <sup>532</sup>. L'auteur montrait néanmoins que le juge administratif adoptait déjà une approche concrète des situations familiales, qui l'amenait à opter pour des analyses nuancées. Quelque vingt ans plus tard, Jean-Baptiste Geffroy, reprenant la question, notait pour sa part l'émergence d'une jurisprudence résolument originale : entre temps, en effet, le Conseil d'Etat a été conduit à envisager, s'agissant de la famille, « la protection des droits et libertés publiques » <sup>533</sup>.

**192.** Cette protection pouvait être organisée par le Conseil, comme nous l'avons constaté, à partir de divers énoncés. Deux cependant s'imposaient comme essentiels. Le premier est le Préambule de la Constitution de 1946, très général, mais constitutionnel : « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Le second est la norme européenne issue de l'article 8 de la Convention, qui devrait s'imposer en France avec une valeur supérieure à celle de la loi, aux termes de l'article 55 de la Constitution. S'agissant de cette dernière, il convenait cependant de discerner entre l'énoncé et l'interprétation normative de la Cour, celle-ci pouvant éventuellement ne pas être admise avant 1981, c'est-à-dire avant l'admission par la France d'un droit de recours individuel qui en instaurait la relevance ; il ne fut cependant pas nécessaire de trancher cette question. Le Conseil d'Etat a, en effet, pendant très longtemps refusé de se référer à la Convention. Lorsque le problème des droits familiaux de l'individu s'est posé, en présence d'un énoncé précis, la Convention, et d'un énoncé général voire obscur, pour le moins discutable, l'alinéa 10 du Préambule, la haute juridiction a préféré se référer indirectement à ce dernier. Si cela a obligé à un effort de conceptualisation, après coup

<sup>532</sup> *La famille et le juge administratif*, in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 23 et s.

<sup>533</sup> *La famille dans la jurisprudence administrative*, D. 1986, chron. I, p. 1 et s. *Adde* : F. Chauvin, *Le juge administratif et la famille, essai d'interprétation de la jurisprudence*, in *La terre, la famille, le juge*, études offertes à H. D. Cosnard, Economica, 1990, p. 269 et s.

appréciable, cela n'a pu faire que la norme française soit différente de la norme européenne, parce que les contraintes pesant sur les deux ordres juridiques national et européen, qui se donnent pour idée d'oeuvre les mêmes valeurs, étaient nécessairement les mêmes, au-delà des particularités propres à chaque institution.

**193.** Parce que l'article 34 de la Constitution réserve l'essentiel de la réglementation familiale à la loi, parce que le juge judiciaire est très généralement compétent pour connaître des relations familiales, le Conseil d'Etat a pu échapper pendant longtemps au contentieux concernant les droits familiaux de l'individu. Si l'on note bien une décision fort importante qui dégage l'interdiction de licencier une femme enceinte comme principe général du droit<sup>534</sup>, cette décision, qui se rattacherait aisément aux « conditions nécessaires au développement » de la famille (alinéa 10 du Préambule), ou à « la protection de la mère » (alinéa 11), à la garantie contre les « ingérences dans sa vie familiale » (article 8 de la Convention) ou au « droit de fonder une famille » (article 12), est arrêtée sans référence à ces textes, ce qui peut d'ailleurs expliquer qu'une partie de la doctrine l'ait mal perçue<sup>535</sup>.

En revanche, la volonté gouvernementale dans les années 70 de modifier la politique d'immigration a permis au Conseil d'Etat de se saisir véritablement de la question, et de conceptualiser les droits familiaux. Un décret de 1976 avait organisé les conditions de séjour en France des familles des travailleurs migrants<sup>536</sup>. Contre l'avis du Conseil d'Etat, le gouvernement suspendit en 1977 l'application de ce décret, refusant ainsi un droit de séjour aux familles, sauf à ceux de leurs membres renonçant à chercher un emploi en France. Le GISTI<sup>537</sup> et d'autres groupements ont déféré le deuxième décret au Conseil d'Etat, qui en a prononcé l'annulation. La juridiction du Palais Royal a estimé alors qu'il résultait « des principes généraux du droit, et notamment du Préambule de la Constitution de 1946 [...], que les étrangers résidant en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale »<sup>538</sup>. Ce droit n'est pas absolu, mais l'interdiction générale posée par le gouvernement excédait les pouvoirs qu'il tenait pour en définir les conditions d'exercice.

**194.** Le Conseil formule ainsi immédiatement la norme et en définit la portée. Il s'agit d'une règle générique (elle « comporte en particulier le droit de faire venir auprès [des travailleurs migrants] leur conjoint et leurs enfants mineurs »<sup>539</sup>), qui doit être aménagée par le

---

<sup>534</sup> 8/6/1973, Dame Peynet (annexe).

<sup>535</sup> Cf. le célèbre débat entre D. Linotte (*Déclin du pouvoir jurisprudentiel et ascension du pouvoir juridictionnel en droit administratif*, AJDA 1980 p. 632) et S. Rials (*Sur une distinction contestable et un trop réel déclin*, AJDA 1981 p. 115). Adde des deux auteurs *Conclusion d'une controverse*, AJDA 1981 p. 202.

<sup>536</sup> On trouvera une présentation très développée de ces circonstances dans le commentaire de l'arrêt GISTI au GAJA n° 109.

<sup>537</sup> Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés.

<sup>538</sup> Ass. 8/12/1978, GISTI, (annexe).

<sup>539</sup> *Id.* Souligné par nous.



gouvernement, c'est-à-dire qui admet des ingérences et des dérogations au droit qu'elle affirme. C'est une règle générale qui protège tous les nationaux et les étrangers en situation régulière. C'est un standard puisqu'il n'y a droit à cette vie familiale que pour autant qu'elle est normale. Dire alors que cette norme, du point de vue matériel, est identique à celle dégagée par le juge européen des droits de l'homme, et qu'elle est sans doute celle qui, seule, correspond à la politique que conduit l'Etat vis-à-vis de la famille dans une société démocratique, comme nous l'avons montré, est un pléonasme. Cela ne saurait étonner. Il convient simplement de montrer que, pour se référer à l'alinéa 10 du Préambule, la norme ne reprend pas l'expression de « conditions nécessaires au développement de la famille » mais lui substitue celle de « droit de mener une vie familiale », très proche de l'énoncé de l'article 8 de la Convention (« respect de sa vie familiale »). Le rattachement à l'alinéa 10 est relativement formel. Matériellement, l'identité de raisonnement avec les juges du Conseil de l'Europe est parfaite. En accolant l'adjectif « normale » à l'expression « vie familiale », les juges du Palais Royal conceptualisent la méthode des juges européens que nous avons présentée. Dès cet arrêt, il y a une correspondance nette entre la norme appliquée par le Conseil d'Etat et celle résultant de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

**195.** Le Conseil d'Etat aurait alors pu dégager cette solution en se référant directement à la Convention <sup>540</sup>. Il a préféré pourtant mettre en oeuvre une normativité propre, qu'il est difficile *a posteriori* de ne pas comprendre comme l'expression d'un nationalisme juridique, maintes fois dénoncé. Mais parce que, matériellement, la norme est identique quel que soit son énoncé de rattachement, l'exercice auquel s'est livré le Conseil d'Etat n'a guère de conséquences autres que celles liées à l'expression de ce nationalisme. D'un point de vue jurisprudentiel notamment, au-delà des contraintes politiques, un système de contraintes juridiques enferme le pouvoir normatif national : ce n'est alors pas la formulation de la norme qui importe, mais bien la norme elle-même. Ce n'est donc pas l'absence de référence à la Convention qui pourrait garantir une autonomie à la jurisprudence française, mais bien le rapport qui se traduit dans la relevance entre l'ordre juridique français et l'ordre juridique européen des droits de l'homme.

La structure même du droit générique reconnu par la Convention appelle une définition *in concreto* de la normalité, qui autorise une approche nationale de la normalité familiale. On a pu constater cela à partir de 1990, lorsque le Conseil d'Etat, par petites touches et à la suite de l'arrêt

---

<sup>540</sup>Il y aurait eu peut-être une difficulté en raison des particularités du procès GISTI, puisque était contesté par des groupements un texte général hors de son application. Mais la recherche de l'effet utile a conduit la Cour européenne à estimer que « la seule existence d'une réglementation porte atteinte au droit d'une personne » (Cour plénière, 22/10/1981, Dudgeon, série A n° 45, in V. Berger, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Sirey, p. 228). Dès lors que l'on admet cette interprétation téléologique de la Convention, rien ne s'opposait à ce que le Conseil d'Etat puisse s'appuyer sur l'article 8 de la Convention, et reconnaître les recours fondés sur ces motifs. Le commissaire du gouvernement Dondoux estimait d'ailleurs que le principe à reconnaître pouvait être déduit également de la Charte sociale européenne.

Nicolo <sup>541</sup>, a infléchi sa jurisprudence jusqu'à admettre l'invocabilité devant lui de l'article 8 de la Convention <sup>542</sup> : de manière explicite, ce revirement apparaît avec l'arrêt du 18 janvier 1991, *Beldjoudi* <sup>543</sup> ; mais il était prévisible dès les arrêts d'assemblée du 29 juin 1990, *Olmos Quintera & Imambaccus*, et s'est poursuivi jusqu'en 1992 (et confirmé depuis), avec une série d'arrêts célèbres (*Belgacem* <sup>544</sup>, *Aykan*, *Marzini*, *Minin* <sup>545</sup>, etc.) qui ont admis l'applicabilité de l'article 8 et le contrôle de proportionnalité qui s'en suit. Mais pour mettre en oeuvre désormais formellement les mêmes règles, les deux juridictions ont pourtant parfois gardé des appréciations assez différentes de la validité des ingérences, comme en témoignent les divergences sur l'affaire *Beldjoudi*. Après l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 janvier 1991, en effet, la Cour européenne a rendu une décision radicalement opposée le 26 mars 1992 <sup>546</sup>. Si, pour le Conseil d'Etat, l'ordre public prime dès lors que l'étranger a commis une infraction, ce qui justifiait en l'espèce l'expulsion, à la suite d'une condamnation, d'un étranger marié avec une française, et sans enfant, la Cour européenne semble considérer pour sa part que, dès lors qu'il y a des attaches familiales, l'ordre public ne doit primer que dans des circonstances très exceptionnelles et en l'espèce, elle considère que l'expulsion est une ingérence dans la vie familiale (elle condamne la France pour cette ingérence). Cela prouve bien que la référence à la Convention n'emporte pas, en elle-même, renonciation à une souveraineté jurisprudentielle nationale, puisque ici, se référant à la même Convention, les juridictions l'interprètent de manière dissemblable. Cela montre toutefois que la question ne peut être appréciée qu'en fonction d'une approche plus large, tenant compte des systèmes de contraintes pesant sur les juridictions.

Le problème des relations entre les jurisprudences nationale et européenne en la matière, si problème il y a, et il ne peut être alors que politique, est ainsi sans doute plus simple que la construction du Conseil d'Etat le laisse imaginer. Et on peut croire que l'admission par le Conseil d'Etat de l'invocabilité de la Convention devant lui est la conséquence directe de la prise de conscience par le juge français de ceci. Dès lors qu'un droit de recours individuel devant la Cour européenne existe, il est certain qu'un rapport hiérarchique tend à s'instaurer entre les deux jurisprudences, qui traduit un ordre juridique intégré, et qui fait peser une contrainte juridique sur le juge français.

La référence formelle à un énoncé normatif est alors secondaire par rapport au fonctionnement réel du contrôle qu'effectue le juge européen sur la jurisprudence administrative

<sup>541</sup> Ass. 20/10/1989, GAJA n° 116 (avec bibliographie).

<sup>542</sup> Ces arrêts sont répertoriés en annexe et ont donné lieu à maintes études (Cf. notamment les références citées note 469). L'admission du moyen tiré de la violation de l'article 8 est cependant inopérant dans le contentieux des autorisations de travail : Cf. 12 juillet 1993, ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale C/ Aggad (annexe). Une telle motivation peut apparaître surprenante, notamment parce que les motifs qui peuvent justifier le refus d'une telle autorisation (et spécialement la situation de l'emploi) sont à ranger dans les motifs que le § 2 de l'art. 8 considère comme pouvant justifier une ingérence dans la vie familiale (bien-être économique du pays).

<sup>543</sup> Annexe.

<sup>544</sup> Arrêt d'assemblée du 19/4/1991 (annexe).

<sup>545</sup> 3 arrêts de section du 10 avril 1992 (annexe).

<sup>546</sup> *Beldjoudi c/ France*, Série A n° 234 (annexe).

française. Peu importe ainsi que le juge français se réfère à la Convention ou à un principe général du droit. C'est l'admission d'ingérences non valides qui risque d'être censurée à Strasbourg, et non l'absence d'une référence explicite à l'article 8 : ce que va vérifier la Cour européenne, ce n'est pas que le juge français rende hommage à la Convention européenne en la citant, mais c'est que, matériellement, la norme protectrice des droits de l'homme a été appliquée, quelle que soit la motivation juridique formelle.

A l'inverse, la correspondance normative, le fait de mettre en jeu la même norme, est insuffisante en elle-même à assurer la conformité avec la jurisprudence européenne, puisque la structure même de la norme considérée, qui se réfère à un standard, la normalité <sup>547</sup>, laisse une grande part à une appréciation subjective. Il ne suffit pas alors au Conseil d'Etat de mettre en oeuvre la même norme matérielle ou formelle que le juge européen des droits de l'homme, il lui faut aussi avoir la même conception de la normalité pour que la position française ne soit pas éventuellement censurée. De ce point de vue encore, peu importe la norme formelle appliquée par le Conseil d'Etat : s'agissant en toute hypothèse d'un standard, c'est sur l'exercice normatif du jugement que se fera en réalité la conciliation ou l'affrontement des positions nationale et européenne. Or, même si la Cour européenne estime qu'une large part d'appréciation doit être laissée aux Etats, et donc à leurs autorités normatives comme les juges, pour déterminer les moyens par lesquels ils mettent en oeuvre matériellement la Convention et pour garantir l'effectivité des droits qu'elle protège, il est clair que les contraintes de fait et les contraintes internes au système juridique ne peuvent, à terme, qu'aboutir à une identité d'appréciation, dans une dialectique communicationnelle, entre des juridictions se rapprochant l'une de l'autre.

La jurisprudence du Conseil, en position d'être démentie par la Cour européenne en raison de la possibilité de recours individuel, risque de devenir intenable si la haute juridiction ne tend pas à l'aligner sur la conception strasbourgeoise des ingérences possibles. On le voit avec la multiplication des contentieux en matière de vie familiale des étrangers, et corrélativement avec les transactions qu'engage l'Etat français pour résoudre ces contentieux sans jugement de la Cour européenne <sup>548</sup>.

Cependant la position des juges européens n'est pas plus enviable si les requérants, déboutés par les juges administratifs, croient avoir quelque chance de succès en intentant un recours devant elle. Il est probable alors que c'est la question du flux contentieux <sup>549</sup> qui, dans un

---

<sup>547</sup> V. *infra* pour une étude développée de ce standard, section 2.

<sup>548</sup> La France semble en effet, de manière relativement fréquente, essayer de transiger avec le requérant une fois sa requête déposée auprès des instances de la Convention européenne. Cela permet notamment d'éviter l'énoncé, par le juge européen, de condamnations ostensibles et de jurisprudences nettes ; mais cela pose des questions, notamment parce que, si un tel recours a été déposé contre l'Etat français, c'est que généralement il n'a pas voulu transiger et faire droit aux demandes des requérants avant.

<sup>549</sup> V. notamment les colloques organisés par le CERCRID : *Connaissance des contentieux* (Juin 1988, actes non publiés) et *Les juridictions suprêmes, du procès à la règle* (Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1991).

très proche avenir, va sceller davantage <sup>550</sup>, au-delà des normes avouées, le fond du standard européen et du standard français <sup>551</sup> : un système ne fonctionne pas de la même manière s'il a à juger d'une centaine de requêtes par an ou s'il doit en traiter un millier. Or l'on verra qu'en matière de police d'étranger notamment, les positions françaises sont discutables au regard de l'ordre européen des droits de l'homme <sup>552</sup>, et que la réserve des contentieux susceptibles d'atteindre Strasbourg est considérable ; elle semble à elle seule suffisante pour priver éventuellement d'effectivité toute protection des droits de l'homme par la Cour européenne, prise dans l'alternative, peu satisfaisante, d'être submergée par ces recours <sup>553</sup>, ou de renoncer à traiter correctement ces dossiers, en ne garantissant plus alors les droits des individus qui les présentent.

Si l'on observe ainsi que la jurisprudence du Conseil d'Etat semble maintenant se rapprocher de celle de la Cour européenne, c'est sans doute en raison de ces contraintes. Cela est vrai dans la forme, puisque le Conseil admet l'invocabilité de la Convention, et ne se réfère plus au principe général du droit. Mais c'est surtout vrai sur le fond, même si des divergences subsistent encore <sup>554</sup>, et subsisteront pour certaines sans doute longtemps. Il faut noter, au-delà de l'exemple décrit, que ce rapport interjuridictionnel se pose dans les mêmes termes pour toutes les juridictions suprêmes nationales dans l'ordre européen des droits de l'homme, et l'on a pu voir la Cour de cassation, notamment à propos de la question des droits des transsexuels, même si le risque d'un contentieux massif n'était pas alors présent, infléchir également ses positions <sup>555</sup>.

**196.** Le plus curieux alors est que, le Conseil d'Etat se rapprochant de la Cour européenne en abandonnant son nationalisme apparent, c'est le Conseil constitutionnel qui prend le relais. On y verra l'expression des relations parfois difficiles entre les deux ordres juridiques national et européen, d'autant plus difficiles qu'elles semblent inévitables et que, malgré l'expression de ces difficultés, une unité juridique paraît irrévocablement transcender les divergences. Car c'est bien

---

<sup>550</sup> Des projets de réforme existent d'ailleurs, concernant la procédure et la répartition des compétences entre les organes juridictionnels de la Convention, démontrant que le Conseil de l'Europe est sensible à ce flux Cf. Le Protocole n° 11, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, signé le 11/5/1994.

<sup>551</sup> Ce qui pourrait d'ailleurs se traduire, de la part des organes européens, par une attitude plus nettement prescriptive dans la rédaction des arrêts, leur conférant la forme d'arrêts de principe.

<sup>552</sup> Cf. *infra*, section 3.

<sup>553</sup> Et il serait alors curieux de voir la position de la Cour, au regard notamment de l'art. 6 § 1 de la Convention qu'elle a pour tâche d'appliquer, et qu'elle applique effectivement aux ordres étatiques : « tout homme a droit à ce que sa cause soit entendue... dans un délai raisonnable ».

<sup>554</sup> 13 mai 1992, Serend & 29 décembre 1993, Préfet des Yvelines c/ Mademoiselle Bali. Le Conseil d'Etat assouplit sa position de l'arrêt Beldjoudi et admet que la vie familiale puisse primer l'ordre public malgré l'existence d'infractions commises par l'intéressé dans sa jeunesse dans la première espèce, et, dans la seconde espèce, malgré l'absence de titre de séjour pour une personne adulte et célibataire, n'ayant plus aucun lien dans son pays d'origine, entrée enfant en France avec ses parents qui y vivent toujours, et se trouvant dans l'impossibilité, eu égard à son âge notamment, de bénéficier du regroupement familial.

<sup>555</sup> Cf. pour la Cour européenne 25 mars 1992, B. c/ France, Série A n° 232 & pour l'évolution de la Cour de cassation 11 décembre 1992, X c/ Proc. gén. Aix-en-Provence (annexe) : en l'occurrence, la France a d'abord été condamnée par la Cour européenne pour ne pas avoir permis à un transsexuel de voir rectifier son état-civil ; après cette condamnation, la Cour de cassation a autorisé la rectification.

la règle dégagée par la Cour européenne, et formulée par le Conseil d'Etat, que le Conseil constitutionnel consacre à présent. L'interprétation qu'il donne de l'alinéa 10 du Préambule, énoncé constitutionnel de référence, poursuit et unifie clairement les efforts constructifs de la Cour européenne et du Conseil d'Etat.

Le Conseil constitutionnel a rarement eu à se prononcer sur les libertés familiales. A l'occasion de l'examen de la loi Veil légalisant l'interruption volontaire de grossesse, il avait estimé que le texte n'était pas contraire aux dispositions du Préambule de 1946 « ayant valeur constitutionnelle » <sup>556</sup>. L'appréciation était sibylline et ne permettait pas de savoir quelle était, pour le Conseil, la valeur et le contenu exacts de l'alinéa 10. Puis en 1986, le Conseil reconnaissait explicitement que cet alinéa avait valeur constitutionnelle et protégeait des droits de la famille entendus comme droits conditionnels <sup>557</sup>. Il ne se référait pour autant ni à la conception du Palais Royal, ni à celle de Strasbourg. Tel n'est plus le cas aujourd'hui.

**197.** Par une décision très remarquée et commentée, la plus longue qu'il ait rendue à ce jour, le Conseil a parachevé l'oeuvre entreprise par d'autres juges, et a confirmé son unité <sup>558</sup>. A l'occasion de l'examen de la « loi Pasqua » relative à la maîtrise de l'immigration <sup>559</sup>, il s'est prononcé sur les droits familiaux des étrangers ; il l'a fait pour l'essentiel en s'inspirant du travail conceptuel du Conseil d'Etat.

Pour le Conseil constitutionnel, « figurent parmi [les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République] la liberté individuelle et la sûreté, notamment [...] la liberté du mariage [et] le droit de mener une vie familiale normale » <sup>560</sup>. Il « résulte [en effet du dixième alinéa du Préambule de 1946] que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale » <sup>561</sup>. Le Conseil constitutionnel reprend ici mot pour mot la formulation du Conseil d'Etat, dont nous avons montré le lien avec la norme de la Cour européenne. Au-delà des querelles concernant l'énoncé, l'intérêt est que cette formulation prend explicitement valeur constitutionnelle.

---

<sup>556</sup> Déc. 54 DC du 15/1/1975 (annexe).

<sup>557</sup> Déc. 86-216 DC du 3/9/1986 (annexe) : L. relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France. La loi autorisait l'autorité compétente à prononcer une expulsion, mais celle-ci devait tenir compte de tous les éléments concernant l'individu, dont sa situation familiale ; le Conseil a estimé qu'en prévoyant un tel dispositif, le législateur n'avait transgressé aucune disposition constitutionnelle, car le législateur a compétence pour apprécier les conditions dans lesquelles les « droits de la famille » peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public.

<sup>558</sup> Déc. 325-DC du 13/8/1993 (annexe).

<sup>559</sup> Sur cette loi, Cf. M. C. Rouault, *Commentaire de la Loi n° 93-1027 du 24/8/1993 relative à la maîtrise de l'immigration, complétée par la Loi n° 93-1417 du 30/12/1993 portant diverses dispositions relatives à la maîtrise de l'immigration*, ALD, 1994, p. 101-124.

<sup>560</sup> *Id.*, § 3.

<sup>561</sup> *Id.*, § 69 & 70.

**198.** De ce fait, la décision est créatrice et unificatrice, ce qui ne peut que contribuer à assurer l'effectivité du droit présenté. En interprétant l'alinéa 10 du Préambule, le juge constitutionnel n'a pas consacré directement une règle écrite, l'alinéa 10 <sup>562</sup>, mais donné valeur constitutionnelle à l'élément matériel du principe général du droit dégagé par le Conseil d'Etat. Il a ainsi reçu comme « principe de valeur constitutionnelle » une norme qui existait et était appliquée, et l'a fait découler, comme le Conseil d'Etat, du Préambule <sup>563</sup>. C'est cette interprétation créative, cette recreation de la norme par l'interprétation, qui permet justement au Conseil constitutionnel de mobiliser la même norme que les juges administratifs et européens.

Il n'est à ce propos pas indifférent de constater que, déduit pour une part de l'alinéa 10, le droit de mener une vie familiale normale est aussi présenté comme composante de la liberté individuelle. Celle-ci étant reconnue par ailleurs avec valeur constitutionnelle <sup>564</sup>, le rattachement à l'alinéa 10 n'était pas indispensable. Le Conseil semble bien par là avoir voulu unifier une double inspiration des droits familiaux de l'individu, l'approche des énoncés nationaux en termes de droits économiques et sociaux à partir de l'alinéa 10, et l'approche européenne qui a donné, par la Convention et la jurisprudence de la Cour, un contenu à la notion de droits et libertés fondamentaux. L'intégration, comme composante de cette liberté individuelle, de la liberté du mariage, aux côtés du droit de mener une vie familiale normale, rappelle l'existence des deux éléments dans la Convention européenne, tout comme l'utilisation du concept formulé par le juge administratif est un hommage à la jurisprudence constructive du Conseil d'Etat, au moins dans son nationalisme. Il n'est alors pas neutre non plus, comme nous l'avons dit, que le seul hommage explicite concerne la juridiction administrative nationale, et que le Conseil constitutionnel refuse toute référence directe – ce qui serait alors l'expression du contrôle de conventionnalité qu'il se refuse à mettre en oeuvre –, ou même indirecte, au droit européen des droits de l'homme.

**199.** Quoi qu'il en soit, cette unification est riche de conséquences.

---

<sup>562</sup> *Contra* : V., de manière générale sur les interprétations du Conseil constitutionnel l'article antérieur à la décision de G. Vedel, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in *Mélanges René Chapus – droit administratif*, Montchrestien, p. 647 et s. Selon la présentation de G. Vedel, il n'y aurait pas ici un pouvoir normateur du juge constitutionnel mais consécration d'une règle écrite. On peut suivre, pour ne pas se rallier à ces arguments, M. Troper lorsqu'il montre que, même rattachée à une règle écrite, toute interprétation est acte de volonté, donc acte normateur (Cf. *La théorie de l'interprétation et le problème de la légalité supra-constitutionnelle*, Mélanges Eisenmann, Cujas, 1974 & *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFD const. 1990 p. 31). Nous verrons confirmation dans la section suivante que l'interprétation de l'alinéa 10 n'est pas donnée *a priori*.

<sup>563</sup> B. Genevois, *Un statut constitutionnel pour les étrangers*, RFD adm. 1993 p. 880. Pour l'auteur, le principe s'oppose en fait à la règle en ce qu'il est rédigé en termes généraux et vise la protection des libertés et droits individuels (Cf. *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, STH, 1988, p. 190). Le principe découle alors directement de l'énoncé du Préambule. On trouve une nuance, semble-t-il, chez MM. Favoreu et Philip, pour lesquels le principe général du droit à mener une vie familiale normale n'est pas la règle directe de l'alinéa 10, alors que tel serait le cas du principe constitutionnel que devrait maintenant invoquer le Conseil d'Etat (*GDCC* p. 854 § 45). Mais ces deux présentations doctrinales tendent à réduire de manière trop considérable à nos yeux la réalité de la création normative par l'interprétation de l'énoncé constitutionnel à laquelle se livrent les juges. Le principe invoqué, s'il est déduit du Préambule, l'est avec un tel travail dans la déduction et l'interprétation qu'il ne peut y avoir de rattachement que formel.

<sup>564</sup> Par exemple Déclaration des droits de l'homme de 1789 ou art. 66 de la const. du 4/10/1958.

Elle traduit une convergence de vues entre les trois juridictions, constitutionnelle, administrative et européenne. A partir de textes différents, un travail et une inspiration commune des juges ont permis de dégager une norme générique identique, le droit de mener une vie familiale normale.

Cette convergence réalise finalement une obligation juridique de l'Etat, qui tient au rapport dans son système positif entre droit interne et droit international, ou du moins droit européen : la France s'est, en effet, engagée au plan européen, et ses organes normatifs sont inscrits, de ce fait, dans un système complexe où une divergence normative ne serait pas seulement inopportune, mais poserait surtout des problèmes de validité. Il en résulte un contrôle complet et à tous les niveaux par rapport à un droit et un raisonnement identiques. L'autorité de la jurisprudence constitutionnelle renforce encore, si besoin était, l'effectivité de la norme commune. Mais concrètement, le recours individuel devant la Cour européenne est l'élément-clé.

Surtout, cette convergence témoigne d'une inspiration comparable des nécessaires relations entre Etat et famille, c'est-à-dire d'un même mouvement constitutif de la sphère publique. La reconnaissance du droit individuel, par les différentes juridictions et dans les mêmes conditions, participe à la mise en oeuvre d'un ordre juridique européen <sup>565</sup>. La formulation du concept traduit alors une double idée : le droit individuel à maîtriser sa vie familiale est au fondement même de cet ordre juridique (ordre d'Etats démocratiques constitués autour des libertés individuelles, dont la liberté familiale) ; mais il s'y inscrit par rapport à la prétention étatique à la souveraineté (droit conditionnel en référence à un standard juridique). Si des divergences sont encore possibles dans l'interprétation de la norme ou dans le contenu du droit générique <sup>566</sup>, ce ne sont alors que les conséquences de la structure même de la norme, donc de son rôle politique et social. C'est à cette structure, à ces caractéristiques, qu'il faut désormais s'intéresser.

---

<sup>565</sup> A cet égard, les divergences éventuelles entre droit national et droit européen témoignent ici encore des relations interinstitutionnelles entre deux ordres juridiques, prétendant chacun à leur hégémonie.

<sup>566</sup> Par exemple l'appréciation de la polygamie entre l'ancienne jurisprudence du Conseil d'Etat et la décision du Conseil Constitutionnel 93-325 DC. V. *infra*.

## **SECTION 2 : LES CARACTERISTIQUES DE LA NORME DEGAGEE.**

**200.** La norme que constitue le droit à la vie familiale normale voit très logiquement son statut dépendre de sa génération. Conçu à la fois comme élément constitutif de l'Etat et comme modalité de sa politique à l'égard de la famille, ce droit est étroitement dépendant des conditions de réalisation de celle-ci.

Ainsi n'apparaît-il pas comme un droit intangible, dont la réalisation en toute situation serait une des obligations de l'Etat, mais participe-t-il directement de cette politique en étant conditionné par elle. La formulation du droit témoigne à cet égard d'un autre type de conditionnement, la normalité ne présentant pas au regard de la norme de facultés explicatives immédiates, réservant de possibles évolutions ou appréciations lors de sa mise en oeuvre. Enfin, condition de la réalisation de l'Etat, il définit pour l'individu la famille comme un espace de liberté, que l'Etat se doit de garantir effectivement, mais qui ne débouche pas sur un éventuel droit-créance, droit d'exiger que l'Etat mène à l'égard de la famille une politique déterminée, dont l'individu pourrait se prévaloir. Ainsi, très clairement, apparaît, dans les caractéristiques de la relevance, l'ensemble des éléments qui permettent à l'Etat, par cette relevance, d'influer véritablement sur la relation qu'il a réellement avec la famille.

Nous présenterons alors ce droit en tant qu'il est un droit conditionnel (§ 1), qui exprime un standard (§ 2) et qui constitue une liberté complète (§ 3).



## **§ 1 – Un droit conditionnel.**

**201.** Le droit de mener une vie familiale normale n'est pas construit comme un droit intangible, auquel l'Etat ne pourrait porter aucune atteinte, mais comme un droit conditionnel, qu'il appartient au législateur d'aménager. Il ne fait ainsi pas partie du « noyau dur » des valeurs individuelles autour duquel se construit l'Etat démocratique et libéral, et qu'il ne peut remettre en cause, sans que par là même il se remette lui-même en cause comme face juridique de la Nation ; il est un des éléments constitutifs de l'Etat, mais qui tient moins à la personne même des individus, qu'au moyen pour l'Etat de se constituer pour le respect de ces droits essentiels de l'individu. Ainsi, parce qu'il est essentiellement un moyen au service d'autres droits – sans la socialisation, l'éducation, la transmission des valeurs, et les autres fonctions que remplit la famille, il ne reste plus grand chose de ces droits essentiels que sont, par exemple, les libertés physiques ou les libertés intellectuelles – le droit à la vie familiale normale peut connaître des dérogations et voir son exercice aménagé. Du contrôle de cet aménagement dépend son effectivité, car il ne faudrait pas qu'en définitive, cet aménagement anéantisse le droit, donc sape les fondements de l'Etat.

D'abord, parce qu'il s'agit d'une liberté <sup>567</sup>, le Conseil constitutionnel a rappelé que ce droit devait « être concilié avec la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle » <sup>568</sup>. Une telle conciliation est à envisager avec d'autres objectifs constitutionnels comme la protection de la santé publique <sup>569</sup>, ou d'autres principes constitutionnels. Elle incombe au législateur sous le contrôle du juge constitutionnel. Sous réserve de ne pas créer de discriminations injustifiées, elle n'interdit pas que telle ou telle catégorie de personnes voie ses droits restreints. Tel était le cas des étrangers dans la décision de 1993. Mais la question pourrait se reposer pour d'autres catégories de personnes, y compris au sein de la population nationale.

De la même manière, lorsque le Conseil d'Etat avait admis le recours du GISTI en 1978, ce n'était pas parce que le principe général du droit dégagé par le juge administratif était absolu, mais parce que le gouvernement, en instituant une interdiction générale de travail pour les familles

---

<sup>567</sup> Pour situer cette notion en fonction du niveau de protection, Cf. L. Favoreu, *Les libertés protégées par le Conseil constitutionnel*, in D. Rousseau & F. Sudre (Dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, droits et libertés en Europe*, ESTH, 1990, p. 33 et s.

<sup>568</sup> Décision du 13/8/1993 précitée. On sait qu'un tel objectif permet au Conseil d'assurer une effectivité aux droits fondamentaux en habilitant le législateur à les limiter pour les concilier (Cf. B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, op. cit., n. 563). Il faut par ailleurs remarquer que dans une décision du 3/9/1986 (annexe), le Conseil avait estimé que cette conciliation pouvait, pour le législateur, consister à faire simplement « prévaloir les nécessités de l'ordre public » sur « les droits de la famille ». Il est vrai qu'alors l'expression juridiquement douteuse de « droits de la famille » ne renvoyait pas, comme en 1993 celle de « vie familiale normale », à un droit ou une liberté constitutionnellement protégés. Sur ces points, Cf. C. Vimbert, *L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RD publ. 1994, p. 693 et s.

<sup>569</sup> Décision 93-325 DC, § 70.

de travailleurs étrangers, avait excédé ses pouvoirs, et n'avait pas concilié les nécessités tenant à l'ordre public avec le respect des libertés individuelles <sup>570</sup>. D'ailleurs le Conseil a admis, dans des circonstances identiques, qu'un décret limitant le regroupement familial des étrangers pouvait être justifié au regard des exigences de l'ordre et de la santé publics <sup>571</sup>.

Plus généralement, le Conseil constitutionnel estime – et là encore, il est clair que l'influence de la Convention européenne a joué <sup>572</sup>– que la garantie du droit à mener une vie familiale normale exige qu'un recours effectif soit ouvert aux individus contre les mesures qui en restreindraient l'exercice. Sur la double base formelle de la Convention européenne et de la décision du Conseil constitutionnel, toute juridiction française est fondée à examiner, si la question lui est soumise, la validité d'une atteinte éventuelle au droit de maîtriser sa vie familiale.

**202.** De ce point de vue, l'intégration de la Convention européenne dans les instruments de référence des juridictions françaises a permis une meilleure définition du contrôle, qui débouche sur une réelle approche de conciliation entre les droits individuels et les nécessités de l'ordre public.

Si l'article 12 de la Convention et l'article 5 du Protocole n° 7 admettent simplement l'existence d'aménagements, et donc de limitations, aux droits qu'ils protègent, le deuxième alinéa de l'article 8 donne, quant à lui, un véritable statut aux limites et dérogations. Cet alinéa dispose, en effet, qu'« il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice [du droit au respect de la vie familiale] que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

D'un point de vue matériel, on constate que les motifs permettant les limitations ou les dérogations au droit de maîtriser sa vie familiale sont fort nombreux et parfois très vastes. Ainsi en est-il de la prise en compte de la morale, ou du bien-être économique dont, dans la situation de crise économique endémique que connaît l'Europe, on peut craindre qu'il ne soit invoqué de manière quasi systématique à l'appui de toutes mesures protectionnistes <sup>573</sup>. Mais deux éléments viennent en réalité encadrer ces justifications et, pour les seconds tout au moins, limiter considérablement leur admission.

---

<sup>570</sup> Ass. 8/12/1978, GISTI, (annexe).

<sup>571</sup> CE, 26/9/1986, GISTI (annexe).

<sup>572</sup> Cf. un raisonnement semblable : Cour européenne des droits de l'homme, 8 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, Série A, n° 32 (annexe). De même, l'art. 13 de la Convention garantit un droit de recours effectif devant une juridiction nationale à toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention auraient été violés.

<sup>573</sup> Pour un contrôle de la Cour européenne sur un tel usage, V. 21 juin 1988, *Berrehab c/ Pays-Bas*, Série A n° 138 (annexe).

Formellement, ces limites doivent être prévues par la loi. A présent, le Conseil constitutionnel est en mesure d'intervenir préventivement ; mais il ne pourra le faire que s'il est saisi, ce qui peut laisser l'éventualité d'une promulgation de dispositions législatives autorisant des ingérences peu valides ; de plus, se refusant à un contrôle de conventionnalité, le Conseil constitutionnel n'apprécie pas ces ingérences, du moins directement et explicitement, et du moins pour l'instant, au regard des stipulations conventionnelles.

Surtout, ces justifications ne sont admises que par rapport à un paradigme politique, qui dépasse la simple question du droit à la vie familiale pour inspirer la garantie de l'ensemble des droits individuels <sup>574</sup>, celui de la « nécessité dans une société démocratique », c'est-à-dire une société fondée sur ces droits individuels. Nous retrouvons avec ce paradigme le schéma que nous décrivons : des droits à la famille sont ainsi reconnus à l'individu par l'ordre juridique positif, mais ils connaissent des limites pour l'effectivité de cet ordre juridique, à condition que ces limites ne remettent pas en cause l'idée politique directrice de cet ordre, en l'occurrence ici la démocratie libérale, et la relation de continuité fonctionnelle qui en découle entre la Nation et la famille.

**203.** Un tel système a alors des implications contentieuses. Dès lors qu'un travail de conciliation est à apprécier par le juge, il est nécessaire de mettre en oeuvre un contrôle de proportionnalité. Le Conseil d'Etat l'a parfaitement compris puisque, après avoir accepté l'invocabilité de la Convention par les requérants, il a renoncé à reconnaître un pouvoir discrétionnaire à l'administration pour apprécier les ingérences dans la vie familiale, et a développé un contrôle normal <sup>575</sup>.

Un tel contrôle n'est cependant pas exempt de difficultés. Il s'agit de déterminer une nécessité par rapport aux valeurs d'une société démocratique, ce qui exige un jugement politique inévitablement variable. On a d'ailleurs pu voir que la Cour européenne est allée à l'encontre de l'appréciation du Conseil d'Etat lorsqu'elle a estimé, en substance, que la nécessité de prévenir des infractions pénales ne permettait pas l'expulsion d'un immigré de la deuxième génération, quelle que soit sa dangerosité potentielle <sup>576</sup>. Cette variabilité n'est que l'expression de la réalisation, parfois conflictuelle, d'un ordre juridique européen en matière de droits de l'homme, c'est-à-dire, d'un autre rapport interinstitutionnel, d'une autre relation de relevance. Elle relève par là d'une problématique plus large, qui intègre ce droit dans la question du standard, et qui montre volontiers qu'au-delà de leur permanence apparente, les ordres juridiques évoluent nécessairement, dialectiquement, pour essayer de parvenir à un équilibre précaire avec une société,

---

<sup>574</sup> Par exemple le droit à la liberté (Cour européenne des droits de l'homme, 18/11/1970, De Wilde, Ooms et Versyp, *in* Berger p. 56), le droit à un procès équitable (Cour européenne des droits de l'homme, 27/2/1980, Deweer, *in* Berger p. 90), le droit au respect de la correspondance (Cour européenne des droits de l'homme, 28/6/1984, Campbell et Fell, *in* Berger p. 120), etc.

<sup>575</sup> Ass., 19 avril 1991, Belgacem & Ass., 19 avril 1991, Madame Babas. Technique progressivement appliquée à tous les contrôles sur les ingérences dans la vie familiale (annexe).

<sup>576</sup> Respectivement CE, 18 janvier 1991, Beldjoudi & Cour européenne, 26 mars 1992, Beldjoudi c/ France, Série A n° 234 (annexes).

et des valeurs sociales, qui elles-mêmes évoluent : à défaut, ils ne serviraient plus l'idée d'oeuvre qui les fonde, mais la desserviraient.

## **§ 2 – Un standard juridique.**

**204.** Le droit au respect de sa vie familiale, ou droit de maîtriser sa vie familiale, ou liberté de mener une vie familiale normale, constitue donc, grâce au travail concordant de diverses juridictions, un seul et même droit générique.

Cette norme est cependant matériellement évolutive, comme sa formulation par rapport à la *normalité* l'implique, en fonction du milieu social dans lequel elle s'insère. L'imprécision du concept de famille, dépourvu de signification juridique univoque, et appelant diverses formes institutionnelles, et diverses fonctions liées à ces formes, demande à être levée pour que le concept soit appliqué. Cette précision intervient par rapport à une perception de la normalité subjective (celle du juge), ou objective (sociale). En même temps, les atteintes au droit à la famille normale doivent elles-mêmes présenter un caractère de normalité, en ce qu'elles doivent être nécessaires dans une société démocratique.

L'application de ce standard par le juge montre alors le double caractère de la normalité : fondamentalement culturelle (1), elle apparaît comme un élément essentiellement normateur (2).

## **A – Une normalité culturelle.**

**205.** C'est la vie familiale culturellement acceptable par la Nation qui est protégée. Le Conseil constitutionnel est sur ce point particulièrement net : « les conditions d'une vie familiale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil » <sup>577</sup>.

La difficulté tient alors à la détermination de ces conditions et c'est en dernière instance au juge que revient cette tâche. Pour ce faire, il s'inspire des conceptions admises dans le champ social, sans pour autant faire de l'admission majoritaire le critère de la normalité. Mais il faut bien voir que la conception de la normalité est d'abord celle du juge, perception subjective en ce qu'on ne peut exclure que le juge, dans ce travail, fasse intervenir ses propres valeurs sur la normalité (attitude prescriptive), mais aussi perception subjective d'éléments objectifs en ce que le juge interprète ce qu'il croit être les modalités admises socialement.

A cet égard, il est certain que les modes de recrutement des personnels judiciaires, leur formation commune ou la médiation des revues juridiques, par exemple, contribuent à forger un

---

<sup>577</sup> Décision du 13/8/1993 précitée, § 77.

sous-système culturel des juristes, relativement homogène, qui ne correspond pas totalement à la société réelle. L'idée, fort répandue, selon laquelle le droit, donc le juge ici, doit tenir compte des changements sociaux avec prudence, et en tous cas ne doit pas les favoriser, reste prégnante dans la conception du « culturellement acceptable ».

Les systèmes de contrainte interne, et particulièrement ceux tenant aux procédures de l'appel ou de la cassation, ou encore – mais les uns et les autres ne sont-ils pas liés ? – ceux tenant à l'obligatoire motivation juridique des décisions de justice, contribuent également de manière forte à la formation et la reproduction de cette culture judiciaire de la normalité. Mais les systèmes de contrainte externe, qui obligent notamment le juge à un effort de conviction pour que les jugements soient effectifs (dans l'espèce) et efficaces (en influant sur le comportement social), garantissent néanmoins une évolution de la conception judiciaire de la normalité, qui se doit, sinon d'être en accord parfait, du moins de ne pas être trop en désaccord, avec la conception majoritairement répandue dans le champ social.

**206.** Pendant fort longtemps, la normalité s'est alors incarnée dans le modèle de la famille légitime, dont la qualification montre bien la fonction. La Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Marckx*, a rejeté une conception aussi restrictive<sup>578</sup>. Pour la Cour, la vie familiale normale est une vie familiale de fait, qui s'incarne dans le lien familial : elle ne s'arrête pas aux formes reconnues par le droit, et englobe au moins les relations entre proches parents, reconnues ou non. Le respect de la vie familiale implique alors qu'il ne soit pas fait de différence entre enfants légitimes et naturels<sup>579</sup>. Et de ce point de vue donc, aucune distinction ne doit être opérée entre famille naturelle et famille légitime.

Or, il semble bien qu'ici le droit français ne soit pas en totale conformité avec les exigences européennes<sup>580</sup>. Si l'impossibilité d'établir certaines filiations incestueuses peut constituer une ingérence admissible dans la vie familiale sur le fondement du § 2 de l'article 8 de la Convention<sup>581</sup>, il est probable que tel n'est pas le cas par exemple pour la situation particulière réservée à l'enfant adultérin en matière de succession, qui le défavorise en réduisant, en présence et au profit d'enfants légitimes héritiers issus du mariage « trompé », son héritage de moitié<sup>582</sup>.

On voit les difficultés liées à la question de la normalité. Si, à l'évidence, la famille adultérine ne peut être considérée comme normale au regard des conceptions sociales

---

<sup>578</sup> 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, Série A n° 31 (annexe).

<sup>579</sup> V. : F. Julien-Lafferrière, *op. cit.* (n. 469).

<sup>580</sup> V. : M. Maymon-Goutaloy, *De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme*, D. 1985, chron. XXXVII, p. 211. Certaines des divergences relevées par l'auteur ne sont plus d'actualité.

<sup>581</sup> Art. 334-10 C. civ. Encore s'agit-il d'un mécanisme qui interdit d'établir la filiation à l'égard des deux parents ayant commis l'inceste.

<sup>582</sup> Art. 760 C. civ. Cf. B. Vareille, *Etude critique de l'article 760 du Code civil*, RTD civ. 1991.475 et s. Rapp. F. Rigaux, *Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel*, RTDH, 1992, p. 215-225.

généralement admises, la discrimination qui en résulte pour l'enfant adultérin est, elle, anormale<sup>583</sup>. C'est qu'en effet, il s'agit de permettre aux individus d'avoir une vie de famille, et non de modéliser le groupe familial : la problématique est alors bien celle de l'utilité fonctionnelle de la famille pour l'Etat (et partant de la famille pour l'individu, puisqu'en démocratie, l'intérêt de l'Etat ne saurait être trop éloigné de celui de l'individu, qui est sa raison d'être), et non celle du groupe en tant que tel. On retrouve ici la logique d'une conception fondée sur l'individu.

**207.** S'il n'y a donc plus un modèle hégémonique de famille normale, il reste que des modalités de vie familiale sont rejetées comme anormales. La plus nette est la forme polygamique.

La Cour de cassation avait parfois admis des effets pour un mariage polygame<sup>584</sup>. Le Conseil d'Etat avait, quant à lui, estimé, dans une décision d'assemblée, qu'une telle modalité pouvait être qualifiée de normale dès lors qu'elle n'était pas illégale et pouvait être considérée comme légitime dans le pays d'origine de celui qui invoque le droit<sup>585</sup>. Le Conseil faisait ainsi prévaloir la loi personnelle sur la loi française pour apprécier la normalité. Or cette décision a été vivement critiquée par une partie de la doctrine, et surtout par le Haut Conseil à l'Intégration<sup>586</sup>.

Ce sont ces critiques qu'a retenues le Conseil constitutionnel dans sa décision de 1993<sup>587</sup> pour rejeter la polygamie dans l'anormalité : la vie familiale normale s'apprécie au regard de la société française. Et c'est la reconnaissance de la pertinence de ces critiques qui avait conduit auparavant la Commission européenne des droits de l'homme à admettre ce rejet par les Pays-Bas : « Un Etat contractant ne peut être tenu en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme d'accorder une entière reconnaissance à la polygamie qui est en contradiction avec son propre ordre juridique »<sup>588</sup>. Nous sommes donc bien face à une question de morale sociale, question politique de laquelle découle la cohésion nationale, et non face à une simple question de droit international privé.

**208.** Les principales difficultés actuelles concernent cependant moins l'exercice de la vie familiale que la fondation de la famille. De ce point de vue demeure discutée la normalité de certains modes de vie comme étant compatibles avec la prise en charge d'enfants.

Tel est le cas pour les homosexuels, aussi bien quant à la garde de leurs enfants dans une procédure de divorce<sup>589</sup> qu'en ce qui concerne leur éventuel désir d'en adopter<sup>590</sup>. Le recours,

<sup>583</sup> Rapp. l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 décembre 1986, Johnston c/ Irlande.

<sup>584</sup> Cass. civ., 28/1/1958, Chenouni (Rev. Crit. DIP 1958 p. 110, note Jambu-Merlin ; D. 1958 p. 265 note Lenoan ; JCP 1958.II.10488 note Louis-Lucas).

<sup>585</sup> Ass., 11 juillet 1980, Ministre de l'Intérieur c/ Mme Montcho.

<sup>586</sup> Haut Conseil à l'Intégration, *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, Rapp. au premier ministre, mars 1992, Doc. fr.

<sup>587</sup> Décision du 13/8/1993, précitée.

<sup>588</sup> Déc. 14501/89, X c/ Pays-Bas, rapportée par V. Fabre-Alibert, *Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France*, RD publ., 1994, p. 1174.

<sup>589</sup> Pour certains juges, l'homosexualité est « immorale et incompatible avec l'exercice de l'autorité parentale » (CA Rennes, 27/9/1989) alors qu'une majorité de juridictions tendent à évacuer – officiellement – la question en prétendant

très critiqué, à l'adoption entre concubins homosexuels comme palliatif de l'absence de reconnaissance juridique de la vie commune <sup>591</sup> n'est pas sans influence sur l'absence de formulation d'une solution clairement perceptible.

De manière encore plus paroxystique se pose la question de la normalité familiale transsexuelle <sup>592</sup>. La Cour de cassation a longtemps refusé de voir dans le transsexualisme un motif de modification de l'état civil. La Cour européenne a été plus hésitante.

Dans un premier temps, la commission européenne avait semblé admettre des effets juridiques pour le transsexualisme <sup>593</sup>. Mais la Cour s'est engagée par la suite dans une voie périlleuse. Estimant que le mariage normal au regard de la Convention est le mariage entre personnes de sexes biologiques différents <sup>594</sup>, elle ne retient pas ce droit pour les transsexuels <sup>595</sup>. Or cette même Cour vient d'admettre le droit pour un transsexuel français d'obtenir la modification de son sexe sur les actes d'état civil <sup>596</sup>, jurisprudence sur laquelle s'est alignée l'assemblée plénière de la Cour de cassation <sup>597</sup>.

Même si la Cour européenne n'a pas entendu par là accorder au transsexuel un droit à se marier et à fonder une famille, les juridictions du fond, saisies, ne pourront éviter un débat sur la normalité, non plus du transsexualisme, mais de la famille transsexuelle. La chose risque d'être paradoxale, puisque, par exemple, l'admission de la modification de l'état civil aura pu avoir pour effet de rendre homosexuel un mariage s'il a été célébré avant cette modification. Qu'en sera-t-il alors au regard du mariage ou de l'adoption postérieurs à ce changement d'état ? Sur tous ces points, la normalité n'est pas, ou pas encore, arrêtée avec une précision telle que l'on puisse être assuré du contenu de la jurisprudence à venir.

**209.** C'est enfin la question de la bioéthique qui a ici une importance première, dont témoignent de multiples travaux en doctrine <sup>598</sup>. La biotechnologie rend possibles des moyens de fondation de la famille qui posent problème. La maternité pour autrui, parfois doublée d'une

accorder l'autorité parentale en fonction de l'intérêt de l'enfant. Mais cet intérêt s'apprécie *in concreto*, en tenant nécessairement compte du fait homosexuel et en portant donc une appréciation sur sa normalité. V. pour l'admission de cette homosexualité : CA Pau, 25/4/1991, D. 1993 p. 122 (sommaire commenté Wacongne).

<sup>590</sup> Jusqu'à présent, le contentieux de l'agrément à adoption n'a pas connu de tels litiges. Mais on peut estimer, en se fondant notamment sur la légalité de l'agrément à adoption accordé à un homme célibataire refusant la vie de couple, légalité liée à ce que l'intéressé « présentait des garanties suffisantes en ce qui concerne les conditions d'accueil qu'il était susceptible d'offrir à un enfant sur les plans familial, éducatif et psychologique » (24/4/1992, *Département du Loiret c/ T.*, annexe), que le débat se pose dans les mêmes termes que pour la garde d'enfants.

<sup>591</sup> Sur ce recours, V. : J. Hauser & D. Huet-Weiller, *La famille*, t. 1, LGDJ, 1993, p. 666 et s.

<sup>592</sup> V. sur la question : I. Bon, *Le transsexualisme, analyse de pratiques médicale et juridique*, thèse droit, Université Jean Moulin-Lyon 3, 1990.

<sup>593</sup> 13 mars 1979, D. van Oosterwijk c/ Belgique & 12 décembre 1984, Rees c/ Royaume-Uni (annexes).

<sup>594</sup> 17 octobre 1986, Rees c/ Royaume-Uni, Série A, N° 106 (annexe).

<sup>595</sup> Adde 27 septembre 1990, Cossey c/ Royaume-Uni, Série A n° 184 (annexe).

<sup>596</sup> 25 mars 1992, B. c/ France, Série A n° 232 (annexe).

<sup>597</sup> 11 décembre 1992, X c/ Proc. gén. Aix en Provence (annexe).

<sup>598</sup> Pour introduire le débat : *Pouvoirs* n° 56 (1991) *spécial bioéthique*.



parenté entre la mère porteuse et la compagne du père, la grossesse post-ménopausique, l'insémination *post mortem*, l'insémination avec sperme de donneur, ou les risques de politiques eugéniques notamment, obligent à dire au cas par cas ce qui est normal et acceptable et ce qui ne l'est pas. L'adoption de lois sur la bioéthique <sup>599</sup>, en énonçant les conditions dans lesquelles ces moyens pourront être mis en oeuvre, et en consacrant surtout l'existence d'une expertise éthique par le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé <sup>600</sup>, concourent à définir plus précisément la normalité culturelle, et à ne pas laisser le juge seul face au standard.

**210.** Derrière toutes ces questions transparaît bien une exigence politique fondamentale. Si la famille est devenue dans nos sociétés modernes, comme nous l'avons vu, un lieu d'intimité où les individus existent réellement, c'est alors assurément aussi le lieu où ils échappent au conformisme normatif qui les saisit dans l'espace social et politique comme citoyens ou comme personnes, et qui leur confère ainsi un statut. Ce conformisme et ce statut fournissent le ciment essentiel de la vie publique et sociale en démocratie : la détermination des normes *minima* fixant les conditions pour que cette vie soit possible (égalité juridique, garantie des droits de la personne, etc.). La protection de l'intimité se heurte alors à un problème essentiel dès lors que cette intimité pourrait générer des comportements ou des valeurs, individuels ou collectifs, susceptibles de remettre en cause le conformisme, et les valeurs qui l'inspirent. Derrière la définition d'une normalité culturelle pointe une exigence constitutive de l'Etat. A cet égard, l'abandon d'un modèle familial explicite ne peut pas être une réalité tangible. S'il est vrai que le modèle s'élargit à d'autres formes de vie familiale, pour que les fonctions soient assurées, il demeure une opposition indépassable dans l'Etat entre le *normal* et l'*anormal*, qui ne peut être sans incidence sur les formes familiales.

## B – Une normalité normative.

**211.** Le pouvoir et le devoir de définir la normalité confèrent au juge un choix politique direct dans l'activité normative. Comme l'indique Stéphane Rials dans sa thèse, le standard, qui est un instrument de mesure des situations en termes de normalité, « présente trois caractéristiques fonctionnelles essentielles [...] : il opère, en fait, sinon en droit, un transfert du pouvoir créateur de droit de l'autorité qui l'édicte à l'autorité qui l'applique ou, si ces deux missions sont assumées par la même autorité <sup>601</sup>, il contribue à réserver le pouvoir de cette dernière ; il assure trois

---

<sup>599</sup> Lois du 29/7/1994.

<sup>600</sup> D. 83-132 du 23 février 1983. Il n'est pas neutre que le législateur ait éprouvé le besoin de confirmer l'existence et le rôle de ce Comité à l'occasion de l'examen des questions de bioéthique : art. 23 de la L. 94-654 du 29/7/1994.

<sup>601</sup> Ce qui est le cas ici.

missions rhétoriques liées de persuasion, de légitimation et de généralisation ; il permet une régularisation permanente du système juridique » <sup>602</sup>. La normalité a donc ici une fonction normative.

**212.** Pierre Bourdieu a bien montré de manière générale que « la définition dominante, légitime, de la famille normale [...], repose sur une constellation de mots [...] qui sous apparence de la décrire, construit en fait la réalité sociale » <sup>603</sup>. Dire que tel comportement familial est normal ou anormal, admettre ou refuser comme valides au regard des exigences d'une société démocratique telle ou telle manifestation de la puissance étatique, n'est pas la résultante d'une simple observation des valeurs sociales, mais bien la prescription de certains comportements comme *devant être* le ou les modèles des comportements familiaux à suivre. Cela participe évidemment de l'objectif politique de la relevance.

Il n'est sans doute pas neutre d'observer qu'en matière familiale, la garantie d'un droit à la vie familiale normale intervient alors dans un double contexte anémique.

D'une part, on constate une absence de modèle familial dominant, et unanimement est dénoncée la dilution de la famille, en fait la dilution de la famille légitime au profit d'autres modalités de vie familiale (famille monoparentale, recompositions familiales, etc.). Il suffit alors de rappeler que la protection de la famille est considérée dans le Préambule de 1946 comme « un principe particulièrement nécessaire à notre temps » pour constater que cette reconnaissance normative entre dans une politique générale de l'Etat.

D'autre part, ce droit trouve de manière principale son terrain d'intervention concrète dans le « conflit culturel » lié à l'immigration, relevant alors de la problématique de l'intégration, c'est-à-dire d'une problématique sans doute culturelle avant d'être juridique.

Dans ces deux situations, la normativité de la normalité contribue à orienter les comportements dans un sens qui n'est pas celui « constaté » comme normal mais qui est surtout celui « souhaité » comme normal par l'autorité normative dans une conception de l'utilité sociale. Le réalisme politique, la nécessité de maximiser la norme, et de lui donner effet utile, oblige cependant à tenir compte des situations familiales de fait, pour orienter vers ce que l'on souhaite à partir de ce qui existe. Il s'agit bien alors d'une fonction constitutive d'une société en perpétuelle évolution, d'un enjeu interinstitutionnel pour l'Etat et la famille.

A cet égard peut se poser la question politique de la légitimité du juge à procéder à une telle orientation. Il faudrait, au fond, pouvoir faire le lien entre la discussion de la normalité familiale dans la sphère publique (politique, *media*, autorités morales, etc.) qui dégage la vérité éthique du moment, et le traitement de cette normalité par le juge. Mais d'un point de vue de compétence, la question est largement dépourvue de pertinence : le gouvernement des juges quant

---

<sup>602</sup> *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, 1978, p. 120.

<sup>603</sup> *A propos de la famille comme catégorie réalisée*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 100, 1993, p. 32.

à la normalité ne fait que suppléer l'absence d'une définition législative ou constitutionnelle de cette normalité familiale, qui n'est peut-être pas souhaitable car elle dépouillerait de sa mutabilité, et donc de son instrumentalité politique, le droit de maîtriser sa vie familiale. Et il est sans doute clair également que l'ensemble des contraintes, internes ou externes, liées au fonctionnement de l'ordre juridique, ou à la cohésion nationale elle-même et au contrôle social, contribuent à obliger le juge, dans une certaine mesure, à définir comme normal ce qui, dans l'ensemble, est politiquement et socialement considéré, d'un point de vue dominant tout au moins, comme tel. Il n'est à cet égard pas neutre de constater que, pour que l'idée d'oeuvre, cohésive de la Nation, puisse se réfracter dans les consciences des individus, et susciter leur adhésion, elle doit être suffisamment objective. On rejoint alors une idée largement développée par Léon Duguit à propos de la règle de droit générée par le milieu social : « la loi positive n'a aucune autorité par elle-même, elle n'acquiert cette autorité qu'à partir du moment où elle est conforme à la règle de droit générée par le milieu social »<sup>604</sup>. Comprise comme l'étalon du juste, pour indiquer quel doit être le sens de la norme « juste » et lier la juridicité à cet élément de justice et non à celui de l'autorité, cette idée est peut-être critiquable. Mais, en tant qu'elle décrit le mécanisme institutionnel du respect du droit comme instrument politique dans le champ social, les conditions de l'effectivité, et l'adhésion des individus aux règles de droit qui les contraignent, autrement dit leur acceptation d'un modèle qu'ils sont conduits à considérer comme légitime, elle est, en revanche, singulièrement lucide. Parce que l'ordre juridique se construit autour des valeurs de l'individu, il ne peut se constituer qu'en se référant à des valeurs que, d'une manière ou d'une autre, ces individus doivent faire leurs : tel est le cas de la conception de la normalité, qui ne peut être uniquement celle de telle autorité, mais doit ne pas trop s'éloigner de celle du milieu social<sup>605</sup>.

---

<sup>604</sup> Cité par J. A. Mazères, *Théories institutionnelles de la connaissance juridique*, cours de DEA de droit public, Université de Toulouse 1, 1994.

<sup>605</sup> Rappr. de ces courts développements les études plus approfondies de D. Lochak : *Le droit à l'épreuve des bonnes moeurs*, in CURAPP, Les bonnes moeurs, PUF, 1994, p. 15 et s. ; *Droit, normalité, normalisation*, in CURAPP, Le droit en procès, PUF, 1983, p. 51 et s.

### **§ 3 – Une liberté complète.**

**213.** Si ranger sa bibliothèque est, à en croire Jorge Luis Borges, le premier acte de critique littéraire, classer les droits de l'individu est pareillement oeuvre de théorie du droit, puisque la classification est fondée sur une conception déterminée du système juridique. Pour cette raison même, il ne saurait y avoir de classification universellement valable <sup>606</sup>.

Majoritairement, la doctrine accorde ses faveurs à une distinction principale entre des libertés, droits d'action (de l'individu) ou d'abstention (de l'Etat ou de tiers) voire de résistance (à l'Etat) d'une part, et des droits à l'obtention, ou droits-créances (sur l'Etat), ou droits-exigences d'autre part. La distinction a ses défauts <sup>607</sup>. On montrerait aisément qu'une telle classification fait peu de cas de l'origine nécessairement étatique de tous droits positifs. On conviendra également qu'elle introduit une dichotomie, qui n'existe sans doute pas dans la politique de l'Etat, entre l'abstention et l'intervention, oubliant, mais cela est lié à l'origine étatique des droits, que la reconnaissance d'un droit à l'abstention est une intervention. Malgré cela, cette classification a le mérite d'être opératoire dès lors qu'il faut rendre compte du mécanisme d'un droit, tel le droit à la vie familiale normale.

Celui-ci apparaît alors comme constituant une liberté, définissant une sphère, la famille, où l'individu est libre de se comporter comme il l'entend, dans les limites déjà mentionnées (fonctions familiales, normalité, ingérences valides, etc.).

Affirmer cette liberté n'est pas suffisant. Celle-ci doit notamment, pour être complète, être garantie, et une telle liberté fait alors peser des obligations sur l'Etat, afin de lui conférer un statut d'opposabilité. Ces caractères, qui permettent d'exiger de l'Etat des actions positives *pour la garantie de la liberté reconnue*, ne débouchent pas néanmoins sur un droit-créance : les

---

<sup>606</sup> Les classifications ont essentiellement une valeur relative, en fonction d'un objet et d'un angle d'étude. Tout droit est ainsi susceptible d'être classé de multiples manières. D'un point de vue prescriptif, on distingue entre droits naturels et droits positifs, ou entre droits formels et droits réels. D'un point de vue descriptif, les principales distinctions opposent, comme nous l'avons vu, les droits intangibles, pour lesquels aucune suppression n'est envisageable, aux droits conditionnels, dont l'exercice pourra être limité pour la préservation d'impératifs étatiques, et qui pourront subir des dérogations en cas de circonstances exceptionnelles ; les droits-abstentions aux droits-créances ; les droits fondamentaux, présents dans la Déclaration de 1789, aux droits qui n'auraient pas ce caractère puisque ultérieurs ; les droits civils et politiques aux droits économiques et sociaux (mais le Conseil constitutionnel utilise désormais l'expression « droit fondamental de valeur constitutionnelle », alors même que ce droit est postérieur à la déclaration, par exemple pour le droit de mener une vie familiale normale : Cf. 13/8/1993, Déc. 93-325 DC – annexe – et M. L. Pavia, *Eléments de réflexion sur la notion de droit fondamental*, Les petites affiches, 6/5/1994, p. 6 et s.) ; les droits et libertés collectifs aux droits et libertés individuels (V. pour une application : F. Julien-Laferrière, *La Constitution roumaine du 8 décembre 1991 ou le difficile apprentissage de la démocratie*, RD publ. 1993, p. 1217 et s. L'auteur considère alors qu'est un droit individuel le droit à la liberté familiale alors que la protection dont bénéficie la famille est un droit collectif) ; les droits subjectifs, reconnus par un juge, aux libertés civiles, dont le juge ne connaîtrait que les atteintes. De tous ces points de vue, il serait possible d'énumérer les droits familiaux. Dans l'absolu, une telle énumération ne revêt guère d'intérêt.

<sup>607</sup> Présentation claire et argumentée par Jacques Mourgeon, *Les droits de l'homme*, PUF, 1981, p. 9–12.

obligations de l'Etat tiennent à l'effectivité de la liberté reconnue, sans déborder sur la définition de la politique publique, et notamment de la normalité.

Relativement aisée à concevoir en théorie, et à comprendre au regard de la génération de ce droit, la distinction est plus délicate à pratiquer, d'autant que certains textes, tel le Préambule de la Constitution de 1946, paraissent ici très ambigus, et que la jurisprudence n'est pas toujours claire.

Il faut ainsi présenter ce qu'est l'opposabilité ici pour l'effectivité de la liberté (A), avant de voir que cette opposabilité est limitée à l'effectivité de la liberté et ne la transforme pas en droit-créance (B).

## A – Une liberté opposable.

**214.** Le droit à la vie familiale normale est consacré comme une liberté, comme une composante de la liberté individuelle. C'est ce qui résulte de la jurisprudence constitutionnelle. On pourrait, peut-être, reprocher au Conseil une rédaction quelque peu ambiguë, ne faisant pas précéder le droit de mener une vie familiale normale du vocable *liberté*, lui préférant celui de *droit* : « figurent parmi [les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle [...]] la liberté individuelle et la sûreté, notamment la liberté d'aller et venir, la liberté du mariage, le droit de mener une vie familiale normale ; [...] ». Logiquement cependant, il faut admettre que chacune de ces composantes est à son tour, et à la fois, composante de la liberté individuelle et de la sûreté, même si, s'agissant du droit de mener une vie familiale normale, le terme liberté n'est pas répété. De manière plus constructive, on peut s'interroger sur l'autonomie du concept de sûreté par rapport à celui de liberté individuelle. Il ne semble pas que l'un soit concevable sans l'autre : liberté et sûreté forment un couple indissociable. Il suffit pour s'en convaincre de se reporter à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui dans son article 2 fait de la sûreté, aux côtés de la liberté, de la propriété et de la résistance à l'oppression, un des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » ; ou à la Convention européenne des droits de l'homme, qui énonce en même temps dans son article 5 que « toute personne a droit à la liberté et à la sûreté ». C'est alors bien pour l'effectivité de la liberté qu'est garantie la sûreté <sup>608</sup>.

**215.** La sûreté appelle alors l'opposabilité.

Une liberté publique est opposable à l'Etat ; ce n'est là que sa vocation. En revanche, cette liberté n'est véritablement complète que si elle est aussi opposable aux tiers, c'est-à-dire si

---

<sup>608</sup> V. en ce sens les observations de L. Favoreu & L. Philip, *GDCC*, Sirey, 1993, spécialement p. 345 et s.

elle contraint l'Etat à intervenir pour aménager l'ordre juridique de telle manière que le bénéficiaire de la liberté puisse en profiter en toutes circonstances.

Le droit à la vie familiale normale connaît un tel aménagement. La Cour européenne a en effet estimé, de manière très solennelle, que la Convention doit être respectée par les particuliers dans leurs rapports avec les autres particuliers, et que l'Etat doit assurer, par des mesures positives, ce respect. En référence au droit allemand, où le mécanisme est développé, on parle alors de *Drittwirkung der Grundrechte* (effet des droits fondamentaux à l'égard des tiers).

C'est dans l'arrêt *Marckx* que la Cour a énoncé d'abord cet effet du droit à la vie familiale normale <sup>609</sup> : la Cour estime que la vie familiale englobe les relations entre proches parents, et qu'il appartient à l'Etat de traduire dans sa législation cette conception de la vie familiale (en l'occurrence, il est nécessaire que la législation reconnaisse la famille naturelle). Il ne suffit donc pas que l'Etat s'abstienne d'ingérence dans la vie familiale normale ; encore faut-il qu'il construise la relevance de telle manière que la famille normale soit un fait public, opposable aux tiers. Cette approche a été confirmée par la suite, en précisant clairement que cette obligation visait les rapports entre particuliers, et que pour que la Convention puisse s'appliquer à ces rapports, il était nécessaire que l'Etat prenne des mesures positives <sup>610</sup>.

Une telle opposabilité n'est que la conséquence du droit reconnu. En empêchant tout statut de la famille normale, l'Etat ne la protège pas, et commet en fait une ingérence indirecte, c'est-à-dire ne respecte pas la liberté de manière indirecte. Et nous verrons alors <sup>611</sup> qu'une telle ingérence serait éventuellement justifiable, le droit n'étant qu'un droit conditionnel. En cela, si l'opposabilité aux tiers est liée à la liberté, elle n'en change pas la nature, ne faisant peser que des obligations encadrées sur l'Etat. Elle n'ouvre pas ainsi la voie, au-delà du respect conditionnel de la sphère de liberté, au droit de l'individu d'exiger de l'Etat des comportements réellement positifs : de peser sur sa politique.

## **B – Une opposabilité limitée à l'effectivité de la liberté.**

**216.** Aux côtés de l'intimité familiale, que l'Etat doit s'abstenir autant que possible de troubler, et pour laquelle il doit éventuellement prendre des mesures positives, on s'est demandé si la protection de la famille n'offrait pas à l'individu un droit-créance sur l'Etat, c'est-à-dire si le droit à la famille normale pouvait être aussi le droit d'exiger de l'Etat les conditions matérielles, économiques, ou autres, permettant la réalisation de la vie familiale normale. Malgré un énoncé ambigu, la norme générique n'a pas intégré cette dimension, peu cohérente au regard de sa

<sup>609</sup> 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, Série A n° 31 (annexe).

<sup>610</sup> 26 mars 1985, *X & Y c/ Pays-Bas* (annexe).

<sup>611</sup> Chapitre suivant.

génération : admettre ce droit limiterait par trop les prérogatives étatiques, et nuirait *in fine* à ses fonctions politiques à l'égard de la famille.

**217.** L'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 dispose, comme nous l'avons vu : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Ce texte constitue incontestablement un énoncé juridique qu'on ne peut tenir pour uniquement programmatique <sup>612</sup>, parce que la notion d'énoncé juridique programmatique est critiquable.

On a pourtant affirmé pendant longtemps qu'il existait, au sein du droit en général, et du bloc de constitutionnalité en particulier, deux types de dispositions. Les unes seraient pleinement juridiques en ce qu'elles fixeraient des droits et des obligations à la charge de l'Etat ou des individus. Les autres seraient uniquement programmatiques ; elles n'auraient pas une valeur juridique mais se contenteraient d'affirmer les grandes lignes de la politique étatique. Il y aurait alors partition entre droit et idéologie, entre norme et politique.

Les dispositions du Préambule de 1946, même élevé au rang constitutionnel, seraient dans cette perspective, pour une large part, des dispositions de la catégorie des affirmations programmatiques. On a fait alors valoir qu'elles sont très imprécises et qu'elles ne postulent directement ni obligation pour l'Etat, ni droits pour les individus. L'alinéa 10 ne dérogerait pas à cette imprécision et ne serait donc pas normatif. La doctrine constatait ainsi avec Jean Boulouis que cet alinéa « est bien trop vague pour servir de référence à quelque sanction que ce soit » <sup>613</sup>.

Il n'est plus aujourd'hui possible de s'en tenir à une affirmation aussi tranchée.

Si le Conseil constitutionnel avait pu, dans un premier temps, laisser ouverte la possibilité d'une séparation entre dispositions du Préambule ayant valeur de droit positif et dispositions programmatiques, en estimant que la loi ne méconnaissait « aucune des autres dispositions ayant valeur constitutionnelle édictées par » le Préambule de la Constitution de 1946 <sup>614</sup>, on considère désormais qu'il refuse « de faire une distinction entre [les dispositions] et les considère toutes comme directement applicables » <sup>615</sup>.

Surtout, le concept de disposition programmatique renvoie à une conception figée de la norme, en ce qu'il différencie d'un côté un texte *a priori* normatif qui aurait immédiatement toutes les qualités pour s'appliquer, et de l'autre côté des dispositions qui, ne présentant pas ces caractères, ne pourraient être normatives, même après un traitement juridictionnel.

---

<sup>612</sup> Pour une présentation générale de la valeur normative de cet énoncé, Cf. M. Clapié, *De la consécration des principes politiques, économique et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps, études de droit public*, thèse, droit, Montpellier, 1992.

<sup>613</sup> *Famille et droit constitutionnel*, in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, T. 1, p. 153.

<sup>614</sup> 15 janvier 1975, Déc. 54 DC (annexe) : les mots « autres dispositions » accolés à « ayant valeur constitutionnelle » pouvaient faire supposer que seules certaines dispositions avaient cette valeur.

<sup>615</sup> L. Favoreu & T. Renoux, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, 1992, p. 35.

Si, comme nous l'avons considéré, la norme n'est pas une règle de conduite mais un modèle pour les actions les plus diverses des acteurs juridiques <sup>616</sup>, aucun énoncé juridique ne présente directement un caractère normatif. La règle de droit, quelle qu'elle soit, ne peut être qu'un texte, un discours juridique, qu'il appartiendra éventuellement aux acteurs de mobiliser. C'est cette mobilisation, en des formes particulières liées à la compétence juridique de certains acteurs (autorité législative, réglementaire ou juridictionnelle), qui transforme réellement l'énoncé en norme, c'est-à-dire qui, grâce à un fait de volonté, attache des effets de droit à l'énoncé.

Dès lors, en ce que toute norme est d'abord un discours, il ne saurait y avoir de distinction entre un discours normatif (c'est-à-dire un discours appliqué) et un discours programmatique (c'est-à-dire un discours non mobilisé).

Tout énoncé a vocation à être ainsi mobilisé. Il ne peut y avoir de différence qu'entre un énoncé non mobilisé mais susceptible de l'être et un énoncé appliqué, et non entre un énoncé appliqué et un énoncé inappliqué, qui voudrait dire inapplicable.

Tout énoncé juridique doit ainsi être considéré comme ayant nécessairement une fonction qui est à la fois politique et juridique, à la fois potentiellement normative et idéologique ou programmatique.

**218.** La question qui se pose alors n'est plus d'identifier la norme par rapport au programme, mais bien de déterminer le sens de l'énoncé dans l'opération normative.

La doctrine dominante oppose ici la règle au principe <sup>617</sup>. Les deux ont valeur normative mais la règle serait suffisamment précise pour être appliquée sans avoir à être interprétée, alors que le principe nécessiterait un acte pour le préciser. Sous une forme en apparence nouvelle, cette opposition nous semble relever de la même problématique que la distinction des dispositions normatives et des dispositions programmatiques. Tenant compte du pouvoir de l'autorité d'application, et particulièrement du juge, cette grille classique oppose, là encore, un texte qui serait appliqué sans acte de volonté <sup>618</sup> parce que précis (la règle) à un énoncé inapplicable directement et à partir duquel le juge créerait la norme (le principe).

En réalité, une distinction aussi tranchée nous apparaît illusoire.

D'une part, il semble bien que la norme n'existe que pour autant que l'énoncé est invoqué. Si personne ne veut prendre la norme pour modèle, on dira qu'elle est ineffective. Mais si aucune autorité normative ne prend en amont l'énoncé comme modèle pour une norme, alors la norme ne sera pas ineffective, car cette norme sera inexistante (énoncé « non normatif »). Ainsi faut-il, pour qu'il y ait norme, que le juge par exemple veuille par un premier acte de volonté se référer à cet énoncé afin d'en déduire ou d'en extirper la norme.

---

<sup>616</sup> V. titre précédent.

<sup>617</sup> V. par exemple B. Genevois, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel, principes directeurs*, STH, 1988.

<sup>618</sup> Ce qui signifie en substance qu'il y aurait norme dès l'énoncé, avant même sa mise en oeuvre par l'acteur juridique compétent.



D'autre part, la norme n'apparaît que formulée, plus ou moins bien d'ailleurs, par l'autorité normative. Il y a là un deuxième acte de volonté, conscient ou inconscient, peu importe, par lequel cette autorité va dire non ce que dit précisément l'énoncé juridique mais ce qu'elle croit qu'il dit ou ce qu'elle veut qu'il dise <sup>619</sup>.

Il n'y a donc pas à faire de différences entre norme et programme, ou entre règle et principe, dans les énoncés juridiques, mais bien à considérer d'une part ces énoncés pour ce qu'ils sont, un discours, et d'autre part les normes que les autorités compétentes tirent de ces énoncés.

Cela ne signifie pas que tous les énoncés aient une égale potentialité d'accéder à la norme.

Il peut manquer, par exemple, l'autorité normative susceptible de les appliquer. Tel est en général le cas des déclarations en droit international, qui sont alors programmatiques non parce qu'elles n'ont pas le caractère d'un énoncé juridique, mais parce qu'elles ne mettent pas en place une autorité pour les rendre normatives <sup>620</sup>. Ou alors l'énoncé limite lui-même les autorités susceptibles de l'appliquer : tel est le cas, par exemple, des conventions qui, comme la Charte sociale européenne, font de l'Etat à la fois le signataire et le garant de son application.

Ensuite, il est indéniable que des énoncés convaincront plus que d'autres, ou seront d'une invocabilité plus aisée que d'autres car ils sont en apparence moins équivoques ou plus consensuels. Mais il s'agit là d'un problème de discutabilité du discours juridique, inhérent à l'acte normateur, et en toute hypothèse, il faut cet acte de volonté pour que l'énoncé devienne la norme.

**219.** Parce qu'il s'agit d'un énoncé juridique, et non parce qu'il s'agirait d'un simple principe ou d'une affirmation programmatique, parce qu'il existe diverses autorités juridictionnelles compétentes pour s'inspirer de cet énoncé (Conseil constitutionnel, Conseil d'Etat, etc.), l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 a vocation à servir de modèle aux acteurs. Or, les autorités normatives qui ont, comme on l'a vu, interprété cet énoncé pour y voir une liberté, n'y ont pas vu matière à un droit-créance <sup>621</sup>. On aurait pourtant pu, un moment, le croire.

**220.** En effet, si le Conseil d'Etat a formulé, à partir des dispositions du Préambule, une norme en apparence autonome, le droit de mener une vie familiale normale, il n'a pas renoncé à se référer

---

<sup>619</sup> Cela n'est pas l'annonce d'un pouvoir discrétionnaire de l'autorité appliquant l'énoncé, du juge par exemple, comme feignent de le croire ceux qui critiquent trop rapidement les théories réalistes de l'interprétation. Des contraintes sociales, politiques, logiques, déontologiques, etc., pèsent sur l'autorité d'application, qui font que celui-ci n'aura peut-être pas de choix interprétatif. On veut simplement dire ici qu'en l'absence de cet acte d'application, donc nécessairement d'interprétation, et qui ne peut de ce fait être autre chose qu'un acte de volonté, l'énoncé est incomplet, et ne constitue pas une norme. Sur les impératifs liés à l'interprétation, Cf. A. Coulibaly, *L'interprétation dans le droit, (essai sur la rationalité juridique)*, thèse droit public, Toulouse, 1992.

<sup>620</sup> Sauf à un système juridique national ou une autorité de sa propre initiative de considérer cet énoncé comme mobilisable.

<sup>621</sup> V. section précédente.

directement à l'alinéa 10 sans passer par la médiation du principe général dégagé en 1978. Pour autant, cette référence n'apparaît pas comme détachable du principe général.

Dans un premier temps, en 1986, le juge administratif a intégré dans le bloc de légalité un « principe général en vertu duquel la Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit, notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle » <sup>622</sup>. On reconnaît ici sans peine, d'une part, l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946, et d'autre part, la première phrase de l'alinéa 11 <sup>623</sup> replacée dans le contexte de l'alinéa 10. Le tout serait apte à fonder un véritable droit-créance. Il semblerait donc ici que le Conseil ait procédé à la conciliation de deux dispositions constitutionnelles, pour autant qu'elles soient en opposition, afin de les appliquer. Mais telle n'est pas, formellement du moins, l'opération mise en oeuvre par la décision. En effet, le principe, ainsi formulé, est présenté par le juge administratif comme un « principe général », qui n'est à aucun moment rattaché de quelque manière que ce soit au Préambule de 1946. Voilà qui ne laisse pas d'étonner, si l'on veut bien se rappeler que par la décision GISTI précitée, le Conseil rattachait au Préambule constitutionnel une norme dont le moins qu'on puisse dire est qu'elle n'y apparaissait pas clairement <sup>624</sup>. Que le Conseil applique alors en 1986 une règle formulée dans des termes directement recopiés de ce Préambule, en affirmant qu'il applique un principe général sans plus de précision, et en tous les cas en s'abstenant de se référer au Préambule, est pour le moins curieux. Cela amène à se poser deux questions : le Conseil a-t-il appliqué deux normes de valeur différentes, une constitutionnelle, le droit à la vie familiale normale, et une autre de valeur différente, le droit-créance ? Et, si tel n'est pas le cas, a-t-il vraiment appliqué deux normes différentes, ce qui revient à se demander si, aux côtés de la liberté, existe un droit-créance. Nous allons voir que les deux questions appellent une réponse négative.

**221.** Des commentateurs avisés <sup>625</sup> ont estimé que le Conseil avait en 1986 dégagé, sur la demande des requérants, un « nouveau principe général du droit » <sup>626</sup> qui serait issu de « la convergence de textes » <sup>627</sup> législatifs, alors qu'il « paraît difficile de tirer du Préambule de la Constitution de 1946 un principe aussi précis » <sup>628</sup>. En conséquence, il s'agit « bien et exclusivement d'un principe général du droit de valeur législative » <sup>629</sup>. Une telle argumentation ne convainc pas totalement. Elle suppose en effet que le Conseil d'Etat se réfère à deux principes généraux distincts et d'inégale valeur. L'un, constitutif d'une liberté, serait tiré du texte du

<sup>622</sup> Sect., 6 juin 1986, Fédérations des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique (annexe).

<sup>623</sup> « [La Nation] garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs ».

<sup>624</sup> Ass., 8 décembre 1978, GISTI (annexe).

<sup>625</sup> M. Azibert & M. de Boisdeffre, *Chronique générale de jurisprudence*, AJDA 1986 p. 421 et s.

<sup>626</sup> *Ibid.*, p. 422.

<sup>627</sup> *Ibid.*, p. 423.

<sup>628</sup> *Id.*

<sup>629</sup> *Id.*

Préambule et aurait valeur constitutionnelle – valeur, il est vrai, qui pouvait être discutée avant la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993 –. L'autre, engendrant logiquement un droit-créance, serait déduit de l'ensemble des textes législatifs régissant les prestations familiales. Curieusement ce dernier, sans rapport avec le Préambule, serait formulé dans des termes pourtant très proches de ce Préambule, à l'inverse du premier. Pour ne pas être impossible, une telle distinction serait très artificielle, particulièrement en raison de la formulation même utilisée par le Conseil d'Etat.

En réalité, le juge administratif s'est référé, en 1986 aussi, au texte même du Préambule. Que le principe alors appliqué ait une valeur législative, ou plus exactement qu'il ait une valeur supra-décrétale, ne change rien à cela. D'une part, le juge administratif, contrôlant l'action administrative, ne se prononce pas sur la valeur des normes qu'il met en oeuvre dans l'absolu, mais bien relativement à un litige déterminé : tel est le cas ici lorsqu'il impose, par sa décision, à l'administration le respect d'une norme, c'est-à-dire lorsqu'il se réfère à une norme supérieure à l'acte administratif contrôlé. D'autre part, les principes contenus dans le Préambule appellent nécessairement des mesures concrètes de la part des autorités habilitées à les mettre en oeuvre : ils ne trouvent ainsi leur pleine mesure que grâce à une procédure complexe qui fait intervenir un acte d'application les réalisant (loi ou règlement en fonction du partage des compétences opéré par l'article 34 de la Constitution) et éventuellement un acte juridictionnel vérifiant que cette application ne dénature pas le principe. Cette fonction juridictionnelle conditionne la formulation jurisprudentielle. Il ne nous paraît donc pas nécessaire, et même il nous semble difficile, pour ces deux raisons, d'estimer que le Conseil d'Etat s'est engagé sur la voie d'une normativité autonome par rapport au droit à la vie familiale normale.

A l'appui d'une telle analyse, on peut à présent invoquer la jurisprudence ultérieure, tant du Conseil d'Etat que du Conseil constitutionnel.

D'abord, il faut rappeler que le droit à la vie familiale normale de l'arrêt GISTI a été reçu par le Conseil constitutionnel, qui lui a explicitement donné valeur constitutionnelle. A supposer que nous ayons affaire à deux normes distinctes, il faudrait alors estimer que ces normes ont valeur constitutionnelle pour celle qui semble la plus éloignée du texte du Préambule alors que celle issue du texte même aurait une simple valeur législative. Ce serait un paradoxe piquant qui confirme *a posteriori* notre analyse.

Surtout, le Conseil d'Etat lui-même a modifié sa formulation, et se reporte directement maintenant au texte constitutionnel de l'alinéa 10. C'est là un deuxième temps dans l'usage par le juge administratif de l'énoncé même du Préambule. Par une décision *Union nationale des associations familiales* de 1990, le juge du Palais-Royal a en effet estimé que, « eu égard à leur portée, les textes attaqués [modifiant les modalités de paiement des prestations familiales] ne sont pas contraires au principe exprimé dans le Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel la

Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement » <sup>630</sup>. Il n'est plus ici question de principe général mais bien d'une référence directe à l'énoncé constitutionnel, dans les mêmes conditions que celles développées par le Conseil constitutionnel lorsqu'il se réfère à un élément écrit du bloc de constitutionnalité. Certes, l'appréciation de cette référence doit être nuancée. L'arrêt n'émane ici ni de la section du contentieux, ni de l'assemblée du Conseil : il est alors difficile d'y voir un « grand arrêt », et la doctrine ne s'y est guère attardée. S'il est bien mentionné aux tables du recueil Lebon, publicité qui n'est jamais neutre <sup>631</sup>, ce n'est d'ailleurs pas à raison de ce contrôle de constitutionnalité. Malgré tout, la formulation est claire, et, avec les réserves qu'il est d'usage d'observer face à l'intuition que l'on a d'une norme naissante, et celles tenant aux débats concernant la place hiérarchique précise à accorder aux principes dégagés par le Conseil d'Etat, on peut être tenté de répondre par l'affirmative à Philippe Terneyre lorsqu'il se demande s'il est possible « de voir dans cette motivation l'affirmation d'un principe constitutionnel de référence en matière administrative » <sup>632</sup>.

**222.** Reste ainsi une deuxième question en suspens, la plus importante : si les normes issues de l'alinéa 10 ont toutes valeur constitutionnelle, combien y a-t-il de normes et quelles sont-elles ?

Il peut être tentant de suivre l'évidence et de considérer qu'à partir de l'énoncé constitutionnel, les juges ont dégagé deux normes, l'une fondant la liberté ou droit de mener une vie familiale normale, l'autre mettant à la charge de l'Etat l'obligation d'offrir à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Cette dichotomie trouverait alors plusieurs justifications : le fait que le Conseil constitutionnel n'a pour l'instant appliqué que la liberté ; la séparation matérielle de la liberté et du droit-créance dans le cadre du Conseil de l'Europe <sup>633</sup> ; la jurisprudence même du Conseil d'Etat, pour autant qu'on s'en tienne à l'explicite.

Mais on peut aussi douter d'une telle évidence pour au moins deux raisons.

D'abord, rappelons que la Cour européenne des droits de l'homme ne s'arrête pas, dans sa jurisprudence sur la protection de la vie familiale, à une conception stricte de la liberté : en admettant que le respect de la vie familiale des individus mette à la charge des Etats des obligations positives <sup>634</sup>, elle s'engage dans une approche complète de la liberté, qui peut, comme nous l'avons vu, exiger des prestations positives de l'Etat. Il n'y a donc pas d'obstacle théorique à

---

<sup>630</sup> 7 mars 1990, UNAF (annexe).

<sup>631</sup> Sur la signification de telles publications, V. les interventions au VII<sup>e</sup> colloque du CERCRIID, *Des décisions de justice à la jurisprudence*, Université Jean Monnet de Saint-Etienne, 24 & 25 septembre 1993.

<sup>632</sup> *Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, intervention au 1<sup>er</sup> Congrès français de droit constitutionnel, Strasbourg, 27, 28 et 29 septembre 1990.

<sup>633</sup> La liberté, nous l'avons vu, est garantie par la Convention européenne avec une protection efficace et spécifique alors que le droit-créance est visé par la seule Charte sociale européenne, qui n'est pas directement applicable. Sur ce point, Cf. M. Enrich Mas, *Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme*, *Affari Sociali internazionali* n° 1, 1992, p. 163 et s.

<sup>634</sup> 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique (annexe).

envisager que l'on puisse n'avoir qu'une seule norme opposable à l'Etat pour son abstention comme pour son action, dans ce dernier cas pour garantir l'abstention.

Ensuite, convenons qu'il est hasardeux d'estimer que l'obligation pour l'Etat d'offrir à la famille et à l'individu les conditions nécessaires à leur développement puisse concerner n'importe quelle situation familiale : un choix politique s'exprime dans les aides accordées, qui traduit la politique familiale de l'Etat, comme nous l'avons constaté. En cela, il est probable que l'application législative ou réglementaire de la norme constitutionnelle s'inspire directement d'une conception du développement normal de familles elles-mêmes normales. S'ouvre alors pour le juge appelé à vérifier cette application un contrôle du même type que celui pratiqué en cas d'ingérence dans la vie familiale.

Il semble bien ainsi que l'énoncé constitutionnel aux termes duquel la Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement ne consacre au profit de l'individu qu'un droit insaisissable, parce que, faisant glisser les obligations de l'Etat de l'abstention à la prestation, il porterait atteinte à l'efficacité de sa politique en figeant la relation interinstitutionnelle. Hétérodoxe dans cette perspective, cette technique du droit-créance conduit à considérer les obligations positives de l'Etat comme la simple résultante de la protection de la normalité familiale.

**223.** L'admission d'un droit-créance en matière familiale présenterait en effet la particularité de contraindre l'Etat à investir l'ensemble des sphères publique et privée, puisque aussi bien la famille rejaillit elle-même sur cet ensemble. C'est ainsi une protection généralisée qui pourrait être exigée de l'Etat. Mais c'est surtout une action totale de l'Etat qui serait justifiée, ce qui à terme pourrait remettre en cause les libertés individuelles, au fondement de l'Etat. Assurer à la famille les conditions de son développement doit en effet s'envisager en rapport avec l'ensemble de l'environnement familial. Si famille et Etat sont de ce point de vue deux institutions concurrentes et globales, c'est toute la politique de l'Etat qui revêt une signification pour la famille. C'est donc dire que c'est au regard de toutes les actions publiques que devraient être appréciées les garanties apportées par la Nation au développement de la famille <sup>635</sup>. Or à terme, si une telle conception était admise, c'est la notion même de famille en tant qu'instance de régulation sociale qui risquerait d'être remise en cause : si l'Etat a besoin des familles, ce n'est pas en tant que démembrement de l'Etat, mais bien en tant qu'institution originale, qui remplit des fonctions propres. Paradoxalement, à trop vouloir protéger les familles en les aidant ainsi, l'Etat leur porterait atteinte, en changerait la nature et le fonctionnement, et ne les mettrait certainement pas en situation de remplir des fonctions qui lui soient utiles, ne serait-ce que parce que les familles se dissoudraient ainsi dans l'Etat.

---

<sup>635</sup> Nous verrons dans la 2<sup>e</sup> partie ce qu'il en est alors de la politique effective de l'Etat.

**224.** Il semble bien, en définitive, que l'on doive renoncer à voir un droit-créance issu du Préambule de 1946 en matière familiale. La juridiction administrative a ainsi pu décider que des décisions importantes ne portaient pas atteinte à la norme constitutionnelle : dans l'affaire *UNAF*, le gouvernement avait pourtant, par l'effet des dates d'ouverture de droit, réduit d'un mois la durée de versement des prestations, et donc leur montant global ; dans l'affaire *Fédérations des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique*, l'Assemblée territoriale de Nouvelle Calédonie avait institué des conditions de ressources pour le versement des prestations familiales<sup>636</sup>. La norme constitutionnelle relève ainsi d'un objectif constitutionnel, que le gouvernement doit réaliser, et qui sert de modèle à l'appréciation de la constitutionnalité des normes, sans pour autant ouvrir à l'individu de droit spécifique, distinct et autonome de la liberté que cet objectif supporte. Cette appréciation procède alors d'une lecture globale des dispositions du Préambule de la Constitution de 1946, et, plus largement, du bloc des libertés constitutionnellement protégées, et refuse une approche séparée du développement de la famille d'une part, de celui des individus d'autre part<sup>637</sup>.

**225.** Mais il faut en tirer les conséquences et observer que si l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 détermine un objectif constitutionnel, il appartient aux juges, et en premier lieu au juge constitutionnel, de vérifier dans toutes les situations où il est appelé à intervenir que la législation ne porte pas atteinte à cet objectif. Cela conduit à une nécessaire conciliation de l'ensemble des principes et objectifs constitutionnels, qui est précisément l'exercice conceptualisé à propos de la liberté familiale. Il est dès lors tentant de considérer qu'il n'y a en l'espèce qu'une seule et même norme issue de l'alinéa 10 : le droit de mener une vie familiale normale. C'est ce que proposait par exemple Philippe Ardant, estimant que « le droit à une vie familiale n'est qu'un avatar plus concret du droit de la famille à son développement »<sup>638</sup>, même si la décision du Conseil constitutionnel de 1993 oblige maintenant à reformuler la proposition, en tenant l'avatar pour la norme.

**226.** L'alinéa 10 lui-même semble faire bénéficier de la même protection l'individu et la famille. Il ne saurait alors être question d'y voir des droits accordés au seul groupe, non plus qu'on ne pourrait en déduire des droits acquis pour l'individu parce qu'il vit en famille.

L'ensemble du Préambule, affirmant des principes « particulièrement nécessaires à notre temps », propose une conjugaison des droits de l'homme situé, c'est-à-dire d'un individu qui n'est pas uniquement théorique mais qui occupe une place dans la société : professionnelle ou familiale

---

<sup>636</sup> Il y a annulation partielle dans ces deux affaires, mais jamais en raison de la violation du principe constitutionnel.

<sup>637</sup> Une telle lecture est également faite s'agissant de l'ordre juridique européen des droits de l'homme. Cf. M. Enrich Mas, *Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'Homme*, *Affari Sociali internazionali* n° 1, 1992, p. 163 et s.

<sup>638</sup> *Rapp. français*, in Association Henri Capitant, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, T. XXXIX, Economica, 1988, p. 84.

(enfant, mère), par exemple. Il appartient alors au législateur, sous le contrôle du juge, de veiller à ce que la législation permette un égal développement de l'individu quelle que soit sa situation.

S'il est donc fait ici référence à la famille, c'est bien parce qu'aux yeux du Constituant, la situation familiale est une situation normale, qui contribue au développement de l'individu, et qu'il est de l'intérêt d'un Etat démocratique de favoriser. Mais si cette référence apparaît dans ces conditions, c'est-à-dire finalement tardivement dans la problématique démocratique, et dans un texte marqué par l'urgence d'analyser et de prévenir les causes qui ont conduit à la barbarie de la deuxième guerre mondiale et des totalitarismes, c'est parce que cette même famille n'apparaît plus avec évidence comme la norme sociale. A cet égard, même si les travaux préparatoires sont peu éclairants parce que finalement unanimistes s'agissant du principe de cette référence <sup>639</sup>, il paraît indéniable que la famille est mise en avant pour deux raisons complémentaires : encourager la natalité, la dépopulation française étant alors présentée comme cause de la défaite de 1940 ; structurer la société autour des institutions élémentaires, dans une perspective de lutte contre l'anomie.

**227.** De tels objectifs ne peuvent être réalisés que de deux manières.

La première, autoritaire, place l'objectif familial au-dessus de tout autre considération. Elle tend alors à dicter aux individus leur conduite familiale. Telle est la voie choisie par exemple par la Chine pour infléchir son inflation démographique <sup>640</sup>. Mais parce qu'elle affirme la supériorité de l'objectif familial sur tout autre, une pareille politique ne peut être conciliée avec l'intimité et les droits individuels. Une telle lecture de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 n'est pas possible, ni globalement, ni même en isolant l'alinéa puisque famille et individu sont placés dans le même statut.

La deuxième voie pour réaliser un tel objectif consiste pour l'Etat à ne pas faire obstacle aux attitudes familiales normales de l'individu. Cela signifie d'une part que l'Etat s'abstienne de s'ingérer dans la vie familiale des individus ; cela mobilise d'autre part une politique générale de l'Etat permettant que la liberté des individus en matière familiale soit effective.

---

<sup>639</sup> *Débat sur l'article 23 du projet de constitution*, 2<sup>e</sup> séance du 19 mars 1946, JO AN Constituante CR, p. 870 et s. & *Débat sur le 10<sup>e</sup> alinéa du projet de Constitution*, 2<sup>e</sup> séance du 29/8/1946, JO AN Constituante CR, p. 3405 et s. Il y a accord sur la protection de la famille, le débat achoppant, très vivement alors, sur la question de la famille légitime et de la mise en place d'un véritable statut pour celle-ci : en fin de compte, il s'agit de savoir si, aux côtés de la protection des individus (mère, enfant, etc.) et des situations familiales qui y sont attachées, la famille fondée sur le mariage a droit à une protection spécifique, et notamment si cette protection devra ou non exclure l'éventualité du divorce. La Constitution n'a pas limité sa protection à la seule famille légitime, alors que, quelques mois plus tôt, l'ordonnance de 1945 sur l'UNAF s'y arrêtaient (Cf. 2<sup>e</sup> partie). Mais, hormis quelques références en cours de débat sur le « droit à un habitat convenable » (19/3/1946, p. 876), ou à la représentation des familles auprès des pouvoirs publics – d'ailleurs cités mais non débattus –, rien dans les débats de 1946 ne permet de dégager un sens univoque du texte.

<sup>640</sup> Constitutionnalisation du planning familial (art. 49 al. 2 de la Constitution chinoise du 4/12/1982), etc.

**228.** Cette dernière politique est donc très largement laissée à la discrétion des autorités étatiques compétentes, pour autant que, positive ou négative, elle ne constitue pas une ingérence dans la vie familiale normale de l'individu.

Pour l'essentiel, la politique familiale alors menée dépasse l'objectif visant à garantir les conditions de développement de la famille tel qu'il peut être conçu dans une société démocratique. Quelles que soient ses justifications <sup>641</sup>, une telle politique, ou son éventuel abandon, ne saurait ainsi être directement et de manière autonome perçue comme une obligation de l'Etat dans une société démocratique ou un manque à ses obligations. Son invocation comme fondement d'un droit-créance à l'encontre de l'Etat semble alors vouée à l'échec.

En revanche, si cette politique n'est pas due juridiquement, et dépend de la volonté des pouvoirs publics, sa mise en oeuvre ne saurait se fonder sur la seule justification familiale : des mesures en ce sens doivent ne pas porter atteinte aux droits que tous les individus tiennent de la Constitution, qu'il s'agisse des droits familiaux ou des autres droits.

Cette politique s'inscrit donc à son tour dans l'impératif de normalité, puisqu'elle ne saurait profiter à la famille qu'autant que celle-ci puisse apparaître normalement favorisée dans une société démocratique. Le développement de la famille doit être garanti de manière normale : d'une part, les aides ne doivent pas être anormales, notamment quant aux discriminations établies entre catégories aidées et catégories non aidées ; mais, d'autre part, les formes de vie familiale considérées comme anormales peuvent être exclues de l'aide publique, et voir en conséquence leur développement susceptible d'être freiné.

**229.** On peut alors estimer que c'est très logiquement que les juges n'ont pas dégagé des énoncés constitutionnels un droit-créance distinct du droit individuel de mener une vie familiale normale. Dans les conditions déjà présentées, le droit constitutionnellement garanti n'est pas différent du principe constitutionnel garantissant à la famille les conditions favorables à son développement. Il y a là deux facettes d'un même principe, aux termes duquel l'Etat mène une politique visant à favoriser les formes et les fonctions familiales qui paraissent normales dans une société démocratique.

Ainsi caractérisé, le droit reste à concrétiser.

---

<sup>641</sup> V. 2<sup>e</sup> partie.



## SECTION 3 : UN DROIT GÉNÉRIQUE À CONCRÉTISER.

**230.** Dès qu'il convient de dire concrètement ce qu'est le droit fondamental de maîtriser sa vie familiale se pose une question d'identification.

Parce qu'il s'agit de « garantir une liberté, et non pas un ensemble de droits subjectifs entendus comme des pouvoirs limités définis par la loi positive, [il faut] admettre l'autodétermination du sujet et l'indice essentiel d'indétermination dont est marquée cette liberté »<sup>642</sup>.

Cette dernière rencontre alors certaines difficultés à affirmer son autonomie par rapport à des concepts, parfois également protégés, sans l'être toujours de la même manière, qui lui sont proches. Proposer de distinguer cette liberté de notions connexes est pourtant la première tâche à laquelle il faut s'attacher, tant d'un point de vue doctrinal que, surtout, d'un point de vue de droit positif, pour délimiter le champ de la protection (§ 1). Il est ensuite possible de dépasser l'aspect générique de la « vie familiale normale » pour saisir quelles en sont concrètement les composantes (§ 2).

---

<sup>642</sup> F. Rigaux & M. F. Rigaux, *La famille devant le juge constitutionnel et le juge international*, in Présence du droit public et des droits de l'homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, t. 3, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 1713.

## **§ 1 – Approches de la « vie familiale ».**

**231.** La manière dont la famille est inscrite par l'Etat démocratique dans l'intimité tend à rendre confuse la distinction entre vie *familiale* et vie privée. Surtout, le concept de *vie familiale* ne se confond pas strictement avec l'existence d'un lien juridique en droit étatique entre les membres de l'institution, et ne se limite pas à lui. Ainsi nous faut-il confronter la vie familiale à la vie privée (A) et aux liens familiaux (B)

### **A – « Vie familiale » et « vie privée ».**

**232.** Lieu par excellence de l'intimité, la vie familiale s'inscrit dans la sphère privée. Pourtant, elle n'est pas tout le privé, et, le dépassant par certains côtés, elle doit avoir une identité propre. Cette identité n'est toutefois pas toujours aisément perceptible.

L'article 8 de la Convention tend à définir au sens large un droit à l'intimité en protégeant dans les mêmes conditions la vie familiale, la vie privée, le domicile et la correspondance.

Ces quatre notions ne sont pas exclusives les unes des autres. A l'évidence, la plus large est celle de « vie privée ». Famille, domicile et correspondance peuvent, dans une large mesure, s'y retrouver. Néanmoins, alors que la vie privée semble définir une sphère d'intimité exclusive, la vie familiale, par certains côtés, déborde cette sphère, pour s'imposer comme un fait public : tel est le cas, par exemple, des actes juridiques ayant trait à la famille, soit qu'ils la concernent directement (filiation ou mariage notamment), ou qu'ils y soient rattachables (bail par exemple).

Si le domicile et la correspondance familiale bénéficient ainsi d'une protection très générale, il faut se demander si l'intimité familiale est protégée en tant que telle ou si, face à la généralité de la protection de la vie privée, la vie familiale renvoie à une réalité autre que la seule intimité collective.

**233.** Il semble bien, en fait, qu'il y ait ici deux questions connexes à concevoir.

En ce qu'elle est intime, la vie familiale est bien protégée comme mode de vie privée. Il n'y a pas ici de particularité tenant à la vie familiale quant à la protection des comportements ou des idées. Il n'y a pas non plus de comportements intimes qui ne seraient protégés que si l'individu les pratique en famille.

La généralité de l'article 9 du Code civil confirme cette application générale : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ». L'individu est protégé directement, dans la famille, et en tant qu'individu. C'est ainsi, par exemple, que même en situation familiale, l'individu exerce certaines

prérogatives qui lui sont personnelles, parce qu'elles touchent directement à sa vie privée. Le comportement sexuel, le droit à l'image, à l'honneur, au secret, trouvent ici une protection suffisante qui pourrait se passer de la liberté familiale. Cependant, les hésitations du Conseil constitutionnel à donner valeur constitutionnelle au droit au respect de la vie privée ne rendent pas sans intérêt, même sur ce point, l'existence d'un droit à la vie familiale autonome <sup>643</sup>.

Car, lorsque la vie familiale implique une spécificité, intervient une protection spéciale. Cette spécificité tient au fait que l'individu qui est protégé ne l'est pas seulement en tant qu'individu, mais bien comme individu inscrit dans le groupe familial <sup>644</sup>. C'est en cela que les juges administratifs et constitutionnels français ont pu rattacher le « droit de mener une vie familiale normale » aux « conditions de développement » de l'individu et de la famille. Et si certains auteurs ont considéré, par une interprétation littérale de la Convention européenne des droits de l'Homme, que la vie familiale devait s'entendre comme la seule intimité familiale <sup>645</sup>, la Cour a réfuté cette conception <sup>646</sup>, témoignant là encore d'une communauté de vue avec les juges nationaux.

**234.** La spécificité de la vie familiale tient alors au fait que le groupe familial dépasse la sphère privée des relations individuelles pour s'imposer comme un fait public, notamment parce que l'Etat lui reconnaît un statut juridique : un fait qui ne reste pas dans la sphère de l'intimité individuelle pour constituer une situation collective dont les tiers doivent tenir compte. C'est ce que l'on peut par exemple observer en suivant l'application par le Conseil d'Etat du concept de vie familiale au contentieux des étrangers.

Lorsque le Conseil annule un refus de délivrance de titre de séjour à un étranger marié à une ressortissante française qui attend un enfant <sup>647</sup>, ou la reconduite à la frontière d'un étranger marié en France à une compatriote en situation régulière et ayant d'elle des enfants nés en France <sup>648</sup>, ce n'est pas la vie privée des époux qui est en cause mais bien le fait familial, qui s'impose à l'Etat par le jeu des règles de filiation. Ce n'est pas seulement l'individu qui est ici protégé en tant que tel, mais l'ensemble des composantes présentes et futures de l'institution familiale : est autant protégé l'étranger rétabli dans ses droits, que l'enfant ou le conjoint. L'individu serait seul, il ne bénéficierait pas bien sûr de cette protection ; et surtout, l'institution familiale ne serait pas en danger, parce que, notamment, elle pourrait continuer à exister, ailleurs ou autrement, que le Conseil n'interviendrait pas pour censurer l'administration, comme nous le verrons.

---

<sup>643</sup> Cf. D. Rousseau, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, RD publ. 1994 p. 113-114.

<sup>644</sup> Le droit au changement de nom de famille est ici éclairant. Droit de l'individu, il touche à sa personnalité et à sa vie privée. Mais moyen d'identification, il doit être autorisé par décret et des membres de la famille peuvent s'y opposer (Cf. sect. CE, 9/12/1983, Vladescu, AJDA 1984 p. 81, chron. Lasserre & Delarue). La vie familiale se distingue alors nettement de la vie privée.

<sup>645</sup> Cf. T. Garé, *note* au JCP 1992-II-21885

<sup>646</sup> Cf. 23 juin 1993, Hoffmann c/ Autriche (annexe). Rapp. section 2 de ce chapitre.

<sup>647</sup> 13 mai 1992, Ndombe Eboa (annexe).

<sup>648</sup> Prés. de la sect. du contentieux, 15 avril 1992, Préfet de la Haute-Loire c/ Cifci (annexe).

**235.** Or, pour être clairement concevable, la distinction n'est pas toujours aisée à pratiquer, comme le montre une analyse de la jurisprudence.

Il semble que, pour le Conseil d'Etat, le fait familial n'est constitutif d'un fait public, et pris en considération à ce titre, que s'il est conforme à un modèle précis et restreint. C'est ainsi la famille légitime que la juridiction administrative paraît protéger. De ce fait, ne justifie pas d'une vie familiale l'étranger en instance de divorce avec une ressortissante française qui attend d'une deuxième ressortissante française un enfant adultérin <sup>649</sup> ; pareillement n'est pas protégée la famille monoparentale <sup>650</sup> voire la famille recomposée <sup>651</sup>. Il est vrai que de telles décisions, intervenant notamment en matière de police des étrangers, se réfèrent à des textes législatifs ou réglementaires qui, comme nous aurons l'occasion de le préciser, ne protègent la vie familiale de l'étranger que dans le cadre de la famille légitime strictement entendue <sup>652</sup>. Rien n'interdisait pourtant au juge administratif, sinon éventuellement sa propre jurisprudence, de vérifier la compatibilité de telles dispositions avec celles de la Convention européenne des droits de l'homme. Or, comme nous l'avons vu, parce que celles-ci sont évasives et susceptibles d'interprétations diverses, comme tout énoncé juridique, elles laissaient place malgré tout à la position stricte adoptée par le Conseil d'Etat.

Dès lors, très restrictive, cette position nationale est à l'opposé de celle retenue par la Cour européenne, qui tient essentiellement compte du lien familial quelle que soit sa forme juridique <sup>653</sup>. La Cour tend, elle, à protéger de manière systématique les étrangers de la deuxième génération dont la famille ainsi conçue réside en France <sup>654</sup>, particulièrement contre ce que l'on appelle « la double peine » <sup>655</sup>.

Or, de ce fait, la protection est étendue à des situations où n'est pas en cause de manière probante la vie familiale, en l'absence d'enfants par exemple <sup>656</sup>, et/ou parce que la famille

<sup>649</sup> Prés. de la sect. du contentieux, 14 février 1992, Préfet du territoire de Belfort c/ Sais (annexe).

<sup>650</sup> Sous-sect. réunies, 22 mai 1992, Madame Larachi (annexe). V. *contra* cependant du même jour Ministre de l'Intérieur c/ Mme Zine El Khalma (Rec. CE p. 1040 ; RFD adm 1992 p. 774) ; le Conseil semble ici compenser la famille monoparentale de la mère par le fait que les parents de celle-ci résident en France (famille légitime).

<sup>651</sup> Sect., 10 avril 1992, Minin (annexe). C'est certes la dangerosité du requérant qui explique la décision, mais comment alors interpréter l'argument surabondant selon lequel « M. Minin invoque son mariage avec une ressortissante française avec qui il a une enfant et qui avait déjà elle-même trois enfants » (nous soulignons) ? Et lorsque le Conseil d'Etat accorde toutefois à la famille naturelle la protection du droit, il précise, de nouveau par un argument surabondant, que la requérante, mère d'un enfant naturel, s'est depuis les faits « d'ailleurs mariée avec [son concubin] », ce que l'on peut interpréter comme la prise en compte au plan du droit administratif de la légitimation intervenue depuis les faits au plan du droit civil (dans le statut de l'enfant notamment) : Cf. Section, 13/5/1994, Mme Ben Youcef (annexe).

<sup>652</sup> V. § suivant.

<sup>653</sup> Par exemple vie familiale et divorce : 21 juin 1988, Berrehab c/ Pays-Bas

<sup>654</sup> 18 février 1991, Moustaquim c/ Belgique (annexe). Le Conseil d'Etat semble maintenant se rapprocher de la jurisprudence européenne sur ce point. V. : 13 mai 1992, Serend (annexe) ; 29 décembre 1993, Préfet des Yvelines c/ Mademoiselle Bali (annexe). Rapp. J. Y. Carlier, *Vers l'interdiction des étrangers intégrés*, RTDH 1993 p. 449 et s.

<sup>655</sup> Après avoir subi une condamnation pénale, l'étranger, l'ayant purgée, reçoit une deuxième sanction en devant quitter le territoire français sur décision administrative.

<sup>656</sup> 26 mars 1992, Beldjoudi c/ France (annexe).

retenue l'est dans un sens très large – notamment dans des hypothèses où le requérant est majeur et célibataire (et donc exclu des dispositions sur le regroupement familial des étrangers <sup>657</sup>), et vit séparé de ses parents, bien que ceux-ci résident en France –. La Cour tient en fait compte de l'absence d'attaches entre le requérant et son pays d'origine. Cette absence d'attaches est certes une absence d'attaches familiales, puisque les parents du requérant vivent souvent dans le pays européen considéré. Mais elle ne porte pas directement atteinte à une vie familiale existante dès lors, comme nous le verrons, que celle-ci est peu effective et pourrait éventuellement se poursuivre dans le pays d'origine. L'absence d'attaches tient en réalité à la personne même du requérant : elle est d'ordre culturel et son appréciation sur le terrain familial révèle une conception très extensive de la notion de vie familiale <sup>658</sup>.

La conception, large, de la Cour de Strasbourg illustre en réalité l'idée, souvent développée et défendue par cette Cour, que nombre de situations liées à la vie privée, comme les relations entre amants, les relations homosexuelles ou les relations d'amitié, s'imposent non seulement au titre de l'intimité individuelle, mais aussi comme faits publics, générateurs de situations collectives publiques, en l'absence de toute situation juridique fondatrice de la famille (filiation, voire mariage).

Cela contribue pourtant à rendre souvent très confuse la distinction vie familiale/vie privée. Il n'est pas impossible cependant que le droit continue à évoluer en ce sens et que les deux notions tendent à se rejoindre davantage, notamment parce que la protection de la vie familiale ne s'arrête plus systématiquement au fait juridiquement enregistré (filiation, mariage, etc.), pour s'attacher concrètement à la réalité des liens vécus.

## **B – « Vie familiale » et « lien familial ».**

**236.** Il ne suffit pas qu'il y ait un lien juridique familial entre deux individus pour qu'il y ait vie familiale <sup>659</sup>. Et à regarder au moins les familles recomposées, il est même possible que le lien ne soit pas nécessaire, du moins pas nécessairement direct. C'est qu'il faut surtout que la famille soit vécue effectivement. Même si le Conseil d'Etat, comme on vient de le voir, n'admet pas comme vie familiale à protéger des modes de vie qui s'éloignent d'une conception juridique étroite de la famille, l'effectivité de la vie familiale est prise en compte au-delà du lien juridique,

---

<sup>657</sup> Cf. *infra*, § 248 et s.

<sup>658</sup> Même si par ailleurs, mais c'est une autre question, cette jurisprudence est souvent la seule à pouvoir efficacement protéger les droits des étrangers ; en cela, elle est sans doute opportune.

<sup>659</sup> Rappr. O. Jacot-Guillarmod, *Les liens familiaux dans la jurisprudence de Strasbourg*, Recueil de jurisprudence neuchâteloise, 1980-1981, p. 79 et s.

ou malgré lui <sup>660</sup>. Et c'est même à cette effectivité que s'attache de manière immédiate la Cour européenne.

Il résulte en effet de l'arrêt Marckx que le lien familial peut tenir à des considérations de fait, alors même qu'elles ne sont pas reconnues par le droit <sup>661</sup>. En l'occurrence, il s'agissait de la filiation naturelle : sa non-reconnaissance par l'Etat est analysée comme une ingérence dans la vie familiale, c'est-à-dire que c'est l'Etat qui est sommé de justifier pourquoi le lien familial (filiation) n'est pas juridiquement reconnu. Cela signifie que la non-reconnaissance juridique du lien effectif doit être justifiée par l'Etat pour être valide ; tel n'était pas le cas en l'espèce, et depuis, la législation belge a évolué <sup>662</sup>.

A cet égard, la Convention européenne distingue nettement la vie familiale, qui est une situation effective (constatée), de la fondation de la famille et du mariage (article 12 de la Convention), qui est une aptitude juridique (capacité à établir des liens de droit si l'individu le souhaite par le mariage ou la reconnaissance de paternité ou de maternité) <sup>663</sup>. Cependant, en raison de sa volonté de donner un effet utile aux droits reconnus, la Cour n'introduit pas une coupure stricte entre les deux et nuance la distinction. Notamment, elle admet que, dans certaines situations où *a priori* elle ne constaterait pas l'existence d'une famille (par exemple en l'absence d'enfant), et « quoique l'article 8 présuppose l'existence d'une famille, toute vie familiale projetée ne sort pas de son cadre » <sup>664</sup>. Cela conduit la Cour, comme nous l'avons déjà vu, à assimiler l'état matrimonial à la vie familiale, c'est-à-dire à considérer que l'institution maritale, parce qu'elle peut être conçue comme une famille en devenir, puisse bénéficier, avant d'être devenue une véritable institution familiale, de la protection réservée à celle-ci.

**237.** Ce souci « utile », qui conduit à élargir parfois la protection, joue cependant contre les individus aussitôt que les ingérences envisagées par l'Etat n'empêchent pas toute vie familiale. Tel est le cas en matière de police des étrangers. Notamment, la Cour européenne ne considère pas que, sauf circonstances particulières (persécution, etc.), l'Etat soit dans l'obligation de respecter

---

<sup>660</sup> Par exemple : Prés. de la sect. du contentieux, 15 mai 1991, Préfet des Yvelines c/ Madame Tréheux ; 8 juillet 1991, Ministre de l'Intérieur c/ Debbouza ; 25 novembre 1991, Harres (annexes).

<sup>661</sup> 13 juin 1979, Marckx c/ Belgique (annexe) : comme nous l'avons indiqué, en l'espèce, la Cour estime que la vie familiale protégée par l'art. 8 de la Convention européenne doit être effective et peut résulter du mariage ou d'autres situations (filiation, liens de sang, etc.) ; elle englobe au moins les relations entre proches parents et son respect implique qu'il ne soit pas fait de différence entre enfants légitimes et naturels.

<sup>662</sup> Cf. également 26 mai 1994, Keegan c/ Irlande (annexe) : en l'espèce, la Cour estime à nouveau que la notion de famille ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage. Tout enfant, dès sa naissance et par le fait même de celle-ci, s'insère de plein droit dans une cellule familiale. Il existe entre l'enfant et chacun de ses parents un lien constitutif d'une vie familiale, quelles que soient les relations entre ces parents, et même si, non mariés, leurs relations avaient pris fin au moment de la naissance. Il appartient à l'Etat d'accorder dès la naissance de l'enfant une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille (Cf. Arrêt Marckx, *supra*) : pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale, même lorsque la relation entre les parents s'est rompue.

<sup>663</sup> V. par exemple l'admission du mariage des prisonniers, qui exclut une vie familiale effective : Déc. Commission, 13 décembre 1979, Hamer c/ Royaume Uni (annexe).

<sup>664</sup> 28 mai 1985, Abdulaziz et autres c/ Royaume-Uni (annexe).

le lieu de résidence choisi par les époux étrangers, et que le mariage l'oblige à délivrer aux deux conjoints un titre de séjour dès lors qu'il ne souhaite le délivrer qu'à un seul d'entre eux : ce refus ne porte pas atteinte à la vie familiale des requérants. Ainsi, parce que « les requérantes n'ont pas prouvé l'existence d'obstacles les ayant empêchées de mener une vie familiale dans leur propre pays ou dans celui de leur mari, ni de raisons spéciales de ne pas s'attendre à les voir opter pour une telle solution »<sup>665</sup>, l'effectivité de la vie familiale n'est pas remise en cause aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, et il n'y a pas lieu de s'opposer à l'acte étatique pour l'analyser en ingérence interdite.

Le Conseil d'Etat développe un raisonnement semblable<sup>666</sup>, même s'il tend à considérer parfois avec plus de sévérité que le juge européen des droits de l'homme les circonstances tenant à la nationalité française de membres de la famille<sup>667</sup>. Cela explique notamment que dans le cadre du contrôle de proportionnalité qu'il met en place entre la sauvegarde de l'ordre public et les atteintes à la vie familiale, il développe une jurisprudence plus favorable à l'intervention publique lorsque l'étranger se trouve en France depuis peu de temps<sup>668</sup>, et lorsque l'atteinte ne lui interdit pas de se prévaloir par ailleurs du regroupement familial, comme cela est le plus souvent le cas dans le cadre du contentieux de la reconduite à la frontière<sup>669</sup>.

On constate ainsi que l'exigence d'effectivité de la vie familiale ne remplit pas les mêmes fonctions dans la jurisprudence européenne et dans la jurisprudence administrative. Dans la première, elle permet d'accroître les situations de protection, en faisant prévaloir fréquemment l'effectivité sur les autres considérations, notamment juridiques (famille naturelle, etc.). Il semble bien que dans la seconde, en revanche, l'effectivité vienne au contraire limiter les situations protégées, particulièrement dans le contentieux des étrangers. Cette notion d'effectivité axe la protection sur l'appréciation concrète de la vie familiale normale, et appelle alors la présentation des éléments que cette dernière recouvre effectivement.

---

<sup>665</sup> *Id.*

<sup>666</sup> 8 juillet 1991, *Ministre de l'Intérieur c/ Faker* : vie familiale possible à l'étranger (annexe) ; 25 novembre 1991, *Harres* (annexe) & 24 janvier 1994, *M'Barki* (D. 1994.248 – somm. comm. Julien-Laferrière –) : vie familiale en France non prouvée par le requérant.

<sup>667</sup> Sect., 10 avril 1992, *Minin & Aykan* (2 espèces) ; Sous-sect. réunies, 22 mai 1992, *Madame Larachi* : la vie familiale d'une étrangère et de son enfant mineur de nationalité française pourrait se dérouler hors du territoire français (annexes).

<sup>668</sup> Cf. par exemple, CE, 8 avril 1994, *M & Mme Yalgin* : « il ne ressort pas, compte tenu de l'ensemble des circonstances de l'espèce, notamment de la durée et des conditions du séjour [...] que l'arrêté porte au droit au respect de la vie familiale une atteinte disproportionnée... » (*Jade*, req. 142277). Cette motivation tend à s'imposer comme un standard dans l'ensemble du contentieux sur la reconduite à la frontière notamment.

<sup>669</sup> Cf. le chapitre consacré à l'analyse de la jurisprudence administrative dans le *Rapp. du Conseil d'Etat pour 1992*, Doc. fr., 1993.

## **§ 2 – Éléments protégés de la vie familiale.** <sup>670</sup>

**238.** S'agissant d'un droit générique, le droit de mener une vie familiale normale constitue une mécanique d'ensemble qui demande à être précisée pour toute une série d'événements ou de prérogatives intervenant dans la famille. Il faut donc envisager ces situations, en essayant de préciser chaque fois qui bénéficie de cette liberté, et leur éventuelle spécificité au regard du statut du droit générique et de la liberté individuelle en général. Si, en effet, une intervention du législateur est nécessaire, sa validité au regard des conditions qui la justifient tiendra, de façon concrète, à la situation de la personne qui invoque le droit, et à la prérogative précise qu'elle entend mettre en oeuvre. On peut alors distinguer pour les besoins de la présentation trois moments de ce droit : celui de l'acte fondateur du couple parental, c'est-à-dire selon la Cour de Strasbourg de la famille projetée (A) ; celui réalisant la famille elle-même (B) ; celui enfin des relations familiales une fois la famille établie (C).

### **A – Le couple comme fondement de la famille.** <sup>671</sup>

**239.** Il est certain que couple et famille ne s'identifient pas, comme d'ailleurs l'a implicitement reconnu la Commission européenne des droits de l'homme en acceptant le mariage des prisonniers <sup>672</sup>. D'une part, on peut vivre en couple sans vouloir ou sans pouvoir fonder une famille. D'autre part, la famille peut exister sans le couple parental, et, même si elle naît généralement de ce dernier, elle survit à sa disparition <sup>673</sup>. Cependant, dans la conception prescriptive de la protection d'une vie familiale normale, la stabilité résultant de la présence du couple est favorisée : la normalité familiale est appréhendée, certes, en termes de fonctions, mais les fonctions appelant les « fonctionnaires », cette appréhension n'est pas malgré tout sans incidence sur les formes familiales. Cela résulte clairement de l'article 12 de la Convention européenne qui présente le droit au mariage comme droit de fonder une famille. Cela se retrouve dans d'autres énoncés juridiques, par exemple en matière d'associations familiales où le législateur qualifie de

<sup>670</sup> V. de manière générale la thèse de Marc Frangi (n. 471) et l'article de François Luchaire (n. 470).

<sup>671</sup> La question est généralement traitée par les manuels de droit de la famille. *Adde* : J. P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes, aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, 1993.

<sup>672</sup> Déc. Commission, 13 décembre 1979, Hamer c/ Royaume Uni (annexe). De manière générale, Rapp. M. Roger, *La famille du condamné détenu*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 325 et s.

<sup>673</sup> Cf. l'art. 286 C. civ. « le divorce laisse subsister les droits et devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants... ».



« familles » les groupes constitués sur le mariage et la filiation légitime ou adoptive <sup>674</sup>. Ainsi est-il impossible dans cette perspective d'ignorer le lien prescriptif qu'établit le droit entre le couple et la famille, quand bien même les acteurs individuels voudraient s'en dissocier. Le régime juridique de celui-là est conditionné par la volonté de protéger et de développer celle-ci. Logiquement alors, si ce lien n'a d'effet sur le couple de fait, le couple de concubins, que lorsque ceux-ci entendent quitter le domaine du fait pour se prévaloir, vis-à-vis de l'Etat, d'un statut juridique collectif, il n'en va pas de même s'agissant du mariage, c'est-à-dire du couple de droit, dont le statut est construit par l'Etat en tenant compte de ce lien.

**240.** S'agissant tout d'abord de l'union libre <sup>675</sup>, il faut dire qu'elle échappe par définition pour une large part au droit. Si elle est consentie par ceux qui la vivent, et si elle ne contredit pas des dispositions pénales (inceste, détournement de mineur, etc.), elle relève alors de la vie privée. La difficulté tient cependant à son statut public. Tant que les concubins n'entendent pas l'imposer comme fait juridique, elle se distingue nettement du mariage. Peu importe alors qui entend vivre en concubinage. Le concubinage n'est ni protégé ni garanti puisqu'il est ignoré, mais l'autonomie individuelle, qui est, elle, protégée et garantie, permet à quiconque le désire de le pratiquer.

La situation est, en revanche, plus complexe si les concubins veulent faire produire à leur union de fait des droits. La distinction avec le mariage est alors malaisée, et l'on a pu voir des juridictions refuser de voir un état de concubinage là où il ne pourrait y avoir mariage <sup>676</sup> : notamment en cas d'homosexualité. De nombreux textes sont cependant intervenus pour étendre expressément aux couples non mariés, hétérosexuels ou homosexuels <sup>677</sup>, un certain nombre de droits précédemment réservés aux personnes mariées <sup>678</sup>, qu'il s'agisse de droits sociaux <sup>679</sup> ou

<sup>674</sup> Art. 3 C. fam. Comme nous l'avons dit, ce texte est un texte très spécifique, et qui n'est pas exempt de contradictions, puisque notamment adhérent aussi aux associations familiales (et donc implicitement sont des familles) les couples mariés sans enfant et les personnes physiques ayant charge d'enfant. *Adde* l'étude *infra*, 2<sup>e</sup> partie.

<sup>675</sup> Pour introduire : J. Rubellin-Devichi (Dir.), *Les concubinages, approche socio-juridique*, CNRS, 1987.

<sup>676</sup> Cour d'Appel de Paris, 11/10/1985 & Cour d'Appel de Rennes, 27/11/1985, D. 1986 p. 380 (note Denis) ; Cass. soc. 11/7/1989 (Gaz. Pal. 13/4/1990, concl. Dorwling-Carter). Sur cette question, cf. D. Imbert, *Du droit à la différence*, in A. Jeammaud (Dir.), *Consécration et usage de droits nouveaux*, actes du colloque du CERCRID, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1987, p. 45 et s.

<sup>677</sup> Le Danemark a instauré un régime officiel de partenariat homosexuel qui joue comme un quasi-mariage (loi dite de partenariat inscrit, 7/6/1989). Les Pays-Bas et la Suède se sont également engagés dans cette voie. Des propositions ont été déposées par des parlementaires français en ce sens, sous la forme de Contrat d'union civile destiné à rendre publics et à faire produire des effets de droit à une communauté de vie, que celle-ci soit par ailleurs fondée sur des relations sexuelles ou non, et, dans le premier cas, que ces relations soient hétérosexuelles ou homosexuelles : PP L. Mélenchon, Sénat, 25/6/1990, n° 422 (partenariat civil) ; PP L. Autexier, AN 25/11/1992, n° 3066 & Michel, AN 21/12/1993, n° 880 (CUC). *Adde* : *Controverse, le contrat d'union civile*, Esprit, nov. 1993, p. 188-191 & J. M. Florand et K. Achoui, *Vers un nouveau modèle d'organisation familiale, le contrat d'union civile*, Petites affiches, 9/4/1993, p. 11 et s.

<sup>678</sup> Par exemple en matière de sécurité sociale pour tous couples (ou situations autres) dès lors qu'une personne quelle qu'elle soit vit à la charge effective et permanente d'une autre personne : L. du 27/1/1993, décret d'application du 27/3/1993, circulaire CNAM du 3/8/1993. Pour un commentaire de ces dispositions, Cf. X. Agostinelli, *Le concubinage homosexuel dans la loi DMOS du 27/1/1993 : le législateur a-t-il ouvert la boîte de Pandore ?*, RRJ 1994, n° 1, p. 121 et s.

<sup>679</sup> Cf. Y. Saint-Jours, *Le statut social du concubinage*, JCP éd. N. 1993 p. 138 ; X. Prétot, *Quelle famille est prise en compte dans notre système de protection sociale ?*, RD sanit. soc. 1991 n° 3 p. 482 et s.

d'autres droits <sup>680</sup>. Les juridictions ont de même admis que le concubinage hétérosexuel puisse produire des effets en matière de réparation civile ou administrative <sup>681</sup> ou en matière d'assistance-chômage <sup>682</sup>. On s'engage ainsi, d'une certaine manière, vers une reconnaissance publique de la vie de couple qui rapprocherait celle-ci de la forme, publiquement sanctionnée, du mariage <sup>683</sup>.

**241.** A l'inverse de l'union libre, celui-ci fait l'objet, quant à lui, dans ses aspects positif et négatif <sup>684</sup>, d'un statut juridique véritable. Il donne lieu à une liberté matrimoniale. Composante de la liberté individuelle, elle est cependant loin d'être absolue.

Droit fondamental à aménager par les lois nationales dans la Convention européenne <sup>685</sup>, le droit au mariage est consacré par le Conseil d'Etat comme garantie fondamentale accordée au fonctionnaire, garantie à laquelle seule une loi pourrait déroger <sup>686</sup>. Dans sa décision de 1993 <sup>687</sup>, le Conseil constitutionnel généralise le raisonnement : expression de la liberté individuelle, la liberté matrimoniale peut être soumise à des aménagements législatifs dans le but de la concilier avec d'autres objectifs constitutionnels, sous réserve que la liberté ne soit pas dénaturée. Permettre alors la suspension par les autorités de la cérémonie du mariage pendant trois mois, et sans recours, sous prétexte que ce mariage serait un mariage blanc, aurait constitué une telle dénaturation <sup>688</sup>.

Il existe ainsi toute une série de restrictions absolues (existence de lien de parenté proche) ou relatives (le mineur doit obtenir l'autorisation des parents, la personne mariée doit divorcer et

---

<sup>680</sup> Droit au maintien dans les lieux du concubin en cas de décès du locataire principal (art. 14 L. 89-462 du 6/7/1989), législation fiscale (Cf. 2<sup>e</sup> partie, titre 2, *infra*), etc.

<sup>681</sup> Ass. CE, 3/3/1978, Dame Müesser, Rec. p. 116 ; AJDA 1978.322 et 210 (chron. Nauwelaers & Dutheil de Lamothe) ; JCP 1978.II.18986 (concl. Dondoux).

<sup>682</sup> Cf. CE, 13/11/1991, Ministre du Travail c/ M. Schneider, RFD adm. 1993 p. 817 (note Chauchard).

<sup>683</sup> Cela n'est d'ailleurs pas s'en poser problème. Le concubinage résulte, pour faire court, de trois facteurs : l'existence d'une impossibilité à mariage (homosexualité, etc.), un choix délibéré de ne pas se marier, et une absence de perception des situations juridiques résultant du mariage et du concubinage. En faisant jouer des effets juridiques à l'union libre, on ne rend pas plus claire la perception de sa différence avec le mariage. On évite, en revanche, de poser directement la question des discriminations au mariage et on banalise l'union libre, choisie et voulue comme telle, en instaurant un régime juridique qu'elle avait précisément pour objet d'éviter. Que sont loin alors les vers d'un Brassens méfiant à l'égard des lois : « ne gravons pas nos noms au bas d'un parchemin » et les mots de Bonaparte, se méfiant pour sa part des concubins : « les concubins se passent de la loi, la loi les ignore ».

<sup>684</sup> Les conventions internationales rappellent opportunément qu'une telle liberté comprend le droit de se marier ou de ne pas se marier, ainsi que le droit de choisir librement son conjoint. Cf. par exemple : *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* (ONU, 16 décembre 1966), art. 10, (annexe).

<sup>685</sup> Art. 12.

<sup>686</sup> Ass., 18 janvier 1980, Bargain (annexe). V. l'opinion critique de F. Luchaire pour qui ce droit est reconnu à tous et ne peut subir aucune restriction, ni par décret, ni par la loi : *article cité* p. 259 (n.470). Opinion qui nous semble excessive parce que l'aménagement du droit implique des dérogations, comme l'étude du simple statut de droit civil du mariage le montre, et comme l'a rappelé depuis le Conseil constitutionnel : 13/8/1993, Déc. 93-325 DC (annexe).

<sup>687</sup> 13/8/1993, Déc. 93-325 DC (annexe).

<sup>688</sup> Disposition de la Loi Pasqua déclarée non conforme.

attendre éventuellement l'expiration du délai de viduité <sup>689</sup>, etc.) à l'exercice de cette liberté. Celles-ci relèvent du régime général du mariage en droit civil. Elles ne visent pas telle ou telle catégorie de personnes mais s'appliquent de manière indistincte à tous les mariages. Elles traduisent ainsi la conception du mariage et de la famille dans une société démocratique <sup>690</sup>. Cependant, des questions particulières demeurent discutées.

**242.** Tel est d'abord le cas de la question des sexes, question qui a une incidence directe sur la question familiale, au moins dans son acception biologique. Le Code civil ne dispose pas expressément que les époux doivent être de sexes différents. Néanmoins, cela résulte clairement de certaines références indirectes <sup>691</sup>. Une telle conception a été également retenue par la Cour européenne des droits de l'homme qui interprète strictement l'article 12 (droit de se marier et de fonder une famille). Pour la Cour en effet, le mariage protégé est « le mariage traditionnel entre personnes de sexe biologique différent » <sup>692</sup>. Un lien direct est ainsi fait entre mariage et procréation <sup>693</sup>, qui renvoie à la conception très classique de la famille légitime. Cependant, si cette conception exclut les homosexuels du droit au mariage, le régime des transsexuels semble évoluer. Bien sûr, la Cour continue à leur nier explicitement ce droit <sup>694</sup>, mais en permettant que soit modifié leur état civil afin qu'apparaisse leur sexe présent, permission qu'a entérinée la Cour de cassation <sup>695</sup>, elle crée une situation de droit dans laquelle le mariage des transsexuels, en France tout au moins, est garanti, sauf pour l'Etat à l'interdire expressément. Le Parlement européen est, pour sa part, intervenu pour demander à la Commission des communautés d'émettre une recommandation visant à « mettre un terme à l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques et équivalentes » <sup>696</sup>.

---

<sup>689</sup> Ce qui peut apparaître, pour partie, quelque peu archaïque, alors que la L. 94-653 du 29/7/1994 encadre strictement les possibilités dans le cadre d'une action tendant à l'obtention de subsides, ou à l'établissement ou la contestation de paternité, de recourir à l'identification par analyse des empreintes génétiques. Ainsi n'est-il plus si impérieux d'interdire le mariage pour s'assurer préventivement de la paternité de l'enfant éventuellement à naître dans les mois qui suivent le divorce. Surtout, l'utilité pratique d'une telle disposition semble bien illusoire au regard des comportements matrimoniaux et sexuels : l'interdiction du mariage n'empêche nullement la vie commune. Il semble bien alors que cette disposition, dépassée et relativement inutile, ne corresponde plus aux exigences pour la satisfaction desquelles l'Etat démocratique est habilité à encadrer le droit au mariage reconnu par l'article 12 de la Convention européenne.

<sup>690</sup> V. sur la signification de ces encadrements généraux de la liberté matrimoniale : M. Biegelmann-Massari, *Quand le code civil interdit les mariages et marie les défunts*, Droit et Société, n° 26, 1994, p. 155 et s.

<sup>691</sup> Art. 75 C. civ. : les personnes se prennent « pour mari et femme ».

<sup>692</sup> 17 octobre 1986, Rees c/ Royaume-Uni (annexe).

<sup>693</sup> Lien potentiellement très dangereux car si l'on va jusqu'au bout de cette logique, la liberté du mariage n'a à être garantie que si la procréation est possible : tel ne serait plus le cas pour des personnes stériles ou ménopausées. Ou alors il faut admettre que le couple marié peut fonder la famille par adoption, et l'exigence de sexes différents n'est plus une exigence biologique mais culturelle, qui ne peut limiter la liberté matrimoniale homosexuelle que de ce point de vue. C'est bien en fait cet objectif que poursuit la protection d'une vie familiale « normale », et qui imprègne la notion de mariage.

<sup>694</sup> 25 mars 1992, B. c/ France § 48 (annexe).

<sup>695</sup> Ass. plén. 11 décembre 1992, X c/ Proc. gén. Aix en Provence (annexe)

<sup>696</sup> Résolution adoptée le 8/2/1994 par le Parlement européen sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne. La résolution souhaite également garantir aux homosexuels le droit à l'enfant (dans le divorce, dans la procédure d'adoption, etc.).

**243.** Discutée aussi est la question des empêchements à mariage en raison de la situation de l'individu.

La Cour européenne n'a pas admis qu'un divorce puisse être prononcé accompagné d'une interdiction de remariage à l'encontre de l'époux considéré comme fautif car cela porterait atteinte à la substance même du mariage <sup>697</sup>. Cependant les juridictions françaises ont admis que des entreprises à tendance puissent légitimement restreindre cette liberté pour leurs employés <sup>698</sup>. Sans doute, l'option alternative que constitue pour l'employé la démission (et son corollaire, à savoir le licenciement non fautif s'il se marie malgré l'interdiction) fait que l'interdiction n'est pas absolue. Mais on peut s'interroger sur le caractère « normal » de subordonner à une autorisation (au moins indirecte) d'un employeur privé la liberté du mariage alors que le Conseil d'Etat sanctionne un tel système pour les fonctionnaires <sup>699</sup>. On peut également s'interroger, après que le Conseil constitutionnel a donné valeur constitutionnelle à cette liberté du mariage, sur le possible maintien d'une jurisprudence judiciaire qui autorise ainsi à limiter une liberté par contrat <sup>700</sup>. Il ne nous semble pas que ce maintien puisse être valide : seul le législateur paraît maintenant susceptible d'apporter une limitation à la liberté du mariage ; et encore cette limitation ne doit-elle pas être excessive aux regards des exigences du Conseil constitutionnel. Il est probable qu'une habilitation législative très large, qui permettrait à l'employeur de restreindre trop aisément la liberté de mariage (ou de remariage, ce qui, dans notre droit laïque est équivalent), serait sanctionnée par le juge constitutionnel, au moins partiellement et à condition qu'il soit saisi, comme cela a été le cas à propos de l'habilitation donnée en la matière aux autorités judiciaires <sup>701</sup> ; cela n'interdit pas néanmoins au législateur de limiter cette liberté, comme en fait foi justement cette habilitation.

En effet, malgré la vigilance du juge constitutionnel, et malgré la vocation du juge judiciaire à garantir la liberté individuelle, il est clair que ce sont ces autorités judiciaires qui sont en mesure de porter à la liberté matrimoniale des atteintes les plus sévères <sup>702</sup>. L'officier d'état

<sup>697</sup> 18/12/1987, F. c/ Suisse, série A n° 128 (Berger p. 198).

<sup>698</sup> Cass. Ass. plén., 19 mai 1978, Dame Roy c/ Association pour l'éducation populaire Sainte-Marthe (annexe). La L. 92-1446 du 31/12/1992 a modifié le Code du travail afin que, dans les relations de travail, il ne soit pas apporté aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives, des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir, ni proportionnées au but recherché. Ce texte laisse ouverte la possibilité de restriction, mais l'encadre strictement. Préalablement, les juridictions avaient estimé que le principe introduit par la loi de 1992 constituait un principe général du droit du travail.

<sup>699</sup> Arrêt *Bargain* précité (n. 686).

<sup>700</sup> Rappr. des observations critiques que formulait P. Ardant en 1978 en annotant l'arrêt Dame Roy c/ Association pour l'éducation populaire Sainte-Marthe (D. 1978.541) : si la liberté du mariage est une liberté publique, il ne peut lui être apporté de limitations par un contrat.

<sup>701</sup> 13/8/1993, Déc. 93-325 DC (annexe). *Adde* : S. Duroy, *Le contentieux des actes d'état civil*, RD publ. 1993 p. 1711 et s.

<sup>702</sup> Le rapport annuel de la Commission nationale consultative des droits de l'homme pour 1993 (*La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Doc. fr. 1994) contient de nombreux exemples de telles atteintes. La Commission considère que les étrangers sont enfermés dans « un cercle vicieux » quant à leur possibilité de fonder une famille, et de mener une vie familiale, alors même que le fait qui leur est reproché est simplement celui de l'irrégularité du séjour sur le territoire

civil peut, en cas de doute sur la réalité du consentement au mariage <sup>703</sup>, saisir le procureur de la République. Celui-ci peut faire opposition au mariage dans les 15 jours, ou décider de surseoir à la cérémonie pour un mois. Sa décision doit être motivée et il existe pour les demandeurs un droit de recours contre le sursis devant le président du tribunal de grande instance qui doit statuer dans les 10 jours. Le mariage ne peut être célébré tant que le procureur n'a pas rendu sa ou ses décisions, à moins que n'expirent les délais.

Issues de la deuxième loi Pasqua sur l'immigration <sup>704</sup>, ces dispositions, qui visent très clairement les mariages en présence d'étrangers, seront en pratique dépendantes tant de la conduite des officiers d'état civil, qui prennent l'initiative de saisir le procureur, que de la jurisprudence qui va se mettre en place. Il est à craindre, en raison des délais laissés au procureur et au président du tribunal (délais d'autant plus courts en réalité que le nombre des contentieux serait important) une systématisation de la tendance à considérer comme suspects certains mariages. Dès lors que l'on ne mettra pas un gendarme dans chaque chambre à coucher <sup>705</sup>, sur quels éléments se fonder ? Les pratiques antérieures à la loi Pasqua ont montré que les éléments « objectifs » <sup>706</sup> (nationalité, origine ethnique ou religieuse, etc.) jouaient autant que l'analyse des motivations des futurs époux. Surtout, la possibilité de mettre à profit cette suspension de la cérémonie pour reconduire à la frontière ou expulser un étranger en situation irrégulière pourrait considérablement anéantir le droit au mariage (et ce qui en est logiquement la suite, le droit au regroupement familial) de cet étranger et de son conjoint désiré, qui peut être français, alors même que ce mariage ne serait pas de pure complaisance <sup>707</sup>.

C'est alors en multipliant les obstacles à la constitution de la famille que l'Etat se dispense d'avoir à respecter la vie familiale. On y verra la preuve que, même répondant à deux logiques différentes, couple et famille restent indissolublement dépendants : le statut de l'un conditionne en partie celui de l'autre.

---

français, ne mettant en cause « ni les biens ni la personne d'autrui ». Le fait est délictueux, certes, mais son « caractère [est] relativement anodin », et sa sanction ne doit faire l'objet que « d'une priorité secondaire » (p. 349). Cette évidence, juridique autant que policière, doit être rapprochée de la valeur constitutionnelle du droit au respect de la vie familiale. Il ne fait aucun doute que les juridictions européennes des droits de l'homme, saisies, feront le rapprochement, et en tireront les conséquences par rapport au § 2 de l'article 8 de la Convention.

<sup>703</sup> En fait au consentement à la vie maritale.

<sup>704</sup> 93-1417 du 30/12/1993, art. 175-2 nouveau du Code civil.

<sup>705</sup> Et encore faudrait-il admettre que la cohabitation est un élément de la vie maritale, admission difficile au regard des pratiques urbaines actuelles (il suffit pour s'en rendre compte de se reporter au nombre de logements occupés par des personnes seules disant par ailleurs être engagées dans une relation maritale). Or, même le Code civil n'en demande pas tant dans son art. 108 : « Le mari et la femme peuvent avoir un domicile distinct sans qu'il soit pour autant porté atteinte aux règles relatives à la communauté de vie ». Et par ailleurs, en admettant le droit au mariage des prisonniers, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement montré que l'élément de cohabitation n'était pas indispensable dans le mariage, et que d'autres considérations, sans doute plus difficiles à apprécier par une autorité extérieure, parce que subjectives et relevant de la conscience plus que du comportement, avaient leur importance : Cf. Déc. Commission, 13 décembre 1979, *Hamer c/ Royaume Uni* (annexe).

<sup>706</sup> Objectifs parce qu'ils ne tiennent pas au comportement du sujet, ce qui ne veut en aucun cas dire légal ou admissible. Au contraire, la protection de l'individu requiert en cette hypothèse la plus grande subjectivité.

<sup>707</sup> V. sur ces points le commentaire de F. Julien-Lafferrière, *Le mythe de l'immigration « zéro »*, AJDA 1994 p. 83 et s.

## B – Le droit d’avoir une famille.

**244.** Cette question recouvre deux problèmes complémentaires : d’une part, existe-t-il pour l’individu un droit à l’enfant, lui permettant de fonder une famille ? D’autre part, existe-t-il pour l’enfant un droit à avoir des parents ?

**245.** En ce qui concerne le droit à être parent, une distinction doit être faite selon la voie par laquelle on entend accéder à la parenté.

Si l’on s’en tient à la voie biologique naturelle, toute restriction à ce droit ne peut apparaître que comme une mesure d’eugénisme ou de planning familial<sup>708</sup>, difficilement compatible avec les exigences d’une société démocratique. Cependant, on a pu se demander, puisque l’enfant est issu d’un couple, si le droit appartenait aux deux individus formant le couple, ou à la seule femme qui porte l’enfant. C’est cette dernière solution que consacre le droit.

La question s’est essentiellement posée de manière négative à propos de l’interruption volontaire de grossesse. Le Conseil d’Etat a estimé que la femme majeure apprécie seule si son état justifie que soit pratiquée l’IVG<sup>709</sup>. La Commission européenne des droits de l’homme a retenu la même solution<sup>710</sup>. A l’évidence, une telle solution trouverait également à s’appliquer au droit d’utiliser ou non des moyens contraceptifs. D’un point de vue positif, il semble pareillement que la décision de procréer échappe en partie à l’homme.

Une telle orientation du droit a été critiquée<sup>711</sup>. Elle nous semble pourtant dictée par un réalisme certain<sup>712</sup>. Comment obliger une femme à porter un enfant sans nier sa personnalité ? Comment admettre une action en justice d’un homme parce que sa compagne aurait ou n’aurait pas pris, contrairement peut-être à ses dires, un moyen contraceptif ? Le droit ne gagnerait rien à

---

<sup>708</sup> Cf. par exemple l’art. 49 al. 2 de la Constitution chinoise du 4/12/1982.

<sup>709</sup> 31 octobre 1980, M. L. (annexe).

<sup>710</sup> Déc. Commission, 13 mai 1980, X c/ Royaume Uni (annexe). De plus, dans une affaire assez ancienne, la Commission avait estimé que la décision de stériliser une femme, avec son consentement, et pour des raisons médicales, ne portait atteinte à aucun des droits que le mari tenait de la Convention. La commission ne faisait cependant pas référence par là au droit à la vie familiale normale mais au droit à la vie (art. 2 de la Convention), et à la protection contre les tortures et traitements inhumains ou dégradants (art. 3) : Commission européenne des droits de l’homme, 4/10/1962, Req. n° 1287/61 (décision inédite en français).

<sup>711</sup> Cf. par exemple l’article de J. B. Geffroy (n. 533).

<sup>712</sup> Admis très généralement par les juges, comme en témoigne la position de la Cour suprême des Etats-Unis. Cf. R. Pinto, *La Cour suprême américaine et l’avortement*, RD publ. 1993, p. 907 et s.

s'engager sur une telle voie <sup>713</sup> et à nier un ordre intérieur dans le couple qu'il n'appartient qu'aux partenaires de déterminer, en tenant compte d'une puissance de fait.

S'agissant ensuite de la voie adoptive, la solution est plus simple <sup>714</sup>. Il n'existe ici aucun droit à adopter un enfant. La décision est judiciaire et doit tenir compte de l'intérêt de l'enfant et des droits éventuels de la famille biologique. Préalablement à l'adoption même, les candidats adoptants doivent avoir été agréés par l'administration <sup>715</sup>. Même si le Conseil d'Etat exerce sur cet agrément un contrôle entier <sup>716</sup>, il demeure que le mécanisme interdit que l'on y voie un droit ou une liberté pour les individus. C'est ainsi par exemple qu'un tel agrément a pu être refusé à des candidats s'étant reconnus adeptes des Témoins de Jéhovah, car la doctrine qu'ils professent en matière médicale n'est pas apte à garantir la santé de l'enfant <sup>717</sup>.

Concernant enfin les procréations assistées, il semble nettement qu'il n'y a pas de droit reconnu. Cependant, la situation diffère, là encore, en fonction des candidats. Ces modes de procréation sont un substitut de la procréation naturelle. Les CECOS <sup>718</sup> l'avaient ainsi fait valoir pour n'autoriser la procréation assistée qu'aux seules personnes en situation d'avoir des enfants : couple marié ou concubins hétérosexuels stables. La loi sur la bioéthique confirme cette approche en considérant que « l'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un couple » et en visant sous cette expression « un homme et une femme vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans » <sup>719</sup>. C'est qu'ici aussi, comme en matière d'adoption, l'intérêt de l'enfant prime. Dès lors que d'autres situations ne correspondent pas à une situation familiale « normale » (demandeur célibataire, couple homosexuel, etc.) aux yeux de la société, l'intérêt de l'enfant est invoqué pour faire obstacle à la prétention d'éventuels parents <sup>720</sup>.

Si l'on doit donc reconnaître un droit à être parent, un tel droit ne profite en définitive qu'à la femme et selon les modalités naturelles de procréation. Convenons alors que, de fait, il est absolu.

---

<sup>713</sup> Il peut être intéressant d'ailleurs de rappeler ici la conséquence de cette liberté reconnue à la femme : elle n'est pas constitutive d'une faute que pourrait sanctionner un divorce. A l'inverse, le refus des relations sexuelles dans le mariage peut permettre qu'en soit prononcée la nullité. Archaïsme de dispositions datant d'avant la contraception ?

<sup>714</sup> Sur l'adoption, V. : J. Rubellin-Devichi, *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption*, D. 1991, chron. XLI p. 209 et s. ; A. Thévenet, *L'aide sociale aujourd'hui après la décentralisation*, Editions ESF ; P. Verdier, *Nouveau guide de l'aide sociale à l'enfance*, Le Centurion

<sup>715</sup> Art. 63 C. fam. ; D. 85-938 du 23/8/1985. Pour les enfants étrangers, art. 100-3 C. fam.

<sup>716</sup> Sect., 4 novembre 1991, Epoux H. (annexe).

<sup>717</sup> CE, Sous-sect. réunies, 24 avril 1992, Département du Doubs c/ époux F. (rendu sur conclusions contraires ; infirmation du jugement du tribunal administratif – annexe).

<sup>718</sup> Centres d'études et de conservation des oeufs et du sperme.

<sup>719</sup> Art. L 152-2 du Code de la santé publique, inséré par la L. 94-654 du 29/7/1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal. Le Conseil constitutionnel ne s'est pas estimé compétent pour remettre en cause l'appréciation législative au regard des techniques et des connaissances actuelles (*Déc. n° 94-343-344 DC* du 27/7/1994).

<sup>720</sup> Cf. cependant la résolution du parlement européen (citée note 696) qui souhaite garantir aux homosexuels le droit à l'enfant (dans le divorce, dans la procédure d'adoption, etc.).

**246.** Le droit de l'enfant à la famille est, lui, plus clairement reconnu <sup>721</sup>. Mais il faut une fois encore nuancer l'affirmation par un examen de ses différentes significations.

Ce droit à la famille ne garantit pas nécessairement un droit aux parents biologiques. La loi du 8 janvier 1993 a bien établi, pour ensuite certes le nuancer fortement, un « droit à la filiation » <sup>722</sup> ; et la Convention sur les droits de l'enfant confère à ce dernier le « droit de connaître ses parents dans la mesure du possible ». Mais cette possibilité tient en réalité à l'opportunité et au respect des droits parentaux : « la paix des familles et le secret des origines demandé par la mère l'ont emporté sur le droit de l'enfant à la connaissance de sa véritable filiation » <sup>723</sup>. La filiation incestueuse peut ainsi être établie uniquement à l'égard d'un seul des deux parents <sup>724</sup>, la recherche de la paternité naturelle ne sera établie en justice que s'il existe des présomptions ou indices graves de sa réalité <sup>725</sup>, et la recherche de la maternité naturelle sera interdite si la mère a souhaité accoucher « sous X », faisant obstacle au droit de l'enfant à connaître ses parents biologiques <sup>726</sup>. Il en va de même pour l'enfant abandonné et confié aux services de l'Aide sociale à l'enfance, une fois écoulé le délai de réflexion laissé à la mère (trois mois) <sup>727</sup>.

En revanche, tout enfant dispose d'un droit à une famille, qui sera autant que possible sa famille biologique <sup>728</sup>. C'est ainsi que doit être interprétée la notion d'intérêt de l'enfant. Elle implique notamment que tout soit fait pour que l'enfant n'ayant pas de famille puisse être adopté, afin de lui en fournir une, qui soit objet et cadre de ses droits familiaux.

Dès lors que cette famille existe, elle doit ainsi pouvoir être vécue.

## C – Le droit aux relations familiales.

**247.** C'est en fait la question qui a retenu le plus l'attention parce qu'elle recouvre des aspects permanents pour la vie de chacun.

---

<sup>721</sup> En premier lieu par la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant, mais aussi par la jurisprudence européenne (Cf. arrêt Marckx).

<sup>722</sup> F. Moneger, *La loi du 8 janvier 1993 et les droits de l'enfant*, RD sanit. soc. 1993 p. 223 et s.

<sup>723</sup> *Id* p. 226.

<sup>724</sup> Art. 334-10 C. civ.

<sup>725</sup> Art. 340 C. civ.

<sup>726</sup> Art. 341-1 C. civ. Sur ces points, V. F. Granet, *L'établissement judiciaire de la filiation depuis la loi n° 93-22 du 8/1/1993*, D. 1994. 20 ; J. Vassaux-Vanoverschelde, *Le droit de l'enfant à sa famille dans la loi du 8/1/1993*, ALD 1994.4.

<sup>727</sup> Cependant, si les parents biologiques n'ont pas expressément demandé le secret, l'ASE est tenue de révéler à la personne qui en fait la demande les éléments qu'elle possède lui permettant d'établir sa filiation (par application de la L. du 17/7/1978 sur la communication des documents administratifs).

<sup>728</sup> On peut ici rappeler le fait que l'enfant naturel entre dans la famille de son auteur et a donc des liens familiaux avec les membres de cette famille (art. 334 C. civ.), alors qu'avant 1972, sa parenté n'était établie qu'à l'égard de cet auteur.



D'un point de vue très général, ce droit aux relations familiales se manifeste dans les droits et devoirs des époux, et dans l'autorité parentale. A cet égard, la volonté d'instituer, en principe, une autorité parentale conjointe dans le divorce <sup>729</sup>, et l'attribution au père naturel qui a reconnu l'enfant d'un droit à l'autorité, qui n'entraîne pas automatiquement exercice de ce droit cependant <sup>730</sup>, concrétisent ce droit à la famille, qui dépasse les choix du couple, ou sa disparition.

De la même manière, en l'absence d'autorité conjointe ou suite à son aménagement, le droit de visite, de correspondance ou de contacts téléphoniques permet à l'enfant de garder un contact avec l'autre parent.

Apparaît alors un droit plus large, celui de pouvoir avoir des relations avec d'autres membres de la famille. Il convient de noter que derrière ce droit plus large apparaît aussi une autre conception de la famille, plus large également, et qui transcende les simples liens de filiation ou de vie commune (famille nucléaire). Ce sont les grands-parents qui bénéficient essentiellement du droit à entretenir des relations avec leurs petits-enfants, droit auquel les parents ne peuvent faire obstacle que pour un motif grave <sup>731</sup>. Pour la Cour européenne, ce droit aux relations familiales doit jouer aussi entre frères et sœurs <sup>732</sup>, ainsi qu'au profit de l'enfant adultérin envers ses parents biologiques <sup>733</sup>. Pareillement, et sauf circonstances particulières, les mesures de placement d'enfants ne doivent pas empêcher que ceux-ci gardent un contact avec leurs parents <sup>734</sup>. Enfin, toujours dans cette perspective du droit aux relations familiales, ces dernières s'imposent comme fait public lorsqu'elles permettent notamment aux proches parents (et parfois plus largement à ceux qui ont un lien avec l'individu) d'agir pour l'individu en matière médicale <sup>735</sup> ou sociale <sup>736</sup>,

---

<sup>729</sup> Art. 256, 286, 287 C. civ. dans la rédaction issue de la loi du 8/1/1993. Mais l'intérêt de l'enfant peut commander que l'autorité soit attribuée à un seul des parents. De plus, l'autorité doit être aménagée dans son exercice (à qui confier l'enfant, etc.).

<sup>730</sup> Il n'exerce cette autorité qu'en cas de déclaration conjointe des parents devant le juge aux affaires familiales, en cas de décision de ce même juge sur requête d'un des parents ou du ministère public ou si les parents ont reconnu tous deux l'enfant dans sa première année et vivent ensemble au moment de la reconnaissance (de la deuxième reconnaissance si celles-ci ne sont pas simultanées). Le dispositif reste ainsi très complexe. D'un point de vue pratique, ceux qui, instituteurs, assistantes sociales, etc. ont besoin d'isoler le parent responsable doivent s'attendre à de sérieuses difficultés malgré les dispositions de l'art. 372-2 C. civ. (« A l'égard des tiers de bonne foi, chacun des parents est réputé agir avec l'accord de l'autre quand il fait un acte usuel de l'autorité parentale relativement à la personne de l'enfant ») et l'intervention d'une circulaire du ministère de l'Education nationale (94-149 du 13/4/1994). Comme le note F. Moneger, il est douteux que cette complexité, qui distingue la situation de l'enfant selon les actes juridiques des parents, soit conforme à la Convention européenne (*article cité* n. 722).

<sup>731</sup> Art. 371-4 C. civ. Sur la question, V. la thèse de T. Garé, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, Lyon, 1989. Le droit peut être accordé à d'autres personnes (nourrices, etc.) si des circonstances exceptionnelles l'exigent. Les conditions de ce droit sont donc exactement inverses entre les grands-parents et les autres personnes.

<sup>732</sup> 24 mars 1988, Olsson c/ Suède (annexe).

<sup>733</sup> 18 décembre 1986, Johnston c/ Irlande (annexe).

<sup>734</sup> 8 juillet 1987, W, O, H, B, R c/ Royaume-Uni (5 arrêts, annexes).

<sup>735</sup> Droit – non absolu, secret médical oblige – à l'information, droit de visite, etc. Cf. G. Mémeteau, *Le droit médical de la famille*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 231 et s.

<sup>736</sup> Par exemple en matière d'éducation spéciale. Cf. P. Ligneau, *La famille à l'épreuve de l'administration*, in *Le droit non civil de la famille*, op. cit. (n. 735), p. 161 et s. ; pareillement, en ce qui concerne les droits face au service de l'aide sociale à l'enfance (V. chapitre suivant), etc.

ou lorsque elles se traduisent, en matière d'incapacités, par l'institution judiciaire d'un conseil de famille <sup>737</sup>.

**248.** Mais pratiquement, c'est la question des relations familiales dans le cadre de l'immigration qui pose à l'heure actuelle les plus graves problèmes. La protection de la vie familiale de l'étranger apparaît ici moins évidente que pour le ressortissant national. Les textes français, en effet, ne semblent pour l'essentiel s'attacher, et de manière souvent restrictive, qu'à une conception arrêtée de la normalité familiale, celle construite autour de la seule famille légitime, strictement entendue (non divorcée, limitée aux conjoints et à leurs enfants mineurs, à l'exception des concubins, des enfants majeurs, des frères et sœurs mineurs ou majeurs, des ascendants, etc.). Cela confirme, puisqu'ici nous rencontrons une famille très strictement limitée, alors que nous venons de voir que, pour les droits des grands-parents notamment, la famille pouvait être élargie, que l'appréhension par l'Etat de la famille est très variable, en fonction de ce qu'il en attend. Et en matière de police des étrangers, les préoccupations tenant à la prise en compte du droit à la famille se doublent d'exigences tenant à l'ordre public national : une conciliation doit nécessairement intervenir, et en l'espèce, grande est la tendance à considérer que l'étranger est moins admis à opposer à l'Etat d'accueil sa vie familiale que le national, puisqu'il lui serait loisible de voir celle-ci se dérouler dans son propre pays. Ainsi cette attitude restrictive imprègne-t-elle aussi bien les règles positives permettant le regroupement familial que celles, négatives, permettant à l'Etat d'accueil d'éloigner l'étranger en portant atteinte à sa vie familiale.

**249.** Si le droit au regroupement familial des étrangers résidant en France <sup>738</sup> est assez largement admis pour les ressortissants communautaires en ce qui concerne leurs conjoints, leurs enfants de moins de vingt et un ans, leurs enfants plus âgés à charge, leurs ascendants et ceux de leur conjoint à charge <sup>739</sup>, tel n'est pas le cas pour les étrangers tiers à la communauté.

En l'absence de conventions bilatérales, qui ne sont cependant valables que pour autant qu'elles respectent les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>740</sup>, ce sont les dispositions de l'ordonnance de 1945 <sup>741</sup> qui sont applicables <sup>742</sup>, dans leur rédaction

---

<sup>737</sup> Art. 407 et s. C. Civ.

<sup>738</sup> Mais la question du regroupement familial peut également concerner des nationaux, notamment en ce qui concerne les fonctionnaires qui peuvent bénéficier à cet effet des dispositions de la loi Roustan (L. du 30/12/1921), afin d'obtenir une mutation permettant la cohabitation familiale.

<sup>739</sup> V. en dernier lieu D. du 11/3/1994 et le commentaire de L. Idot, *Le regroupement familial en droit communautaire à la lumière du D. du 11/3/1994*, Europe, mai 1994, p. 1 et s.

<sup>740</sup> Sous-sect. réunies, 22 mai 1992, Madame Larachi ; TA Nancy, 3 décembre 1991, Achouri ; TA Lyon, 16 avril 1992, Bourezgue (annexes).

<sup>741</sup> Chapitre VI, art. 29.I à 30 bis.

<sup>742</sup> Rappelons que, s'agissant de la définition d'un droit au regroupement, ces dispositions constituent les garanties que l'étranger peut opposer à l'administration. Celle-ci peut, notamment, accorder le bénéfice du regroupement, alors même que les conditions ne sont pas remplies. Mais l'étranger ne dispose alors d'aucune garantie et doit s'en remettre au bon vouloir de l'administration.

issue des deux lois Pasqua précitées de 1993, introduisant dans les dispositions de cette ordonnance un chapitre spécifique consacré au regroupement familial <sup>743</sup>.

Le regroupement n'est ouvert qu'aux étrangers résidant en France depuis au moins deux ans, en situation régulière, sous couvert d'un titre de séjour d'un an minimum. Il est prononcé par le préfet, dans le délai de six mois suivant le dépôt du dossier complet par l'étranger <sup>744</sup>, après avis motivé du maire <sup>745</sup>. Il doit être réalisé dans les six mois suivant la décision préfectorale, sous peine de caducité de plein droit <sup>746</sup>.

Ce regroupement doit être monogame et si l'étranger est polygame, il ne peut être rejoint que par une épouse, et les enfants de celle-ci.

Seuls les enfants mineurs <sup>747</sup> du couple sont admis à pénétrer en France au titre de ce regroupement <sup>748</sup>, ou l'enfant d'un des membres du couple, si la filiation de celui-là n'est établie qu'à l'égard de ce parent, ou si le parent, étranger au couple, a été déchu de son autorité parentale.

Le regroupement n'est ouvert que si l'intéressé dispose des ressources suffisantes pour mener une vie familiale normale, hors revenus de redistribution. Il doit également faire état d'un logement suffisant. L'Office des migrations internationales apprécie ressources et logement <sup>749</sup>, sous le contrôle du juge administratif.

Les étrangers ne doivent pas être atteints d'une maladie ou d'une infirmité susceptibles de nuire à la santé publique <sup>750</sup>, ce qu'ils doivent prouver par un certificat médical établi dans le pays d'origine. Le juge entend cette condition de manière stricte, et refuse la régularisation si est produit un certificat médical établi en France, postérieurement à l'entrée sur le territoire <sup>751</sup>.

Le regroupement familial doit concerner des personnes ne se trouvant pas sur le territoire, ce qui fait obstacle à l'usage de cette voie pour régulariser un séjour. Une telle disposition devra cependant être interprétée à la lueur de la jurisprudence sur l'application de l'article 8 de la Convention européenne, qui pourrait faire obstacle à une mesure d'éloignement <sup>752</sup>, notamment si

---

<sup>743</sup> Sur ces dispositions, voir les articles cités aux notes 469, 559 & 707. *Adde* : GISTI, *Entrée et séjour des étrangers, la nouvelle loi Pasqua*, fasc. 1, 2<sup>e</sup> édition, 1994, p. 8-12.

<sup>744</sup> Délai non sanctionné puisqu'un retard administratif n'entraîne pas autorisation implicite.

<sup>745</sup> Cet avis pose problème. Portant théoriquement sur le logement et les ressources, il fait double emploi avec l'intervention de l'OMI. Il risque, en fait, de déboucher sur des considérations moins avouables (quotas, etc.), qui pourraient avoir une influence, sinon de droit (l'avis ne lie pas), du moins de fait.

<sup>746</sup> N'interrompent ainsi le délai ni le retard des administrations du pays d'origine (délivrance des passeports, etc.), ni le souhait des parents de ne pas interrompre la scolarité des enfants.

<sup>747</sup> Pour les ressortissants d'un pays signataire de la Charte sociale européenne, sont admis les enfants de moins de 21 ans.

<sup>748</sup> Le Conseil d'Etat applique en général strictement cette disposition : Cf. Prés. de la sect. du contentieux, *11 octobre 1991*, Mademoiselle Laïb (annexe) ; mais sur la base de l'article 8 de la Convention européenne, il peut estimer que, bien que ne bénéficiant pas de ce droit, l'expulsion de l'enfant majeur ne serait pas valide : Prés. de la sect. du contentieux, *26 juillet 1991*, Préfet de la Moselle c/Mlle Hadad (annexe).

<sup>749</sup> Notamment par des visites domiciliaires, que l'occupant doit autoriser par écrit, mais dont le refus entraîne automatiquement rejet de la demande de regroupement pour motif de condition de logement non remplie.

<sup>750</sup> Dont il faut rappeler que la protection est un objectif constitutionnel.

<sup>751</sup> CE, *20 mars 1991*, Ministre de l'Intérieur c/ Madame Lamraoui (annexe).

<sup>752</sup> Rapp. de manière générale CE, *22 mai 1992*, Ministre de l'Intérieur c/ Zine El Khalma (Rec. CE p. 1040 ; RFD adm 1992 p. 774).

un regroupement partiel a déjà été obtenu. Comme toujours maintenant en matière de police des étrangers, la présence des membres de la famille ne doit pas constituer une menace pour l'ordre public.

Enfin, le regroupement peut être remis en cause si ses conditions ne sont plus réunies lors de la demande d'admission au séjour en France <sup>753</sup>, comme le titre de séjour du conjoint peut être retiré en cas de rupture de la vie commune durant la première année du séjour <sup>754</sup>.

Malgré ces restrictions <sup>755</sup>, le droit au regroupement familial reste pour le Conseil constitutionnel un droit fondamental de l'individu, que des dispositions législatives ne doivent pas dénaturer et vider de toute substance. Les neuf sages ont ainsi estimé <sup>756</sup> que le caractère général du droit ne permettait pas d'en exclure les familles d'étudiants étrangers en situation régulière, et ont émis une réserve d'interprétation afin que, dans l'intérêt des enfants <sup>757</sup>, une demande de regroupement partiel puisse être présentée <sup>758</sup>. Ils ont constaté l'inconstitutionnalité des dispositions concernées et, sur ces deux points, le projet Pasqua n'a pu aboutir.

**250.** Si le regroupement familial a pour objectif de permettre à l'étranger de mener une vie familiale normale en lui permettant d'être rejoint par sa famille, l'Etat peut, par des mesures de police obligeant un individu à quitter la France, mettre fin à la vie familiale que, jusque-là, il menait normalement sur le territoire <sup>759</sup>. Concrètement, l'Etat, ce faisant, fait prévaloir les mesures d'ordre public sur la situation familiale de l'intéressé qui, dès lors, est soumis au droit commun de la police des étrangers. La question révèle donc une nécessaire conciliation entre deux prérogatives. Elle se résout, sur l'initiative de l'administration et sous le contrôle du juge, par la problématique générale de la légitimité de l'ingérence publique au regard des objectifs recherchés dans une société démocratique, c'est-à-dire la problématique de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Nous avons vu les différences d'appréciation entre les juridictions nationale et européenne à propos de cette conciliation <sup>760</sup>, et notamment comment, dans une même affaire, l'affaire *Beldjoudi* <sup>761</sup>, le Conseil d'Etat français s'était attaché essentiellement à la défense de l'ordre public, alors que la Cour de Strasbourg semblait désireuse

<sup>753</sup> Et notamment les conditions de logement ou de ressources, par suite d'une perte d'emploi par exemple.

<sup>754</sup> Ici encore, la notion d'effectivité tend à restreindre les droits.

<sup>755</sup> Rappelons que la Commission nationale consultative des droits de l'homme avait émis un avis négatif au projet de loi Pasqua arrêté en Conseil des ministres, estimant que « ces dispositions rendent le regroupement familial, expression du droit à la vie familiale normale, pratiquement impossible dans de nombreux cas et dénie matériellement aux mineurs le droit élémentaire de tout enfant à vivre avec ses parents » (Avis du 4/6/1993).

<sup>756</sup> 13/8/1993, Déc. 93-325 DC (annexe).

<sup>757</sup> Dont on sait qu'il est un standard qu'il faudra bien apprécier, tâche qui reviendra en premier lieu à l'administration, sous le contrôle du juge.

<sup>758</sup> Ce qui ne signifie guère plus que l'interdiction de prononcer l'irrecevabilité formelle d'une telle demande.

<sup>759</sup> Cf. F. Benoît Rohmer, *Reconduite à la frontière : développements récents*, RD publ. 1994 p. 429 et s. ; M. C. Rouault, *Commentaire de la L. du 24/8/1993 et de la L. du 30/12/1993*, ALD 1994.101 et s. ; GISTI, *op. cit.* (n. 743).

<sup>760</sup> Cf. *supra*, section 1 & 2 de ce chapitre.

<sup>761</sup> CE, 18 janvier 1991, Beldjoudi ; Cour européenne des droits de l'homme, 26 mars 1992, Beldjoudi c/ France (annexe).

de faire prévaloir plus largement les droits de l'étranger ; nous avons également enregistré, et situé, les assouplissements successifs du Conseil d'Etat qui, sans s'aligner toujours sur les positions de la Cour européenne, paraît s'en rapprocher <sup>762</sup>. S'il n'y a pas lieu alors de revenir sur le débat jurisprudentiel concernant la protection de l'étranger contre des ingérences dans sa vie familiale en matière d'éloignement au sens large, il faut maintenant, en revanche, présenter les dispositions législatives qui protègent directement l'étranger contre de telles mesures, en raison de sa situation familiale.

En effet, certaines dispositions législatives interdisent à l'administration de traiter l'étranger qui se trouve dans certaines situations, notamment familiale, comme un étranger ordinaire.

Tel est le cas en matière de mesures administratives : l'expulsion, ou la reconduite à la frontière, des catégories d'étrangers protégés par l'article 25 de l'ordonnance de 1945 ne peut être prononcée, sauf nécessité impérieuse, condamnation pour certains types d'infraction <sup>763</sup>, ou condamnation à une peine de prison ferme supérieure à cinq ans ; parmi ces étrangers protégés se trouvent le parent d'un enfant français résidant en France, sur lequel il exerce, au moins partiellement, l'autorité parentale, et aux besoins duquel il subvient effectivement <sup>764</sup>, et le conjoint d'un ressortissant français, marié depuis plus d'un an, à condition que la communauté de vie subsiste, et que le conjoint soit toujours français.

Tel n'est plus le cas cependant en matière d'éloignement judiciaire depuis les lois de 1993 : l'interdiction du territoire français peut désormais être prononcée par le juge, comme sanction pénale principale ou complémentaire, à l'encontre de tout étranger, quelle que soit l'infraction commise ; cependant, à l'exception d'infractions majeures pour lesquelles il n'existe aucune protection <sup>765</sup>, si l'étranger est le parent d'un enfant français résidant en France, sur lequel il exerce au moins partiellement l'autorité parentale, et aux besoins duquel il subvient effectivement, ou s'il est marié à un conjoint français depuis plus d'un an, à condition alors que la communauté de vie subsiste, que le conjoint soit toujours français, et que le mariage soit antérieur à l'infraction, le prononcé judiciaire devra être, aux termes de l'ordonnance de 1945, « spécialement motivé au regard de l'infraction ».

**251.** Reste de cet état législatif une interrogation sur la spécificité du droit aux relations familiales dans le cas des mariages impliquant un français (« mariage mixte »). Il est clair à cet égard que la présence d'un étranger conduit le législateur, dans le droit positif actuel, à adopter une attitude très restrictive. Celle-ci est inspirée davantage par le souci de se préserver des phénomènes migratoires, que par le respect de la vie familiale ; cela amène le législateur à tenir

---

<sup>762</sup> Cf. l'arrêt Serend notamment (n. 554) et nos explications à la section 1 du présent chapitre.

<sup>763</sup> Proxénétisme, infraction à la législation sur la main-d'oeuvre étrangère ou sur l'hébergement collectif.

<sup>764</sup> Cet étranger ne peut être expulsé, mais il n'a pas pour autant droit à un titre de séjour, ce qui n'est pas sans poser de sérieux problèmes en pratique.

<sup>765</sup> Crime contre l'humanité, espionnage, etc.

davantage compte dans la mixité de la présence d'un élément allogène que de celle d'un élément indigène. Il est ici remarquable qu'alors qu'existent deux statuts – ce qui en soi n'est pas contraire aux droits fondamentaux des individus reconnus notamment par la Convention européenne des droits de l'homme (sauf à refuser à l'Etat tout pouvoir de police en matière d'étrangers), à la condition que ce statut respecte lui-même les droits fondamentaux, et nous avons constaté à cet égard qu'à certains propos, cela peut apparaître discutable (famille naturelle, situation des enfants majeurs, etc.) –, et que les nationaux bénéficient d'un statut plus protecteur que les étrangers, en présence d'un ressortissant de chaque statut, ce n'est pas le statut le plus protecteur qui est appliqué, mais le moins protecteur : ce n'est pas celui qui intègre l'étranger à la communauté nationale, mais celui qui exclut le national de sa propre communauté.

Ainsi, aux termes de la Loi Pasqua, la carte de résident de plein droit n'est attribuée au conjoint étranger d'un ressortissant français, à ses enfants étrangers, à ses ascendants à charge ou au parent d'un enfant mineur français, que si ceux-ci sont entrés régulièrement sur le territoire, et s'ils se trouvent en situation régulière au moment de la demande. En ce qui concerne le conjoint, le mariage doit dater d'un an au moins, la communauté effective de vie ne doit pas avoir cessé et, si le mariage a été célébré à l'étranger, il doit avoir été transcrit sur les registres de l'état civil français.

Nous avons déjà vu que la suspension de la cérémonie de mariage pouvait permettre l'éloignement de l'étranger en situation irrégulière, ou l'expulsion de l'étranger considéré dangereux. La politique en amont des autorités consulaires françaises qui refusent fréquemment un visa d'entrée aux étrangers, mêmes mariés à un français, poursuit ce mouvement très restrictif.

Comme le note François Julien-Laferrière, « ils ne peuvent alors venir en France pour se marier ou pour s'y installer après le mariage qu'en entrant de manière irrégulière sur le territoire [...]. Ils ne pourront alors séjourner régulièrement, ce qui les prive de la carte de résident et a pour conséquences de les entraîner soit à rester en France sans y être autorisés, soit à vivre avec leur conjoint français dans leur pays d'origine, à condition que celui-ci soit plus accueillant que la France » <sup>766</sup>.

Par leur généralité et parce qu'elles ne font pas de différence entre étrangers ayant un lien familial avec un ressortissant français en fonction de leur dangerosité potentielle, ces dispositions sont manifestement contraires à la jurisprudence de la Cour européenne.

Celle-ci avait clairement estimé, comme nous l'avons vu, que « si l'article 8 ne comporte pas pour un Etat l'obligation de respecter le choix par les couples mariés de leur domicile commun » <sup>767</sup>, le fait, pour deux étrangers, d'arguer de « raisons spéciales pour ne pas habiter dans leur pays ou dans celui du conjoint » peut impliquer pour l'Etat de les accepter sur son territoire pour ne pas porter atteinte à leur vie familiale.

---

<sup>766</sup> Article cité (n. 707) p. 87.

<sup>767</sup> 28 mai 1985, Abdulaziz et autres c/ Royaume-Uni (annexe).

Ce que la jurisprudence européenne reconnaît en substance à deux étrangers voulant s'installer dans un pays dont ils ne sont ni l'un ni l'autre ressortissants, la France le refuse, pour sa part, à certains de ses nationaux engagés, ou souhaitant s'engager, dans un mariage mixte. Pourtant alors, la France est le pays d'un des conjoints, et on peut imaginer qu'il ne sera pas difficile à ce citoyen d'avancer des raisons fort valables pour rester dans son pays.

**252.** Il ne fait pas de doute que la Cour européenne sanctionnerait l'application de ces dernières dispositions, comme elle a pu le faire s'agissant d'autres mesures de police des étrangers, dès lors que cette application serait automatique et ne procéderait pas d'une analyse concrète entre l'ingérence subie dans la vie familiale et les objectifs légitimement recherchés par l'Etat.

Mais quand et avec quelle effectivité ? Il convient ici de ne pas oublier que la vocation de la Cour de Strasbourg n'est pas de régler tous les litiges, mais bien d'intervenir lorsque toutes les voies de recours ont été épuisées : on doit alors très normalement se tourner vers les juridictions nationales pour une protection du droit aux relations familiales.

Nous avons vu qu'elles appliquent la même norme que la Cour européenne, mais que le caractère de standard de celle-ci peut les conduire à s'arrêter à des spécificités nationales. *A posteriori*, les voies de recours, notamment en matière d'éloignement, restent aléatoires, en raison de la brièveté des délais en cas de procédure d'urgence ou d'impérieuse nécessité, des difficultés de preuve, et des conséquences matérielles de l'éloignement ; elles le sont d'autant plus que la voie de fait, vers laquelle des requérants souhaitaient se tourner en présence de l'exécution forcée d'une expulsion irrégulière, pour bénéficier notamment des possibilités d'injonction à l'égard de l'administration que se reconnaît le juge judiciaire, a été clairement écartée par le tribunal des conflits en matière d'éloignement du territoire, dans des termes qui ont une portée générale. Le tribunal énonce ainsi que « [Par ses injonctions], le tribunal de grande instance a fait obstacle à l'exécution d'une décision administrative qui, même à supposer cette exécution forcée illégale au regard notamment des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, a été prise dans l'exercice d'un pouvoir conféré à l'administration par l'ordonnance de 1945 et dont l'exécution forcée, autorisée par ce texte, ne saurait constituer une voie de fait » <sup>768</sup>. En l'état actuel du droit, le juge administratif se refusant à adresser pour sa part des injonctions à l'administration, et la violation, même caractérisée, de l'article 8 de la Convention n'autorisant pas le juge judiciaire à voir dans l'exécution forcée d'une expulsion ou d'une reconduite à la frontière une voie de fait, l'étranger est pris dans une logique où ses droits sont affirmés sans être aucunement garantis.

On rencontre alors les limites de la normativité commune, et on peut regretter d'une certaine manière que le Conseil constitutionnel ne tire pas les conséquences de l'existence d'un

---

<sup>768</sup> TC, 20/6/1994, Madaci & Youbi, AJDA 1994.496 (chron. Maugué & Touvet).

ordre juridique européen des droits de l'homme pour contrôler, *a priori*, la conventionnalité des lois dans le cadre de son contrôle de constitutionnalité <sup>769</sup>. On doit le regretter d'autant plus que, s'agissant des droits de l'homme, toute la construction du Conseil constitutionnel visant à investir les juges nationaux du pouvoir d'apprécier au cas par cas la supériorité des traités internationaux sur la loi se trouve ici sans fondement <sup>770</sup>. Le Conseil aurait alors pu faire valoir que la loi de 1993 ne respectait pas la Constitution puisqu'elle ne respectait pas la Convention européenne, dont la supériorité en France, eu égard à son domaine (droits de l'homme), et à ses implications (existence d'un recours en conventionnalité devant la Cour européenne), n'est ni contingente, ni relative. Le Conseil aurait ainsi pu s'inspirer de la jurisprudence constitutionnelle espagnole <sup>771</sup> ou portugaise <sup>772</sup>. Cependant, à bien interpréter les critiques que le juge constitutionnel s'est vu adresser à l'occasion de sa décision de 1993 <sup>773</sup>, on n'ose imaginer ce qui en aurait résulté s'il avait censuré une loi par une technique qui aurait pu apparaître, politiquement, comme une renonciation à la souveraineté nationale. La décision peut donc se comprendre par le contexte politique. Cela n'oblige pas à s'en satisfaire, dès lors qu'elle semble juridiquement discutable.

---

<sup>769</sup> Certains auteurs ont par ailleurs regretté que le Conseil constitutionnel ne vérifie pas plus largement la conformité du texte par rapport à d'autres instruments internationaux, notamment la Convention des droits de l'enfant. Cf. F. Monéger, *La protection de l'enfant étranger après la loi du 24 août 1993 sur la maîtrise de l'immigration*, RD sanit. soc. 1994, p. 329 et s. Mais un tel contrôle ne se situerait pas sur le même plan, le système de contraintes mis en place par l'ONU n'étant en rien comparable à celui qui existe dans le cadre européen des droits de l'homme.

<sup>770</sup> Sur cette question, voir l'exposé de D. Rousseau, *L'intégration de la Convention européenne des droits de l'homme au bloc de constitutionnalité*, in D. Rousseau & F. Sudre (Dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme, droits et libertés en Europe*, ESTH, 1990. Présenté avant la décision de 1993, et avant le revirement de jurisprudence du Conseil d'Etat en l'affaire Nicolo, le texte garde néanmoins toute sa pertinence. *Adde* R. Abraham, *Intervention au colloque de Leyde*, RUDH 1992 p. 411-412.

<sup>771</sup> Bien que dans ce pays, une disposition constitutionnelle – art. 10 al. 2 de la Const. du 29/12/1978 – habilite et oblige le juge à un tel contrôle.

<sup>772</sup> Le Tribunal constitutionnel se fonde sur l'art. 8 al. 2 de la Const. du 2/4/1976 rédigé en des termes équivalents à notre art. 55 pour assimiler la violation de la Convention à une violation de la Constitution.

<sup>773</sup> Critiques rappelées par D. Rousseau, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle*, RD publ. 1994 p. 104 et s.



## CONCLUSION DU CHAPITRE 1.

**253.** La protection de la famille prend la forme d'une liberté reconnue à l'individu, celle de mener une vie familiale normale au regard des valeurs sociales. Elle protège, jusqu'à un certain point, l'individu contre des ingérences publiques ou privées, ce qui peut obliger l'Etat à prendre des mesures pour garantir cette liberté, sans déboucher sur un droit-créance au profit de l'individu.

Cette liberté est reconnue et appliquée, par une norme générique issue d'énoncés pluriels, à la fois au plan européen dans le cadre de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et au niveau constitutionnel national, comme droit fondamental, et composante de la liberté individuelle. Si la norme est générique, sa concrétisation est cependant largement dépendante des relations entre deux ordres juridiques, l'ordre national et l'ordre européen des droits de l'homme ; à cet égard, on assiste, notamment à partir de la question familiale, à la formation d'une idée d'entreprise commune, et, au-delà, à la construction de deux ordres qui tendent à se confondre en matière des droits de l'homme.

Parce que la protection de la famille pour remplir des fonctions utiles à l'Etat présente un caractère fondamental pour celui-ci, le droit individuel n'est reconnu que sous condition, laissant ainsi la porte ouverte à des ingérences étatiques, qui l'aménagent et peuvent le restreindre, si ces ingérences ne sont pas elles-mêmes anormales au regard des principes fondateurs de l'Etat. Et surtout, droit défini par rapport à la normalité, il s'agit là d'un standard, apte à évoluer avec les valeurs sociales, et qui témoigne du mouvement de constitution permanente de l'Etat, par rapport aux évolutions du champ social.

Ce droit générique protège des situations concrètes, qui révèlent en quoi la famille est utile à l'Etat. Mais, au-delà, nous allons constater que cette protection juridique de la normalité, et la politique qui l'inspire, conduisent l'Etat à aller plus loin, et à protéger l'individu, non plus seulement dans sa liberté de vivre normalement la vie familiale, mais contre l'institution familiale qui lui apparaîtrait anormale.

## **CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE L'INDIVIDU CONTRE LA FAMILLE ANORMALE.**

**254.** La normalité trace une frontière entre, d'une part, les formes et surtout les fonctions familiales qui bénéficient des faveurs de l'Etat, ou tout au moins de sa neutralité, parce qu'elles correspondent aux familles qu'il souhaite promouvoir comme utiles et indispensables à sa propre institution, et, d'autre part, celles qu'il doit, pour les raisons exactement inverses, plus ou moins ouvertement combattre. Complément logique du droit à la vie familiale normale, la protection que l'Etat accorde à l'individu contre, ou dans la famille anormale, permet d'assurer l'effectivité de ce droit constitutionnel, tant pour l'individu que pour l'Etat. Il s'agit sans doute là d'abord d'une obligation déduite de ce droit constitutionnel <sup>774</sup>. Mais parce que cette protection est nécessaire à la réalisation de l'Etat lui-même en tant qu'ordre juridique souverain, elle dépasse la simple garantie du droit accordé à l'individu pour être aussi, et surtout si l'individu ne partage pas à l'encontre de la famille cette conception de l'anormalité, une protection de l'Etat lui-même.

L'Etat se donne alors les moyens juridiques et matériels pour se protéger en protégeant la liberté individuelle. Les familles, les réalités sociales, peuvent ainsi être surveillées pour ne pas nuire à l'un de leurs membres (section 1) ; cette surveillance révèle éventuellement des situations d'anormalité, que l'Etat va s'efforcer d'éradiquer (section 2).

---

<sup>774</sup> Cf. chapitre précédent, section 2.

## SECTION 1 : DES FAMILLES SOUS SURVEILLANCE.

255. Pour pouvoir protéger l'individu contre l'institution familiale anormale, c'est-à-dire pour pouvoir réaliser effectivement un droit fondamental de l'individu, conçu comme un élément constitutif pour l'Etat, celui-ci doit pouvoir passer outre l'intimité du groupe et pénétrer dans l'ordre intérieur familial. Mais il faut alors bien comprendre que pour protéger contre la famille anormale, l'Etat tend à contrôler l'ensemble des familles, l'ensemble des groupes sociaux familiaux quels qu'ils soient, puisque aussi bien, *a priori*, il ne lui est pas toujours possible d'apprécier le caractère de normalité du groupe, tout au moins s'agissant de l'élément essentiel lié à cette normalité : les fonctions. Il n'en serait éventuellement autrement que si les formes revêtaient une importance plus grande. Tel n'est pas le cas, comme nous l'avons vu ; et sans doute peut-on ajouter que, malgré tout, comme l'étude du droit au couple comme fondement de la famille nous l'a montré, ce contrôle formel est un simple contrôle *a priori*, qui établit une discrimination à l'origine, en empêchant la famille de se former si sa forme est jugée anormale.

Apparaît donc, s'agissant d'un contrôle fonctionnel, toute une panoplie d'instruments, que l'on jugera, certes, notoirement insuffisante dès lors qu'un danger réel existe, comme en témoignent les affaires de maltraitance trop nombreuses, mais qui peut, malgré tout, apparaître comme potentiellement dangereuse pour la liberté individuelle. C'est là, très simplement, une illustration, peut être poussée au paroxysme, du conflit entre l'ordre et la liberté, et de la recherche d'un perpétuel équilibre entre les deux.

Le contrôle public sur les familles fait alors appel à une gamme très complète d'intervenants (§ 1). Il manifeste ainsi une emprise objective de l'Etat sur l'institution familiale qui, si elle est justifiée par la volonté de rendre effective la liberté individuelle, sert visiblement la souveraineté publique. Cette ambivalence est parfaitement dans la logique de la relation interinstitutionnelle (§ 2).

## **§ 1 – Les instruments du contrôle public.**

**256.** Le contrôle public s'appuie sur l'ensemble du corps social. La décentralisation associe les collectivités locales à la politique administrative en la matière (A). Si, au-delà, des personnes privées sont conviées à participer activement à ce contrôle (B), le juge reste l'élément-clé garantissant les libertés individuelles et les droits fondamentaux – ceux qui, dans l'analyse institutionnelle de l'Etat, sont les *droits statutaires* des individus –, c'est-à-dire garantissant l'adéquation entre le contrôle public et son but, ou, selon la classification institutionnelle, entre le *droit disciplinaire* et les *droits statutaires*, pour l'effectivité des *droits constitutionnels* (C).

### **A – Un contrôle administratif.**

**257.** L'ensemble des services publics permet un quadrillage de l'espace social, et est dès lors susceptible de mettre en évidence un certain nombre de situations familiales anormales. Un tel repérage, correctement utilisé et coordonné, autorise une intervention publique efficace. Bien qu'elle soit susceptible de s'appuyer à la fois sur des personnes privées et des agents publics, sa cohérence est essentiellement le fait des différents services administratifs.

La maltraitance à enfant est sanctionnée par le droit pénal (violence sur mineur ou privation de soins par exemple). De manière plus générale, il faut avoir présent à l'esprit le fait que, hormis certaines infractions qui ne peuvent concerner que des mineurs, les dispositions pénales protègent également les adultes qui peuvent être victimes de mauvais traitement (conjoint battu, ou personne âgée maltraitée dans sa famille, notamment). Or, toute personne ayant connaissance de telles infractions, lorsqu'elles sont qualifiées crimes, est tenue de les dénoncer à l'autorité compétente. La non-dénonciation, lorsqu'il s'agit de privations ou mauvais traitements <sup>775</sup> infligés à un mineur de moins de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, ou de son état, physique ou psychique, est d'ailleurs érigée en infraction distincte <sup>776</sup>, dont les proches parents peuvent être auteurs <sup>777</sup>.

---

<sup>775</sup> Notion fort large, qui dépasse celle de sévices, et qui correspond à l'esprit de la loi sur la protection de l'enfance du 10/7/1989.

<sup>776</sup> Art. 434-3 nouveau C. pén.

<sup>777</sup> Alors qu'en règle générale, une telle parenté dispense de l'obligation de dénoncer.

**258.** C'est le fonctionnaire, au contact de l'enfant ou de l'individu en danger dans sa famille, qui est alors le mieux placé pour repérer et dénoncer de telles infractions. Surtout, dans les hypothèses où l'infraction n'est pas évidemment perceptible, comme dans celles où les citoyens susceptibles de dénoncer l'infraction (comme les voisins par exemple) ne se sont pas manifestés<sup>778</sup>, l'agent public peut signaler et orienter des recherches de manière plus souple qu'un simple particulier. Inséré dans un réseau complexe, il est censé être formé pour comprendre et mesurer l'enjeu des faits qu'il observe.

Ce sont ici ceux qui sont au contact direct des individus en danger qui peuvent mener l'action la plus efficace : enseignants, médecins scolaires, îlotiers, assistants sociaux, agents des services de la protection maternelle et infantile ou de l'inspection du travail, etc.<sup>779</sup>. Un problème cependant demeure : certains de ces agents du contrôle public sont tenus au secret professionnel, qui est une condition de l'efficacité de leur intervention. Comment gérer la connaissance de la maltraitance commise, sans nuire à la prévention de cette même maltraitance ?

Sauf lorsque la loi le prévoit expressément, ces personnes sont dispensées de dénoncer les infractions dont elles ont connaissance. Le nouveau Code pénal dispose néanmoins qu'il peut être porté atteinte au secret professionnel pour dénoncer des sévices ou privations infligés à un mineur de quinze ans, ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, ou de son état, physique ou psychique<sup>780</sup>. Le médecin qui a connaissance de sévices laissant supposer des violences sexuelles peut également les dénoncer ; il doit cependant, pour se dispenser de l'obligation de secret, s'assurer de l'accord de la victime<sup>781</sup>.

Le Code de la famille prévoit pour sa part<sup>782</sup> que, bien que tenus au secret professionnel, les travailleurs sociaux de l'Aide sociale à l'enfance sont dans l'obligation de signaler au président du Conseil général toute information permettant de prévenir des mauvais traitements à l'égard des mineurs. L'interprétation exacte de telles dispositions dépendra d'une jurisprudence à fixer, pour faire notamment la part entre l'obligation d'agir (en cas de sévices) et la clause de conscience du médecin par exemple<sup>783</sup>.

**259.** Si le repérage des situations familiales anormales mobilise l'ensemble de la société et particulièrement l'appareil administratif, le traitement non juridictionnel de ces situations est de la compétence de l'administration sociale. Il s'agit alors de recenser des informations, d'organiser la

---

<sup>778</sup> Pour de multiples raisons. On insiste généralement sur l'individualisme qui se manifesterait par un refus de connaître ce qui se passe chez autrui. Mais il faut aussi avoir conscience des dangers de dénonciations abusives, qui constituent, certes, une infraction pénale, mais dont l'ombre, juridique et morale, pèse sur le citoyen. La dénonciation participe mal des valeurs démocratiques.

<sup>779</sup> De manière générale, on pourra se reporter au numéro spécial de la RD sanit. soc. sur *Les travailleurs sociaux*, n° 29-4, oct-déc. 1993.

<sup>780</sup> Art. 226-14.

<sup>781</sup> *Id.*

<sup>782</sup> Art. 80.

<sup>783</sup> On trouvera dans la circulaire du 14 mai 1993 commentant le nouveau Code pénal des éléments d'interprétation.

prévention, et de gérer les situations anormales au mieux des intérêts des individus. Bien qu'il s'agisse là d'une tâche globale, les structures administratives ne sont véritablement organisées que d'un point de vue catégoriel <sup>784</sup>. Et c'est l'enfance qui, étant la plus exposée, est directement visée, même si d'autres catégories de personnes ne sont pas exclues de structures spécifiques (personnes handicapées ou personnes âgées notamment).

**260.** Les lois de décentralisation ont confié l'action et l'aide sociales au département <sup>785</sup>. Si les directions départementales des affaires sanitaires et sociales, relevant de l'Etat, conservent des attributions en la matière (notamment tutelle sur les pupilles de l'Etat par délégation des préfets), ce sont maintenant les collectivités décentralisées qui ont les compétences les plus nombreuses et les plus lourdes. C'est le cas notamment lorsque l'action du département est obligatoire, comme en matière de Protection maternelle et infantile, de Service de prévention administrative de la maltraitance <sup>786</sup> et, très généralement, d'Aide sociale à l'enfance <sup>787</sup>.

Le statut de l'Aide sociale à l'enfance (ASE) est fixé par les lois du 6 juin 1984 et du 6 janvier 1986. Il s'agit d'un service non personnalisé, placé sous l'autorité directe du président du Conseil général. Celui-ci est donc libre de l'organiser, dans le respect des lois en vigueur.

Parmi ses nombreuses et importantes missions <sup>788</sup>, ce service soutient les mineurs et leurs familles confrontés à des difficultés sociales – il y a là tout le secteur des aides financières –, organise des actions visant à prévenir la marginalisation, pourvoit aux besoins de mineurs confiés au service (enfants placés, ou contrôle en matière d'adoption par exemple), mène en urgence des actions de protection des mineurs, et des actions de prévention des mauvais traitements ; notamment, en coordination avec le service départemental de la Protection Maternelle et Infantile, l'ASE est, au nom du président du Conseil général, au centre des dispositifs de prévention, d'information et de sensibilisation sur la maltraitance des enfants mis en place par la loi du 10 juillet 1989 <sup>789</sup>. Pour ce faire, le service coordonne le contrôle, en organisant le recueil des informations ; mais il peut aussi mettre directement en oeuvre la protection.

---

<sup>784</sup> Sur l'action et l'aide sociales en général, V. : E. Alfandari, *Action et aide sociales*, Dalloz & A. Thévenet, *L'aide sociale aujourd'hui après la décentralisation*, Editions ESF.

<sup>785</sup> Art. 34 al. 1 & art. 37 de la L. du 22/7/1983, art. 77 C. fam.

<sup>786</sup> L. 10/7/1989.

<sup>787</sup> On appréciera le poids financier en se reportant au rapport de l'Observatoire national de l'action sociale décentralisée, *L'action sociale décentralisée, bilan et perspectives*, Editions ODAS, 1993. En 1992, le montant des dépenses d'action sociale pour les départements est estimé à environ 57 milliards de francs, dont plus de 20 pour la seule aide sociale à l'enfance.

Sur l'ASE, Cf. les ouvrages cités note 784 ; adde J. M. L'Huilier, *Guide de l'aide sociale à l'enfance* & P. Verdier, *Nouveau guide de l'aide sociale à l'enfance*, Le Centurion.

<sup>788</sup> Art. 40 C. fam.

<sup>789</sup> Titre 2, chap. 1<sup>er</sup>, section V c. fam. (art. 66 et s.)

**261.** Ces missions traduisent ainsi une approche d'ensemble des situations familiales anormales <sup>790</sup>. D'une part, et conformément à la liberté familiale, les familles sont associées, autant que faire se peut, aux actions de prévention et de protection, alors même qu'elles sont immédiatement en cause : l'intervention porte de cette manière directement sur des familles à « normaliser », la cellule familiale demeurant la norme à promouvoir. D'autre part, les interventions visent autant des situations où la maltraitance est repérée, que des situations d'exclusion sociale, qui peuvent engendrer la maltraitance.

Cependant, une telle orientation globale peut entraîner une dilution de l'efficacité. Elie Alfandari note qu'en se tournant vers la famille, le service d'aide sociale à l'enfance perd de sa spécificité <sup>791</sup>. Il remplit des missions également assurées par d'autres organismes (Caisses d'allocations familiales, Education nationale, etc.). Apparaîtrait une multiplication d'actions globales là où seraient peut-être préférables des actions catégorielles, clairement délimitées, qu'il conviendrait de coordonner.

La concurrence entre les actions institutionnelles (administratives et judiciaires <sup>792</sup>, nationales et locales, publiques et privées) demande donc à être maîtrisée. Ce serait là le rôle de certaines instances de coordination : elles ne se mettent pourtant en place qu'avec difficulté, comme le montre l'expérience éphémère des Conseils départementaux de développement social, créés par la loi du 6 janvier 1986 et supprimés par la loi du 19 août 1986. C'est là aussi un des enjeux de la contractualisation, conçue comme méthode moderne et souple d'administration : encore faut-il pour cela qu'il y ait accord, et que soit impliqué l'ensemble des partenaires.

## **B – Des auxiliaires privés.**

**262.** Comme nous l'avons indiqué, toute personne doit, selon le Code pénal, participer au repérage des situations familiales les plus anormales. Il ne s'agit là que de l'expression d'un devoir plus général, qui intègre l'ensemble de la Nation à la prévention des infractions. De manière plus directe, des personnes privées sont associées au contrôle administratif sur la famille, y compris en l'absence d'infraction pénale.

Parce que l'Aide sociale à l'enfance n'est pas un service personnalisé, il est loisible au président du Conseil général de recourir à des intervenants privés chargés d'en assurer

---

<sup>790</sup> Ainsi peut-on noter que les dispositions sur l'aide sociale à l'enfance sont présentées dans un titre concernant « l'action sociale en faveur de l'enfance et de la famille » (titre 2 C. fam.).

<sup>791</sup> *Op. cit.* (n. 784), p. 488.

<sup>792</sup> Pour exemple, la question dite du « prononcé des doubles mesures » par le juge des enfants (enfant confié à l'ASE par le juge qui décide en même temps du lieu de placement) : Cf. L. Seailles & P. Verdier, *Juge des enfants, service d'ASE : complémentarité ou confusion des rôles ?*, RD sanit. soc. 1994 p. 145 et s. *Adde* : JCP 1994-II-22244 (même décision, note Allaix).

l'exécution. L'institution privée, généralement une association, mais aussi une personne physique (famille d'accueil par exemple <sup>793</sup>), assure alors l'exécution du service public administratif, pour le Département et sous son contrôle <sup>794</sup>. Les institutions doivent être habilitées à agir et une convention précise les missions, les moyens, et les conditions de cette exécution. L'autorité judiciaire peut également faire participer des personnes privées à cette mission (dans le cadre de la tutelle par exemple).

Cette association des personnes privées au contrôle administratif n'est pas récente ; elle n'est pas non plus limitée au domaine de la protection de l'individu dans la famille. Elle trouve souvent son origine dans l'histoire sociale (et notamment dans la tradition de charité), et traduit fréquemment la reconnaissance de l'intérêt public pour l'action associative dans le champ familial global. Elle est alors un des aspects de la gestion publique des familles <sup>795</sup>.

**263.** A côté de la gestion des services sociaux en matière familiale, les personnes privées sont parfois associées à la décision même portant sur la vie familiale. Tel est notamment le cas des enquêteurs sociaux, qui trouvent à intervenir en matière de divorce, ou des professionnels qualifiés pour apprécier les conditions que les candidats à l'adoption sont susceptibles d'offrir à des enfants sur le plan psychologique, éducatif et familial. S'il est vrai que de telles enquêtes peuvent éclairer le juge ou l'administration, les conditions dans lesquelles elles sont menées, et le statut qui leur est conféré parfois, bien au-delà de leur valeur juridique réelle, peuvent légitimement constituer une source d'étonnement pour le juriste. Simple élément d'aide à la décision d'un point de vue strict de droit positif, elles acquièrent ainsi, de fait, une valeur plus forte aux yeux de l'autorité, soit que celle-ci, manquant de temps et de moyens, y trouve sa décision toute faite, soit que l'autorité morale présumée de l'enquêteur confère aux résultats de son enquête une valeur d'expertise.

Or, les premiers contentieux sur l'agrément à adoption devraient inciter les autorités à user de ces enquêtes avec beaucoup de prudence et de discernement, ou tout au moins à rester vigilantes vis-à-vis de leurs conclusions. Patrick Hubert, qui a eu la redoutable tâche de proposer au Conseil d'Etat sa doctrine en matière de contrôle de ces agréments, l'a fort pertinemment indiqué : « Il est inévitable que les experts soient issus d'un milieu relativement homogène, tant sur le plan sociologique que sur un plan, disons, idéologique [...] ; il y a un risque de méprise vis-à-vis de demandeurs issus de milieux plus populaires que les experts, et un risque, peut-être un peu moins net, vis-à-vis de ceux qui s'écarterent du modèle de ce que nous appellerions volontiers le *freudisme administratif* » <sup>796</sup>. Pour s'en tenir à des exemples simples rapportés par le magistrat

<sup>793</sup> Cf. l'étude menée sous la direction de J. C. Cébula & C. Horel, *Le placement familial de l'aide sociale à l'enfance, étude nationale (mai 1992-septembre 1993)*, Doc. fr., juin 1994.

<sup>794</sup> Art. 40, 45 & 77 C. fam.

<sup>795</sup> Les questions que pose une telle intervention d'institutions privées, porteuses de valeurs diverses, seront envisagées de manière synthétique à l'occasion de l'étude de ces modalités. Cf. 2<sup>e</sup> partie, titre 2, chapitre 2.

<sup>796</sup> Conclusions sous Sect., 4 novembre 1991, Epoux H ; Président du Conseil général des Yvelines c/ Mlle L. ; Epoux C. (3 espèces, annexes) AJDA 1992 p. 73.



administratif dans ses conclusions, on peut s'étonner, avec lui, que pour une femme célibataire le fait d'avoir des activités intellectuelles en dehors de son travail puisse apparaître comme un « mauvais point » pour qu'elle puisse prétendre à l'adoption, ou que le fait, pour cette même femme, d'avoir une liaison au grand jour avec un homme plus âgé qu'elle, professeur de faculté de surcroît, traduise « un attachement névrotique à l'image paternelle ».

Voilà soulignées, avec la nuance et la réserve propres aux membres du Conseil d'Etat, les limites de toute expertise en matière de normalité. Il importe, face à ces risques évidents de subjectivité, que l'Etat ne se dessaisisse pas de la responsabilité politique du contrôle sur la normalité familiale. De ce point de vue, l'intervention judiciaire peut être présentée comme une garantie des droits individuels, dans leur ensemble.

## C – Une intervention judiciaire.

**264.** Deux éléments associent les juges au contrôle public de la famille et garantissent, conformément à la norme constitutionnelle dégagée par le Conseil constitutionnel, un droit de recours pour rendre la liberté effective. L'un porte sur la légalité du contrôle et permet l'effectivité des droits statutaires mis en cause par le contrôle administratif, l'autre associe le juge à l'exercice même du contrôle, et lui permet alors de participer à la garantie du droit fondamental à la vie familiale normale.

**265.** D'une part, s'agissant d'un contrôle administratif, les décisions peuvent être soumises au juge de l'excès de pouvoir, dans le cadre du contrôle de la légalité des décisions administratives. L'essentiel de ce contrôle administratif étant de la compétence d'une autorité décentralisée, ce sera sur requête d'un administré ou sur déféré préfectoral <sup>797</sup> que le tribunal administratif sera saisi <sup>798</sup>. Sauf peut-être en matière d'agrément à adoption, mais c'est là en raison de la nouveauté de la matière comme nous l'avons vu <sup>799</sup>, ce contentieux ne présente pas d'originalité importante <sup>800</sup>. Il faut cependant noter que la liberté individuelle étant doublement en jeu, en ce qui concerne l'individu en danger comme en ce qui concerne les autres membres de la famille, la théorie de la voie de fait pourra ici trouver à s'appliquer en cas d'irrégularité d'une particulière gravité. Par ailleurs, un recours spécial est ouvert aux père et mère qui verraient leurs droits atteints par une

---

<sup>797</sup> Ce sont les directions départementales ou régionales de l'action sanitaire et sociale qui instruisent l'examen de légalité pour le représentant de l'Etat.

<sup>798</sup> Sauf dans les matières où le contrôle de légalité est le fait d'une juridiction spéciale (Commission départementale d'aide sociale, etc.)

<sup>799</sup> Cf. *supra*, § 263.

<sup>800</sup> Cf. E. Alfandari, *op. cit.* (n. 784), p. 553.

décision d'admission de leur enfant comme pupille de l'Etat – décision administrative donc –, directement devant le tribunal de grande instance <sup>801</sup>.

**266.** D'autre part, s'agissant d'un contrôle qui porte sur une matière concernant les personnes, le juge judiciaire est appelé à intervenir. Malgré un souci d'unification et d'approche globale, les compétences restent divisées.

On a souhaité, pour des raisons d'efficacité, placer dans les mains d'un même juge un certain nombre de litiges concernant la famille. Il s'agit là de la reconnaissance d'une unité « conflictuelle », si l'on peut employer cette expression, en tout cas d'une prise de conscience qu'un traitement global des litiges concernant la famille, ou intervenant en son sein, était nécessaire.

Dans un premier temps, une expérience de chambres familiales a été tentée, sur l'initiative de certains tribunaux, et dans un cadre juridique fort souple, puisque fixé par une simple circulaire, et laissé à l'appréciation des chefs de juridiction <sup>802</sup>. Il s'agissait d'assurer une mixité entre interventions civiles et pénales, principalement en matière de divorce, ou de séparation de corps, d'autorité parentale, d'abandon, d'adoption et de référé. C'est essentiellement la procédure suivie qui permettait une approche globale, axée sur des entretiens avec les membres du groupe familial et les travailleurs sociaux appelés à suivre les décisions. Cependant, de larges pans du contentieux familial échappaient à ces chambres.

Puis la loi du 8 janvier 1993 a instauré la fonction de juge aux affaires familiales (JAF) <sup>803</sup>. Si elle suit l'expérience des chambres familiales en insistant sur la priorité à donner à la globalité du conflit familial, elle retient l'idée d'un juge unique.

**267.** Les compétences de ce nouveau juge le font intervenir pour une multitude d'actes juridictionnels ayant trait à la famille : divorce ou séparation de corps, autorité parentale, obligations alimentaires et contributions aux charges du ménage, organisation des relations familiales, protection des intérêts de la famille et de ceux de l'enfant, etc. Bien que le principe soit celui du juge unique, une possibilité de renvoyer le litige à la formation collégiale du tribunal de grande instance est prévue.

Au-delà des tâches nombreuses et délicates que le juge aux affaires familiales est appelé à remplir, se dégage alors un partage des matières entre le juge unique, conçu en quelque sorte

---

<sup>801</sup> Art. 61 du C. fam.

<sup>802</sup> Cf. S. Rozès, *L'expérience des tribunaux de la famille en France*, Journées de la société de législation comparée, vol. 1, 1979, p. 365 et s. *Adde* : Colloque de l'Ecole nationale de la magistrature, Session de Vaucluse, *Les chambres de la famille*, Rééducation n° 255/260, Juillet-décembre 1973.

<sup>803</sup> Présentation du JAF par J. C. Kross, *De « l'homme orchestre » au « virtuose » ou impressions subjectives de lecture de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993*, Gaz. Pal. 22 & 23 septembre 1993 p. 1 et s. *Adde* : C. Lienhard, *Le juge aux affaires familiales*, Dalloz, 1994 ; C. Maillard, *La réforme sur le juge aux affaires familiales*, Petites Affiches 29/4/1994 ; H. Parcheminal, *Le juge aux affaires familiales : nouveau juge des conflits familiaux*, JCP 1994-I-3762 & *Le juge aux affaires familiales et la protection de l'enfant*, RD sanit. soc. 1994, p. 201 et s.

comme un juge de paix familial <sup>804</sup>, et des juges intervenant sur des matières familiales que l'on qualifiera, pour sacrifier aux classifications en vogue, de « dures », parce qu'elles ne relèvent plus de la gestion publique du conflit interne, mais de la protection des libertés individuelles.

Aux côtés de ce juge unique subsistent en effet des juges spécialisés (au regard de ce contentieux qui connaît, pour juge de principe, le juge aux affaires familiales) : juge des tutelles, juge pour enfant et tribunal de grande instance. La distribution des compétences révèle la prise de conscience de deux sphères de litiges. Certains ont lieu à l'intérieur de l'institution familiale sans la remettre en cause : ils sont réglés par le juge des affaires familiales. D'autres ont au contraire une influence directe sur le groupe lui-même, et échappent à sa compétence de ce fait.

C'est le cas lorsque la famille se forme : filiation et actions à fin de subsides, adoption. Logiquement, c'est aussi le cas lorsqu'elle disparaît : abandon légal et déchéance de l'autorité parentale. Il en va de même lorsque les règles essentielles du groupe doivent être modifiées : changement de régimes matrimoniaux et successions. Dans toutes ces hypothèses, le tribunal de grande instance garde une compétence exclusive. En présence de difficultés particulières, la possibilité de demande de renvoi laissée au juge des affaires familiales, ou à l'une des parties, en matière de divorce ou de séparation notamment, participe du même constat : c'est qu'alors la famille elle-même subit les conséquences du conflit.

Ces règles font visiblement apparaître la prise en compte, au travers du contrôle juridictionnel, de la réalité institutionnelle du groupe familial. Deux types de litiges sont opposés. L'un est grave, car il porte sur l'existence même de l'institution ; l'autre semble mineur, car limité aux relations en son sein.

**268.** C'est dans une telle logique que doit alors être envisagée la protection juridictionnelle de l'individu contre l'institution familiale. Touchant au fonctionnement institutionnel mais susceptible de remettre en cause l'institution parce que ce fonctionnement se révèle anormal, un tel contentieux échappe au juge unique pour être confié au juge des enfants (mineurs en danger), au juge des tutelles (juge du patrimoine de l'enfant et des incapables), ou à la justice pénale (répression des infractions).

A cet égard, l'obligation faite au juge unique, lorsque, dans une espèce qu'il a à connaître, apparaît la nécessité d'une mesure de soutien éducatif pour l'enfant, de régler l'espèce, puis de transmettre le dossier à la section des mineurs du ministère public pour saisine du juge des enfants, s'inscrit dans la perception de cette double réalité institutionnelle, qui établit une hiérarchie entre, d'une part, un contrôle de droit commun sur l'institution normale et, d'autre part, une remise en cause de l'institution du point de vue de sa normalité.

---

<sup>804</sup> Son intervention dans les cas de dissension entre les titulaires de l'autorité parentale (art. 372-1-1 C. civ.) en lieu et place du juge des tutelles participe de cette justice de conciliation, qui vise au moins autant à aider les parents à exercer normalement leur autorité, qu'à trancher des prétentions arrêtées.

Elle n'est que l'illustration d'un contrôle public cohérent et complet, en relation avec la réalité de sa nature interinstitutionnelle. Ce sont dès lors les significations du contrôle qu'il faut rechercher.

## **§ 2 – Les significations du contrôle public.**

**269.** Le contrôle public sur la famille incite à réfléchir sur l'usage de formules protectrices <sup>805</sup> ; parce que l'Etat démocratique se constitue autour des valeurs essentielles de l'individu, l'intérêt de celui-ci est l'intérêt de l'Etat. C'est au regard de cette ambivalence que doit être apprécié l'Etat de droit (A) ; elle constitue le rapport famille/Etat dans une continuité fonctionnelle (B).

### **A – Des droits de l'individu à l'intérêt de l'Etat.** <sup>806</sup>

**270.** La reconnaissance progressive des droits individuels contre les collectivités, familiales ou autres, a constitué pour l'Etat démocratique à la fois le but et le moyen. Un tel Etat n'a pu se constituer que pour la reconnaissance de la primauté de l'homme, qui constitue sa légitimité, son idée d'oeuvre ; mais sa constitution ne peut s'effectuer que par cette reconnaissance effective contre les réalités institutionnelles qui intègrent l'homme dans d'autres perspectives.

L'émergence des droits de la femme contre un mari directif, puis des droits de l'enfant contre des parents tout-puissants, ne peut pas être interprétée dès lors dans un sens univoque.

Certes, ces droits bénéficient d'abord aux intéressés, qui reçoivent protection et liberté d'action. Mais ils bénéficient aussi, et peut-être surtout, à l'Etat moderne, qui y trouve le double avantage de pouvoir s'en servir pour contrôler et pénétrer l'institution familiale, et de pouvoir se reconstituer, en s'opposant aux formes anciennes de l'Etat et aux valeurs qui le dirigeaient.

Une telle attitude, très visible entre la Révolution et l'Empire <sup>807</sup>, n'a cessé de marquer l'évolution du droit, et de s'adapter aux enjeux du temps <sup>808</sup>. Elle s'illustre parfaitement dans le concept de droit fondamental, ou de droit constitutionnel tel que nous l'avons présenté <sup>809</sup>, c'est-

<sup>805</sup> Cf. pour un rappel complet des modèles de relation juridique entre Etat et famille dans une telle problématique : J. Commaille, *Droit et moeurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque*, Droits n° 19, 1994, p. 65 et s.

<sup>806</sup> Ce titre est inspiré de l'intitulé d'un article de Catherine Rollet, *De l'intérêt de l'Etat aux droits des enfants*, Le groupe familial, n° 138, 1993, p. 4 et s. L'auteur y montre l'émergence historique des droits de l'enfant. Notre propos est ici de montrer la signification structurelle de cette émergence, qui sert objectivement l'intérêt de l'Etat. Le renversement auquel nous procédons dans l'intitulé ne traduit donc pas une opposition de fond.

<sup>807</sup> Cf. I. Théry & C. Biet (Dir.), *La famille, la loi, l'Etat de la révolution au Code civil*, Imprimerie Nationale, 1989.

<sup>808</sup> On peut constater ainsi de manière générale que « le recul de l'ordre public dans le droit de la famille n'est qu'apparent, en ce sens que la volonté individuelle n'est autorisée à s'exprimer que lorsqu'elle sert des fins d'ordre public » (A. Lapoyade Deschamps, *Les renonciations en droit de la famille*, D., 1993, chron. LXIX, p. 259). Mais le droit de l'Etat peut-il être autre chose que l'expression de l'ordre public ? Sauf à faire de l'ordre une conception étroite (la répression par exemple), force est de constater que le droit est essentiellement un principe d'ordre et d'équilibre.

<sup>809</sup> Titre précédent.

à-dire d'un droit aux fondements de l'Etat, qui est protégé par l'Etat parce qu'élément, et condition, de sa propre construction en tant qu'ordre juridique.

Condition de la construction de la modernité de l'Etat alors, la prise en compte de l'intérêt de l'individu dans la famille, et éventuellement contre elle, s'articule sur la politique de la normalité. A la lutte ostensiblement politique contre les familles d'Ancien Régime se substitue, avec plus de discrétion dans la signification idéologique, mais non moins d'efficacité, la lutte contre les familles « monstrueuses » ou simplement anormales. Celle-ci permet à la fois de justifier l'intervention de l'Etat au sein de l'institution familiale, au nom de la promotion et de la défense effectives des droits individuels, et d'affaiblir une institution, pour ses membres concurrente de l'Etat.

**271.** La promotion de l'intérêt de l'enfant révèle ici une nouvelle modalité de l'intervention publique <sup>810</sup>. Si la protection de l'épouse renvoyait aux libertés d'un individu adulte, celle de l'enfant concerne une personne en devenir, tant juridiquement (le mineur est incapable), qu'humainement (il est en phase d'acquisition des savoirs, des comportements, des valeurs, etc.). D'autant plus essentielle que l'individu à protéger est objectivement faible et sans défense, la prise en compte de l'intérêt de l'enfant est alors contrôle de l'Etat sur la « production » – avec tout ce que le terme peut avoir de barbare s'agissant d'une personne – du citoyen futur.

Il ne s'agit pas de dévaloriser ce contrôle. Il n'est pas seulement utile ; il est sans nul doute indispensable. Le constater n'interdit pas cependant d'en voir le fonctionnement et les conséquences. Ceux-ci font apparaître l'Etat démocratique moderne comme un Etat social, dans la conception qui se dégage des analyses de Jürgen Habermas, marqué par une ambivalence des droits individuels : « la politique sociale garantit de la liberté et retire de la liberté » <sup>811</sup>. On constate en effet que « la définition individualisante donnée à la protection sociale, si elle constitue un progrès, se paye simultanément sous forme d'intrusions dans le monde vécu des ayants droit » <sup>812</sup>. Ainsi la reconnaissance du droit-liberté à mener une vie familiale normale implique une soumission à cette conformité sociale, et l'admission d'une surveillance publique du vécu familial <sup>813</sup>.

---

<sup>810</sup> Cf. sur une question connexe R. Lafore, *Recherche sur les interventions publiques en matière sociale, le secteur de l'enfance inadaptée-handicapée*, thèse droit public, Limoges, 1986, spécialement 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>811</sup> J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel*, t. 2, p. 398.

<sup>812</sup> H. Pourtois, *Rationalisation sociale et rationalité juridique, une lecture de Jürgen Habermas*, Revue philosophique de Louvain, Août 1991, p. 493.

<sup>813</sup> Ainsi n'est-il pas neutre de constater une structuration du raisonnement juridique prescriptif en deux aspects d'un même mouvement, à l'exemple de la Déclaration universelle des droits de l'homme : si la famille est reconnue comme élément naturel et fondamental de la société, et a de ce fait droit à la protection de la société et de l'Etat (art. 16), aucune disposition ne pourra être utilisée par le groupement familial, ou un membre de la famille, pour détruire les droits et libertés de chaque individu (art. 30).

**272.** L'intérêt de l'individu, et particulièrement de l'enfant, notion-cadre <sup>814</sup>, permet alors un double contrôle de l'institution familiale.

Parce qu'il ne peut être défini qu'en fonction de données concrètes à une situation envisagée, il permet de pénétrer dans l'ordre intérieur du collectif familial, passant outre l'intimité : la protection des droits de l'homme et de l'enfant, exigence d'une société démocratique, sert alors de fondement aux ingérences étatiques dans la vie privée et familiale <sup>815</sup>. Elle réalise effectivement l'affaiblissement du pouvoir familial, contre-pouvoir à l'Etat pour ses membres.

Mais dans le même temps, parce qu'il s'inscrit dans le jugement de normalité sur les comportements familiaux, il permet, spécialement en ce qui concerne l'enfant <sup>816</sup>, un contrôle des valeurs familiales diffusées, des comportements d'acquisition et de formation, qui construit la famille normale dans une identité de valeur avec l'Etat, et qui participe d'un mouvement plus vaste, le contrôle social <sup>817</sup>. Ce ne sont plus alors seulement les comportements familiaux et individuels qui sont en cause, mais bien la fonction familiale d'éducation et de socialisation elle-même. Un glissement s'effectue du privé au public, qui tend à établir une identité et une continuité entre l'Etat et l'institution familiale, dans ses formes utiles à l'Etat, donc dans une perspective que l'Etat définit et impose. La vie familiale normale prend ainsi la valeur d'un agrément étatique implicite, qui implique la famille en tant qu'organe secondaire de l'Etat <sup>818</sup>, et fait de l'Etat une famille supplétive.

## **B – L'Etat comme famille supplétive.**

**273.** De deux points de vue principaux, la famille se voit suppléer par l'Etat <sup>819</sup>. Tel est d'abord le cas lorsque, pour diverses raisons, l'individu se retrouve sans famille. Tel est ensuite le

---

<sup>814</sup> Cf. Titre 1 de cette partie.

<sup>815</sup> Cf. Cour européenne des droits de l'homme, 8 juillet 1987, W, O, H, B, R c/ Royaume-Uni (5 arrêts, annexes).

Il n'est alors pas indifférent de constater l'extrême activité du Conseil de l'Europe en la matière. Cf. *Les mesures d'urgence concernant la famille*, résolution R (91) 9 adoptée par le Comité des ministres le 9/9/1991 ; adde P. Boucaud, *Le Conseil de l'Europe et la protection de l'enfant, l'opportunité d'une Convention européenne des droits de l'enfant*, Dossiers sur les droits de l'homme n° 10, Conseil de l'Europe, 1989.

<sup>816</sup> Mais si l'effet est très visible sur l'enfant, il ne fait guère de doute que les comportements adultes subissent eux aussi une détermination partielle par ce contrôle (sexualité, division du travail familial, etc.). Cf. 2e partie, titre 2, chapitre 2.

<sup>817</sup> Cf. 2e partie, titre 2, chapitre 2.

<sup>818</sup> L'Etat assume d'une part une grande partie des anciennes fonctions familiales (Cf. E. Durkheim, *L'éducation morale*, présenté par R. Lenoir, *Politique et famille en France*, Revue internationale d'action communautaire (Québec), n° 18/58, automne 1987, p. 20). Mais d'autre part, l'Etat est toujours susceptible de s'ingérer dans ce qui reste des fonctions familiales, les contrôlant et éventuellement les prenant en charge, car il s'appuie sur la famille pour remplir ses propres fonctions.

<sup>819</sup> Sur l'ensemble du développement, Cf. les ouvrages cités aux notes 784 & 787.

cas lorsque la famille n'assure pas pour l'individu les fonctions que l'Etat considère comme devant être normalement celles de la famille.

Cependant, dans la logique même de l'intérêt de l'Etat, ces actions sont diversifiées en fonction des individus en cause.

S'il existe une suppléance publique aux carences familiales à l'égard des adultes, elle s'inscrit très généralement dans une perspective directement sociale, et ne vise pas principalement à reconstituer une fonction familiale : sous la forme de l'aide sociale aux adultes ou du revenu minimum d'insertion <sup>820</sup>, par exemple, l'intervention publique gère le constat d'absence de la solidarité familiale <sup>821</sup>.

En revanche, s'agissant de l'enfant <sup>822</sup>, la prise en compte de sa dépendance, et la conviction qu'un milieu familial normal est indispensable, conduisent à une suppléance directement familiale.

**274.** Dans un premier mouvement, l'Etat s'efforce de suppléer les dysfonctionnements familiaux. Sans remettre en cause une famille existante dont le contrôle public a permis d'établir qu'elle connaissait des problèmes fonctionnels, l'Etat va collaborer, voire se substituer pour partie, aux fonctions familiales.

De manière souple, le dysfonctionnement peut être maîtrisé ou prévenu par l'octroi d'une aide au domicile familial (travailleuse familiale, service d'action éducative <sup>823</sup>, etc.) <sup>824</sup>. Puis, en tant que de besoin, il peut être fait appel à d'autres formules, qui iront du recueil temporaire de l'enfant jusqu'à son placement, soit dans une famille d'accueil <sup>825</sup>, soit dans une institution spécialisée.

Il s'agit alors, dans une perspective de protection préventive de l'enfant en danger, d'éviter une remise en cause définitive de la famille d'origine en assistant cette famille dans ses fonctions éducatives.

Ces mesures, qui associent l'autorité administrative (président du Conseil général <sup>826</sup>), et l'autorité judiciaire (juge des enfants), ne doivent écarter les parents ni de leurs responsabilités <sup>827</sup>, ni de leurs droits familiaux essentiels <sup>828</sup>.

---

<sup>820</sup> Cf. E. Borla, *Le RMI entre « assistance » et « nouvelles solidarités »*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, *La solidarité, un sentiment républicain*, PUF, Paris, 1992, p. 136 et s. ; adde M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français, le passé le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993.

<sup>821</sup> Cette suppléance publique n'échappe cependant pas totalement à notre analyse, comme nous le constaterons dans la 2<sup>e</sup> partie, titre 2.

<sup>822</sup> La notion est alors prise au sens large puisque peuvent être également admis au service d'aide sociale à l'enfance la femme enceinte et la mère isolée avec un enfant de moins de 3 ans lorsqu'elles nécessitent un soutien matériel et psychologique, ainsi que les majeurs de moins de 21 ans en difficulté d'insertion parce que fait défaut un soutien familial (art. 46 C. fam.)

<sup>823</sup> Action éducative en milieu ouvert.

<sup>824</sup> Art. 41 C. fam. Rapp. notre étude de la gestion publique des familles, 2<sup>e</sup> partie.

<sup>825</sup> Il peut d'ailleurs y avoir un lien de parenté entre l'enfant et les membres de cette famille d'accueil. Cf. art. 375-3 C. civ.

<sup>826</sup> Qui peut décider seul de certaines mesures comme l'action éducative en milieu ouvert.



Cependant, sous sa forme la plus absolue, celle de la protection judiciaire<sup>829</sup>, la suppléance peut dépasser la simple assistance éducative pour aboutir au retrait partiel de l'autorité parentale (en fait au retrait de l'enfant), à sa délégation partielle, voire à la mise sous tutelle du mineur (parents incapables, disparus ou internés)<sup>830</sup>.

C'est en fonction des données concrètes qui détermineront l'intérêt de l'enfant que le juge se prononcera pour telle ou telle mesure. Limitées dans le temps, elles associent l'Etat à la famille de manière auxiliaire, et non de manière substitutive. Cette complémentarité justifie, notamment, le régime de responsabilité en cas de dommage lié à un agissement du mineur. La collectivité publique est responsable, sur le fondement du risque, d'un dommage causé par un mineur délinquant, qu'il soit placé en institution publique, ou confié à une personne privée ; cette responsabilité ne disparaît que si le placement a eu lieu dans sa famille, sur laquelle pèse alors l'obligation de réparer<sup>831</sup>. L'unité fonctionnelle famille/Etat est ainsi nettement établie.

**275.** Dans un deuxième mouvement, la suppléance porte sur l'existence même de l'institution familiale. Elle se manifeste dans l'institution des pupilles de l'Etat.

L'enfant sans famille, qu'il soit abandonné ou trouvé, que la famille ait disparu pour des raisons juridiques<sup>832</sup> ou matérielles, est pris en charge par l'autorité publique<sup>833</sup>.

**276.** La suppléance concerne d'abord l'état de l'enfant : l'admission comme pupille de l'Etat oblige à la constitution d'un acte de naissance parfois fictif (occultation de la filiation dans certains cas par exemple<sup>834</sup>) et comportant des renseignements que l'Etat détermine en lieu et place des parents (prénom voire nom, date de naissance estimée).

<sup>827</sup> La possibilité pour les parents de demander de telles mesures tend ainsi à les faire directement participer au rétablissement de la normalité familiale.

<sup>828</sup> Cour européenne des droits de l'homme, 24 mars 1988, Olsson c/ Suède (annexe). C'est d'ailleurs à propos de ces droits qu'est intervenue la Loi du 6/6/1984 relative aux droits des familles, déjà évoquée.

<sup>829</sup> Art. 375 C. civ. : « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice [...] ».

<sup>830</sup> La tutelle est alors en principe familiale. A défaut, le juge des tutelles la défère à l'aide sociale à l'enfance, qui supplée donc ici encore la famille.

<sup>831</sup> CE, 19 décembre 1969, Etablissement Delannoy (annexe). Il faut alors noter que, très logiquement, si la responsabilité est engagée sur le fondement de la faute, la compétence sera judiciaire puisque ayant trait au fonctionnement du service public de la justice : Cf. TC, 5/4/1993, CRAMA de la Haute-Vienne, Rec. p. 397.

<sup>832</sup> V. section suivante.

<sup>833</sup> Il faut cependant noter, dans la logique du droit à la famille et aux relations familiales que nous avons présentée, la possibilité, pour des parents ou alliés de l'enfant, ou pour une personne liée à lui (personne ayant notamment assuré sa garde) d'intenter un recours devant le tribunal de grande instance contre la décision d'admission définitive d'un enfant comme pupille de l'Etat. Un tel recours peut, dans l'intérêt de l'enfant, aboutir à ce que le demandeur se voie confier l'enfant.

<sup>834</sup> Accouchement sous X, etc.

277. La suppléance concerne surtout le cadre de vie.

Si l'adoption du pupille semble à l'évidence la solution préférable car elle reconstitue une véritable famille, elle n'est pas toujours dans les faits aisée à réaliser <sup>835</sup>. Le profil des pupilles ne correspond pas toujours à celui recherché par des familles qui auront parfois tendance à préférer l'adoption à l'étranger ; l'âge de plus en plus élevé des enfants admis apparaît pour bien des adoptants, à tort ou à raison, comme une difficulté supplémentaire ; de plus, au-delà de l'âge de 15 ans, il n'est plus possible de procéder à une adoption plénière recherchée par les adoptants en règle générale, car elle seule permet une véritable reconstruction familiale. Surtout, l'application avec laquelle le service de l'aide sociale à l'enfance conçoit sa mission, pour ne pas confier l'enfant sans garantie, crée des complications supplémentaires : parce que l'enfant est le plus souvent placé « en attente » dans une famille d'accueil, il est ballotté de sa famille d'origine à sa famille d'accueil, de celle-ci à sa famille d'adoption, au détriment souvent de l'équilibre affectif et des droits aux relations familiales <sup>836</sup> de l'ensemble des intervenants.

En l'absence ou dans l'attente de l'adoption, l'Etat va assurer certaines des fonction familiales. Si l'Aide sociale à l'enfance est un service confié à une autorité décentralisée, si les tutelles font intervenir très généralement l'autorité judiciaire, il n'est pas neutre d'observer que, s'agissant des pupilles de l'Etat, le rôle central est confié au préfet *ès qualités* <sup>837</sup> : cela témoigne à l'évidence de l'importance pour l'Etat de la famille en tant qu'élément structurant, dont l'absence remet en cause l'ordre public, et que l'Etat doit immédiatement et directement suppléer <sup>838</sup>.

Le président du Conseil général, en tant que responsable de l'aide sociale à l'enfance, reste gardien du pupille dont il aménage la vie matérielle. Mais le préfet est alors tuteur légal et obligatoire, sous le contrôle d'un conseil de famille de type particulier, qui regroupe des représentants du Conseil général, des personnes qualifiées en matière de protection de l'enfance et de la famille, et des représentants d'associations familiales (dont une association de familles adoptives), d'associations de pupilles et d'anciens pupilles, et d'associations d'assistantes maternelles.

Comme on le voit, une telle organisation, complexe, nécessite dans l'intérêt de l'enfant une collaboration effective de l'ensemble des intervenants, que la procédure de tutelle des pupilles de l'Etat tend à instaurer : concertation, examen de situation fréquent et systématique, etc. <sup>839</sup>. Si l'Etat prétend en effet suppléer la famille, il doit s'efforcer de ne pas encourir les reproches d'anormalité qu'il lui arrive de porter contre elle, et qui justifient cette suppléance.

---

<sup>835</sup> Sur tous ces points, Cf. E. Alfandari, *Action et aide sociales*, Dalloz, 1989, p. 538-564.

<sup>836</sup> Au sens très large alors, y compris la famille d'accueil.

<sup>837</sup> Ce qui ne fait pas obstacle à une délégation de cette mission à la direction départementale des affaires sanitaires et sociales.

<sup>838</sup> Cf. art. 60 à 65 C. fam.

<sup>839</sup> Décret 85-936 du 23 août 1985.

**278.** Avec cette suppléance se trouve concrètement illustrée la continuité fonctionnelle que l'Etat tend à établir avec la famille, et qui est le sens qu'il donne à sa relation politique interinstitutionnelle avec elle. Mais il peut arriver que cette continuité ne soit pas envisageable, parce que l'autre institution résiste, parce que la famille, anormalement pour l'Etat, ne s'inscrit pas dans ce schéma de continuité fonctionnelle. Repérée par la surveillance, une telle famille devient l'enjeu d'une attention particulière de l'Etat, qui s'oppose directement à elle.

## SECTION 2 : UNE ANORMALITE COMBATTUE.

**279.** Le contrôle public sur la famille peut aboutir à une remise en cause de celle-ci dès lors qu'elle ne permet pas à un ou plusieurs de ses membres de mener normalement sa vie familiale, c'est-à-dire, aussi, qu'elle ne remplit pas les fonctions qu'en attend l'Etat.

Au-delà de ce que révèle le contrôle public, ce peut être également l'individu qui, de lui-même, cherche dans l'Etat le moyen d'opposer aux membres du groupe familial le respect de ses droits. L'ordre juridique étatique est alors invoqué par l'individu pour faire obstacle à l'ordre familial.

Comme nous l'avons vu, les deux éléments sont liés et, parce que droit fondamental, le droit de l'individu est aussi l'intérêt de l'Etat. Pour cette raison, l'Etat va mener un combat juridique contre la famille anormale. D'abord, celle-ci est accusée de ne pas remplir normalement ses fonctions : son anormalité est définie (§ 1).

Si l'anormalité tient aux fonctions, nous avons vu que la disparition de l'institution familiale ne peut pour autant être une solution à cette anormalité, car une telle disparition porterait elle-même atteinte au droit à la famille de l'individu que l'on entend protéger, et ne permettrait pas que les fonctions soient assurées. Néanmoins, en dernière extrémité, la lutte de l'Etat contre l'anormalité familiale peut déboucher sur une condamnation du groupe, sanctionné dans son existence, afin que l'individu recouvre pleinement sa liberté de mener, ailleurs et autrement, sa vie familiale : que la continuité fonctionnelle puisse exister (§ 2).

## **§ 1 – L'accusation de la famille anormale.**

**280.** L'accusation d'anormalité portée contre la famille se formule dans le non-respect par le groupe des droits familiaux de l'individu. Mais concrètement, il s'agit de l'affrontement interindividuel portant sur les droits familiaux de chacun. L'Etat est alors sommé de donner une interprétation de ces droits, et conduit à apprécier comment ils sont vécus : il doit ainsi contrôler les pouvoirs exercés, et les atteintes, juridiques ou matérielles, aux droits et libertés.

Nous savons que la construction de ces droits comme fonction, en même temps qu'elle protège la famille, permet d'en contrôler l'exercice, par la voie d'une technique analogue à l'excès de pouvoir. Et ce contrôle se fait par rapport au standard de normalité, c'est-à-dire par rapport à une appréciation liée à la relation interinstitutionnelle entre l'Etat et la famille.

Selon la situation de l'individu, c'est alors le conjoint (A) ou l'enfant (B) qui est en position d'opposer des droits aux membres du groupe familial, ou qui est mis dans cette position par l'Etat.

### **A – Le non-respect des droits du conjoint.**

**281.** L'approche doit ici tenir compte du statut public des rapports institutionnels que les conjoints ont établis. De ce point de vue, les droits positifs ne seront pas les mêmes selon que la famille est légitime ou naturelle.

**282.** Dans le couple légitime – qu'il ait débouché d'ailleurs sur une famille ou que celle-ci reste projetée –, l'institution est reconnue par le droit de l'Etat qui en fixe statut et régime, et ainsi énonce des droits et obligations pour les conjoints. Chacun est alors en droit d'attendre de l'autre qu'il s'acquitte de ces obligations et qu'il respecte ces droits. L'Etat interviendrait pour sanctionner éventuellement un manquement.

La solution, simple à concevoir, bute en fait sur une difficulté essentielle. Cette reconnaissance de droit est plus qu'une reconnaissance des droits individuels, elle est aussi reconnaissance de la réalité institutionnelle d'un ordre familial partiellement autonome, qui possède ainsi ses normes et ses modes de régulation de conflits.

L'imprécision avec laquelle sont formulés certains de ces droits et devoirs par le droit positif témoigne de la prise en compte de cet ordre familial. Le droit intervient alors de deux manières : d'une part, il considère l'opportunité laissée à l'un des conjoints de se soustraire à

l'empire de cet ordre, d'autre part, il envisage les sanctions à apporter à des actes qui ne relèveraient pas, par leur nature ou par leur intensité, d'un ordre intérieur considéré comme normal. Dans le premier cas, il s'agit directement et simplement de déterminer les prérogatives individuelles dans un cadre considéré comme normal. Dans le second, la protection individuelle se double d'une lutte contre l'anormalité familiale.

**283.** Le Code civil met à la charge des époux des devoirs réciproques : fidélité, cohabitation, relations charnelles ou entraide et assistance, par exemple. Mais le droit moderne reconnaît aussi l'autonomie des époux, dans leur personne et dans leurs actes (autonomie professionnelle, patrimoniale, etc.).

Il faut alors se demander dans quelle mesure le manquement à ces actes constitue une violation des droits familiaux de l'individu. C'est ici la sanction que le droit positif apporte à ces manquements qui permet d'apprécier le dispositif.

Une telle sanction a connu une évolution du fait de la prise en compte progressive par l'Etat de l'intérêt de l'individu. Si l'on prend l'exemple du devoir de fidélité, on constate que la dépénalisation de l'adultère témoigne d'un renoncement à protéger l'institution familiale en tant que telle <sup>840</sup> pour laisser les conséquences à l'appréciation des époux. Dit autrement, cela signifie que de tels actes ne relèvent que de la vie privée et de l'intimité, sans porter atteinte à l'institution et à son fonctionnement normal pour l'Etat. Cela ne signifie pas que l'Etat juge de tels actes normaux. Cela témoigne seulement que les fonctions familiales, telles que l'Etat les perçoit désormais, peuvent être correctement remplies indépendamment de cette question de la fidélité. De la même manière, il n'est pas neutre d'observer que si le refus de la communion charnelle n'est pas sanctionné en tant que tel par le droit positif, laissant la question à l'appréciation des époux, la reconnaissance que puisse exister un viol entre époux <sup>841</sup>, c'est-à-dire la condamnation d'une exécution forcée de cette communion, protège l'individu contre des comportements auxquels il doit consentir, même dans l'institution. L'ensemble permet alors de distinguer, au travers de l'incrimination pénale, le révélateur de la position publique.

**284.** Dès lors que la question relève des droits familiaux dans leur acception de normalité et d'intimité, ils sont reconnus comme relevant de la confrontation des appréciations individuelles au sein de l'ordre institutionnel de la famille. La seule voie que l'Etat offre à l'individu qui se considérerait victime d'une atteinte à ses droits statutaires – mais ici, statutaires dans l'ordre familial – est l'éventuelle faculté de s'extraire de l'ordre institutionnel, par la séparation de fait ou

---

<sup>840</sup> Encore que si l'on tient compte de la discrimination existant alors selon que l'adultère était commis par le mari ou par la femme, on peut se demander si ces dispositions protégeaient l'institution et les mœurs, ou bien plutôt la puissance maritale et derrière elle la paternité du mari.

<sup>841</sup> Reconnaissance tardive : Cass. crim., 17/7/1984, Rev. sc. crim. 1985 p. 81 (obs. Levasseur). Encore faut-il attendre 1992 pour que les juges admettent qu'il puisse y avoir viol en l'absence de séparation, et en l'absence de violence, mais avec contrainte : Cass. crim., 11/6/1992, D. 1993, 117 (note Rassat) ; JCP 1993-I-22043 (note Garé).

par le divorce. Notons cependant, et là non plus le dispositif n'est pas neutre puisqu'il révèle, comme la notion de famille légitime ou le lien entre mariage et famille, un contrôle social, au-delà du contrôle public <sup>842</sup>, que les modalités positives du divorce en France, et notamment, d'un point de vue pratique, le recours à la notion de faute en l'absence d'accord sur le désaccord (consentement mutuel) ou de rupture de la vie commune, traduisent une appréciation de désapprobation publique, au moins implicite, singulièrement révélatrice de la normalité familiale. L'Etat n'en tire cependant aucune conséquence pour lui. L'anormalité n'est pas ici considérée par l'Etat comme suffisamment grave pour justifier une intervention publique autre que celle qui se contente de constater que l'union des époux ne traduit plus une convergence, marquant l'impossibilité du maintien de l'institution maritale.

A l'inverse, la pénalisation de certains comportements révèle une telle intervention : ce sont alors généralement les violences non consenties qui seront sanctionnées, traçant la limite que l'Etat entend fixer à des actes qui ne sont plus la manifestation de l'intimité familiale, mais la remise en cause des valeurs étatiques, fondées sur la protection de l'individu. L'impunité pénale du vol entre époux <sup>843</sup> montre par ailleurs que l'Etat n'entend remettre en cause l'ordre juridique institutionnel que lorsque l'atteinte aux droits de l'individu le touche au-delà de son patrimoine, au plus profond de son intimité : dans sa personne.

**285.** Curieusement en apparence <sup>844</sup>, cette présentation, pourtant marquée par la notion de famille légitime, trouve à s'appliquer avec la plus grande aisance aux rapports entre parents dans la famille naturelle. L'union de fait qu'est le concubinage se terminant, lorsqu'elle s'achève, par une simple séparation de fait, l'Etat est conduit à intervenir uniquement lorsque les droits individuels ne sont manifestement pas rattachables à cette institution de fait, mais n'a nullement à se prononcer sur la séparation <sup>845</sup>.

A l'inverse, en ce qui concerne la famille légitime, puisque l'Etat doit se prononcer, ne serait-ce que pour sanctionner le désaccord par un acte juridique approprié (le divorce), l'Etat est en mesure de mener une véritable politique du sortir de l'institution, qui tient alors davantage au statut de l'institution qu'elle ne se fonde sur la protection des droits individuels.

**286.** De manière positive, le droit au divorce en France résulte des simples dispositions de la loi 75-617 du 11 juillet 1975. Le Conseil constitutionnel ne s'étant pas prononcé sur un tel droit,

---

<sup>842</sup> Rappr. de notre développement *infra*, dans le dernier chapitre de la thèse.

<sup>843</sup> Art. 311-12 nouveau C. pén. Impunité dont le caractère familial joue également entre ascendant et descendant.

<sup>844</sup> Curiosité qui n'est qu'apparente, car, à y bien réfléchir, elle montre que les différences n'existent pas réellement entre couples mariés ou non, mais entre, d'une part, l'ensemble des couples d'adultes et, d'autre part, l'ensemble des relations adulte/enfant. Du lien prescriptif que l'on établit entre ces deux situations dans la famille légitime vient, comme nous l'avons montré (chapitre précédent), que la rigidité nécessaire de la relation familiale déteint sur la souplesse de la relation maritale.

<sup>845</sup> Droits personnels et patrimoniaux puisque alors, la coloration familiale de l'impunité pénale en matière de vol n'est pas extensible au couple.

la seule indication que nous ayons sur son éventuelle valeur supra-législative est issue de manière négative de la jurisprudence européenne des droits de l'homme.

Les dispositions constitutionnelles de la République Irlandaise, comme nous l'avons dit très protectrices de la famille <sup>846</sup>, précisent « qu'aucune loi ne sera promulguée pour accorder la dissolution du mariage » <sup>847</sup>. Dans une situation un peu particulière, où deux adultes ayant engagé une relation stable, l'homme étant marié et séparé, avaient eu un enfant adultérin, la Cour européenne s'est vue contrainte de se prononcer sur la conventionnalité de telles dispositions, et particulièrement sur la question de savoir si le refus du divorce constituait une ingérence admissible de l'Etat dans la vie familiale des individus, ou constituait une atteinte à la liberté du mariage et au respect de la vie familiale <sup>848</sup>.

La réponse apportée par la Cour est pour le moins curieuse, et révèle un sens de la casuistique particulièrement savoureux. En effet, la Cour constate d'abord que le droit de se marier vise la formation des relations conjugales et non leur dissolution ; il ne saurait donc impliquer le droit de divorcer, même pour se remarier. Ensuite, estimant que la Convention se lit comme un tout, elle déduit qu'il ne saurait être possible de considérer que le refus étatique de reconnaître le divorce constitue une ingérence inadmissible dans la vie familiale des requérants, sans faire en même temps dire à l'article 8 (vie familiale) ce que ne reconnaît pas l'article 12 (liberté du mariage). En conséquence, le droit irlandais ne porte pas atteinte sur ce point aux droits que les parents tiennent de la Convention. En revanche, il n'en va pas de même de l'absence de reconnaissance d'un régime juridique reflétant les liens familiaux naturels de l'enfant adultérin : il y a de ce fait une ingérence, portant atteinte au droit à la vie familiale.

Oublions le statut de l'enfant qui n'est pas ici directement notre propos, et convenons, d'abord, que la Cour aurait très bien pu admettre, en se référant en premier lieu à l'article 8, que l'absence de reconnaissance du droit au divorce constitue une violation des droits au respect de la vie familiale, puisque le seul argument qu'elle oppose alors à cette violation résulte, non du fond du droit, tel qu'il pourrait résulter d'une lecture isolée de l'article 8, mais de son interprétation préalable des énoncés sur le droit au mariage : si l'on veut faire dépendre le respect ou les violations des droits de critères formels, et conditionner ainsi le sens d'un article de l'interprétation préalable ou postérieure d'une autre disposition, l'ordre de présentation des matières dans la Convention est un critère qui en vaut un autre, et il n'aurait pas été plus absurde de déduire le sens de l'article 12 de l'interprétation préalable de l'article 8 !

La Cour, soucieuse d'effectivité, en vient alors à admettre un point surprenant : si la spécificité irlandaise, fondée sur la question religieuse, pouvait justifier que deux adultes le désirant ne puissent avoir le droit de divorcer, une telle spécificité ne saurait rendre tolérables les discriminations subies dans les relations familiales au sens strict avec leur enfant adultérin. La

---

<sup>846</sup> V. introduction générale.

<sup>847</sup> Art. 41 de la Constitution du 1/7/1937.

<sup>848</sup> 18 décembre 1986, *Johnston c/ Irlande* (annexe).



religiosité débouche ici paradoxalement sur l'obligation pour l'Etat irlandais de donner un statut public à l'adultère, en donnant un statut à la filiation adultérine. La Cour aurait-elle voulu par là ne pas sanctionner, c'est-à-dire ne pas heurter de front la souveraineté étatique <sup>849</sup>, pour essayer de convaincre les autorités irlandaises que la situation avait quelque chose d'absurde ? On peut le croire. Mais on peut s'en étonner, et ne pas juger cette construction fragile très satisfaisante.

**287.** Toujours est-il que la Cour n'a pas fait du droit au divorce un élément des droits familiaux. Le Conseil constitutionnel, s'il s'est prononcé comme nous l'avons vu sur la liberté du mariage, n'a pas eu à s'interroger sur celle du divorce. C'est la doctrine française qui a tenté, en ce qui la concerne, de rechercher le fondement constitutionnel d'un tel droit, en en faisant un élément de la liberté individuelle.

Ainsi François Luchaire y voit, semble-t-il, un principe fondamental reconnu par les lois de la République, qui serait alors une composante de la liberté individuelle <sup>850</sup> ; mais une telle reconnaissance n'aurait de valeur, eu égard aux conditions que pose le Conseil constitutionnel lorsqu'il reconnaît de tels principes fondamentaux, qu'au regard du divorce pour faute, en référence à la loi Naquet de 1884 qui en traitait, alors que les autres formes de divorce n'ont été admises qu'après 1946, au-delà de la période de référence habituellement admise. On a fait alors valoir, à l'encontre d'une appréciation aussi restrictive, que si la liberté individuelle pouvait faire admettre que la vie maritale, dès lors qu'elle devenait insupportable, soit remise en cause, ce caractère insupportable n'était pas nécessairement lié à une faute <sup>851</sup>.

Philippe Ardant propose, pour sa part, de se référer, pour faire de la liberté du divorce un principe constitutionnel, au refus par l'Assemblée constituante en 1792 de considérer le mariage comme un engagement irrévocable perpétuel <sup>852</sup> ; là encore, si l'argument joue incontestablement à titre d'inspiration, il ne correspond pas directement aux critères développés par le Conseil constitutionnel pour donner valeur constitutionnelle positive à un principe.

Il semble que la question doit être maintenant posée au regard plus générique de la liberté constitutionnelle, du droit au respect de la vie familiale normale. La fréquence du divorce dans la société française actuelle est telle qu'il ne semble guère envisageable de pouvoir lier désormais ce droit à une quelconque anormalité. La prise en compte des libertés individuelles (vie privée, liberté de conscience, etc.) conduit aux mêmes conclusions. Et du point de vue des fonctions familiales, celles-ci ne paraissent pas devoir être mieux garanties parce qu'elles se dérouleraient dans une famille non divorcée qu'au sein d'une famille recomposée ou monoparentale : si, dans l'absolu, tel peut être le cas, ne serait-ce que pour des raisons de stabilité environnementale, on

---

<sup>849</sup> D'autant qu'il s'agissait d'une disposition constitutionnelle et que les organes de Strasbourg n'ont jamais pour l'instant fait prévaloir la Convention sur un tel énoncé.

<sup>850</sup> *Les fondements constitutionnels du droit civil*, RTD civ. 1982, p. 260.

<sup>851</sup> M. Frangi, *Constitution et droit privé, les droits individuels et les droits économiques*, Economica, 1992, p. 79-84.

<sup>852</sup> *Rapp. français*, in Association Henri Capitant, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, T. XXXIX, Economica, 1988, p. 81.

admet généralement qu'en pratique, une famille qui n'offre plus d'idée d'oeuvre à ses membres, parce que notamment les parents souhaiteraient divorcer, n'offre pas cette stabilité, ce cadre idéal pour des fonctions de socialisation ou de solidarité. Et si certaines considérations, notamment religieuses, ou tenant au sentiment religieux majoritaire, peuvent expliquer, voire justifier, que le divorce ne soit pas explicitement garanti au niveau constitutionnel, et qu'il soit encadré, il est probable qu'une loi portant atteinte à ce droit au point de le vider de sa substance serait censurée par le Conseil constitutionnel, parce que portant atteinte au droit fondamental à la vie familiale normale.

**288.** Enfin, il reste à évoquer, pour la rappeler, une question déjà envisagée, celle des droits du conjoint à l'égard de son ou ses enfants. Ces droits ont trait à l'autorité parentale, et/ou se rapportent aux relations familiales. Si nous ne reprenons pas ici nos développements antérieurs <sup>853</sup>, il faut noter que la protection pénale de ces droits <sup>854</sup>, qui vise à garantir leur effectivité au-delà des conflits individuels, traduit exactement leur place et leur valeur dans le dispositif par lequel l'Etat contrôle l'institution familiale et lutte contre les comportements qu'il juge anormaux.

## **B – Le non-respect des droits de l'enfant.**

**289.** Abondamment présentée, de manière exhaustive et talentueuse, la question des droits de l'enfant constitue incontestablement, avec celle de la bioéthique, un sujet qui a à l'heure actuelle les faveurs, pour une fois conjointes, du personnel politique, des juristes et de l'opinion <sup>855</sup>.

L'enfant est pour le droit français une personne en devenir, c'est-à-dire avant tout une personne, mais qui n'a pas atteint encore un développement physique, intellectuel et moral suffisant pour pouvoir être considérée comme un citoyen ou une personne juridique entière. A cet effet, la première protection de l'enfant est négative ; elle prend la forme du statut de la minorité, qui fixe un âge légal à l'accession à l'autonomie individuelle (18 ans), tout en prévoyant des possibilités d'accès devancé (émancipation, mariage, mais aussi capacité progressive de

<sup>853</sup> Chapitre 1 section 3 du présent titre.

<sup>854</sup> Abandon de famille, atteinte à l'autorité parentale, etc. Cf. chapitre VII du nouveau C. pén.

<sup>855</sup> Une bibliographie exhaustive est ici impossible. On aura cependant une idée assez complète en se référant, outre les manuels de droit civil consacrés à la famille cités note 178, à la thèse de C. Neirinck : *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, 1984 et à son ouvrage, *Le droit de l'enfance*, Delmas, 1993 ; au *Que-sais-je ?* de F. Dekeuwer-Defossez, *Les droits de l'enfant*, 2<sup>e</sup> édition 1993 ; à la revue *Droits de l'enfance et de la famille*, *La Convention internationale des droits de l'enfant*, n° 29, 1990 ; au dossier préparé par J. C. Monnier & alii (Dir.), *Les droits de l'enfant*, Problèmes politiques et sociaux n° 669, 13 décembre 1991 ; au rapport du Conseil d'Etat, *Statut et protection de l'enfant*, Doc. fr., 1991 ; aux travaux de l'Association Henri Capitant, *La protection de l'enfant*, 1981 (rapports de droit public général – Moderne – et français – Delvolvé –) ; enfin à F. Monéger, *La loi du 8 janvier 1993 et les droits de l'enfant*, RD sanit. soc. 1993 p. 223 et s.

l'adolescent <sup>856</sup>, notamment). Ce statut fixe pareillement un point de départ qui date l'accession à la personnalité juridique : la naissance. A cet égard, le débat vif qui tourne autour du statut de l'embryon pour en faire une personne, dont les droits seraient reconnus, n'a pas reçu de réponse juridique positive, notamment de la part du Conseil constitutionnel <sup>857</sup>.

Ce statut repose également sur des incriminations spéciales qui protègent la personne de l'enfant contre les agissements d'adultes qui pourraient profiter de sa faiblesse, et particulièrement contre les membres de sa propre famille <sup>858</sup>.

Un tel statut fait du mineur un incapable dont la représentation doit être assurée. Le pouvoir des parents est à cet égard sanctionné positivement par l'Etat, qui reconnaît par là l'utilité pour lui, et pour l'enfant, de l'institution familiale. Cette reconnaissance n'est cependant pas absolue. Dans la logique que nous avons présentée, elle n'est pas exclusive d'un contrôle sur la normalité des pouvoirs parentaux, ni de la définition d'un statut véritable des droits de l'enfant.

**290.** De ce point de vue, le standard de la normalité familiale rencontre celui de l'intérêt de l'enfant. Comme nous l'avons dit <sup>859</sup>, l'un ne s'oppose pas à l'autre mais les deux sont concrétisés ensemble par l'autorité publique dans l'appréciation de la légalité ou de l'illégalité d'un même comportement. La famille est bien le premier des droits de l'enfant. On constate alors avec netteté le phénomène perçu par l'analyse fonctionnaliste de la famille <sup>860</sup> et qui assigne un objectif à l'institution familiale, dans la réalisation de l'enfant : de la personne en devenir à l'adulte réalisé. Cet objectif doit cependant être situé par rapport aux relations interinstitutionnelles qu'entretiennent famille et Etat. L'intérêt de l'enfant apparaît alors à la fois comme l'objet direct de l'intervention publique (qui effectivement le recherche) et, indirectement grâce à la justification que cette recherche apporte, comme le moyen d'intervenir contre l'institution familiale, ou du moins en son sein <sup>861</sup>.

**291.** Le droit national et le droit international, spécialement la Convention de New-York <sup>862</sup>, fixent une véritable charte des droits du mineur. Cette internationalisation s'inscrit dans une logique qu'appelle la protection de l'enfant quel qu'il soit et où qu'il se trouve, que justifie son incapacité juridique à choisir sa situation, et qui se manifeste par un contrôle sur l'ensemble des situations familiales, même étrangères, dès lors que l'enfant est de passage, ne serait-ce qu'un court instant, sur le territoire français <sup>863</sup> : l'ordre public ne s'arrête pas ici à une quelconque

---

<sup>856</sup> Art. 389.3 C. civ.

<sup>857</sup> Cf. *Déc.* 94-343-344 DC du 27/7/1994.

<sup>858</sup> V. chapitre 7 du nouveau C. pén. : « des atteintes au mineur et à la famille ».

<sup>859</sup> Titre 1 de cette partie.

<sup>860</sup> *Id.*

<sup>861</sup> V. section précédente.

<sup>862</sup> ONU, 20/11/1989. Sur l'applicabilité contestée de cet instrument, V. chapitre précédent.

<sup>863</sup> Cf. par exemple Cass. crim. 4/11/1992, D. 1994 p. 11 (note Boulanger) : « quelle que soit la nationalité de l'enfant, l'intérêt de celui-ci commande qu'il soit confié au service départemental de l'aide sociale à l'enfance [...] ; il résulte de l'art.

spécificité nationale et on retrouve un souci de définir la normalité par rapport à une situation bien déterminée, celle de la France comme démocratie libérale, qui inspirait déjà les droits familiaux conçus comme une liberté <sup>864</sup>.

**292.** Le statut de l'enfant comprend d'abord un droit au statut. L'importance pour l'Etat de la généalogie, parfaitement analysée par Pierre Legendre <sup>865</sup>, implique un droit au nom et au prénom (généalogie familiale), ainsi qu'un droit à la nationalité (qu'on pourrait assimiler, parallèlement à la généalogie familiale, à une généalogie publique <sup>866</sup>).

Il comprend ensuite un droit au patrimoine, autonome, pour lequel le représentant légal doit des comptes, et qui est d'autant plus effectif que le statut du mineur, salarié notamment, lui confère une autonomie de fait reconnue par le droit <sup>867</sup>. Il comprend enfin et surtout du point de vue qui nous occupe des droits sur sa personne.

**293.** Cela concerne d'abord la personne dans son aspect intellectuel : par exemple le droit à l'éducation. C'est sur ce point d'ailleurs que les droits de l'enfant semblent les plus restreints, corrélativement à la fonction que l'Etat assigne à la famille. Ainsi, par exemple, le mineur ne peut-il s'opposer aux choix religieux de ses parents dès lors qu'ils ne mettent pas en cause son devenir. Ils heurtent pourtant la notion de liberté de conscience ; il faut constater que, tirant les conséquences de ce que le mineur est un être en devenir, le droit ne garantit pas cette liberté, puisque, à ses yeux, son objet même fait défaut. De ce point de vue, l'emprise du pouvoir parental est patente. Mais il faut admettre également que si ce ne sont pas les parents qui imposent leurs choix éducatifs, ce doit bien être quelqu'un d'autre (l'Etat, un autre membre de la famille ou un tiers, peu importe ici) qui le fera, et qu'en toute hypothèse, la liberté du mineur manquera en fait pour l'essentiel.

Cependant, de tels choix peuvent justifier une ingérence de l'Etat s'ils risquent de nuire au mineur, notamment en cas d'endoctrinement par une secte. Cette ingérence ne se fonde alors pas sur les choix éducatifs, et son objet est simplement de lutter contre les conséquences objectives d'une pratique religieuse <sup>868</sup>. Elle garantit ainsi le droit général à la santé dont dispose,

---

3 C. civ. que les dispositions relatives à la protection de l'enfance en danger sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent [...] ». En revanche, et sauf application des dispositions de conventions internationales, les juridictions françaises sont incompétentes pour prendre des mesures d'assistance éducative concernant des mineurs résidant hors du territoire national : Cf. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6/4/1994 (D. 1994, IR, 111).

<sup>864</sup> V. chapitre 1 de ce titre.

<sup>865</sup> *Leçons*, particulièrement IV et VI, Fayard. L'auteur montre combien l'établissement des filiations est un privilège de l'Etat et une nécessité pour lui.

<sup>866</sup> On rejoint encore ici les enseignements de Pierre Legendre sur l'Etat, *ibid.*

<sup>867</sup> Contrat d'apprentissage, etc.

<sup>868</sup> Cf. Cour européenne des droits de l'homme, 23 juin 1993, Hoffmann c/ Autriche (annexe). La Cour n'admet pas de discrimination religieuse (et sanctionne l'Etat en l'espèce pour cette raison), mais indique que l'Etat peut tenir compte des incidences sur la vie sociale des comportements religieux et des dangers objectifs pouvant en résulter. Il s'agissait, en l'occurrence, d'écarter dans le divorce la mère du droit de garde, en tant qu'elle était adepte des enseignements des Témoins de Jéhovah. Nous avons vu que le Conseil d'Etat retenait la même solution en matière d'adoption (Sous-sect. réunies, 24

comme tout individu, le mineur, et que lui-même ou l'Etat peut opposer aux parents ou aux personnes sur lesquelles pèsent un devoir d'aliment et d'entretien.

Toutefois, ces droits du mineur sur sa personne n'ont pas l'ampleur de ceux reconnus à l'adulte, comme en témoigne le régime juridique de la liberté sexuelle de l'adolescent <sup>869</sup>.

**294.** Il semble en fait que le mineur, parfois après avoir atteint un certain âge, puisse s'opposer ou consentir à des actes portant sur les attributs de sa personne ou de ses biens (soins médicaux, mariage, adoption, avortement, etc.), sans pouvoir, en principe, passer juridiquement outre une opposition parentale.

Cela conduit à appréhender la question d'un autre point de vue. La position générale de l'Etat est différemment perçue par l'enfant et les parents en fonction de son âge, de sa maturité, des éléments concrets tenant à sa personne et à sa famille. L'Etat ne fixe ainsi rien *a priori*, mais laisse à l'institution familiale (peut-il faire autrement ?) le soin de régler les comportements en fonction de ses valeurs, et des rapports d'autorité qui s'y manifestent, posant simplement des garde-fous objectifs (protection de l'enfance en danger), ou plus subjectifs (intérêt supérieur de l'enfant), qui justifient alors son intervention.

**295.** Le droit essentiel de l'enfant devient alors à l'évidence celui de pouvoir avoir accès à la justice pour participer à la définition de son intérêt <sup>870</sup>.

Droit de se plaindre (sinon toujours directement à la justice, du moins à l'administration qui défendra ses intérêts), droit d'être entendu <sup>871</sup>, droit d'être représenté de manière autonome devant la justice ou même droit d'obtenir des aménagements concernant sa représentation légale <sup>872</sup>, concrétisent cette émergence de la personne de l'enfant dans la famille, et lui permettent, en définitive, une participation aux questions relatives à sa personne. Il acquiert par là un rôle actif dans l'institution, que celle-ci pouvait lui refuser.

Une telle avancée doit permettre, comme l'exprime la devise de l'Année internationale de la famille, d'« édifier la plus petite démocratie au coeur de la société ». Cette prise en compte des

---

avril 1992, Département du Doubs c/ époux F. Annexe). La notion de protection de l'enfance en danger doit conduire à une même solution, permettant d'intervenir dans le milieu familial lui-même, notamment pour lutter contre les sectes (assistance éducative, etc.). Cette procédure, si elle ne permet pas de conférer un pouvoir de décision à l'enfant, permet toutefois de recueillir l'avis du grand mineur. *Adde* : S. Besson, *Religion et famille, problématique de l'appartenance à un groupe religieux minoritaire : l'exemple des Témoins de Jéhovah*, thèse droit de la famille, Lyon III, 1993 ; P. Malaurie, *Droit, sectes et religions*, APD t. 38, 1993, p. 211 et s.

<sup>869</sup> L'art. 227.25 du nouveau C. pén. réprime uniquement le détournement de mineur de 15 ans ; mais la doctrine estime que les parents sont en droit de s'opposer à la vie sexuelle de leurs enfants qui ne sont pas majeurs. Aux difficultés pratiques d'une telle interdiction, particulièrement si elle débouche sur un usage de la violence pour être réalisée, répond une relative indifférence de l'Etat, qui ne sanctionne ni la volonté du mineur, ni celle des parents, dès lors que la solution retenue au sein de l'institution familiale ne débouche pas sur des comportements anormaux (séquestration, etc.).

L'accès libre des mineurs à la contraception contribue cependant à certaine autonomie sexuelle.

<sup>870</sup> Art. 12 de la Convention sur les droits de l'enfant ; L. du 8/1/93 en ce qui concerne le droit français actuel.

<sup>871</sup> Droit opposable aux parties mais non au juge, qui peut refuser l'audition par décision motivée.

<sup>872</sup> L'enfant en conflit avec ses parents peut ainsi demander la nomination d'un administrateur *ad hoc*.

droits individuels fait cependant que la famille, puisqu'elle peut être accusée de ne pas respecter ces droits, puisse être condamnée.

## **§ 2 – La condamnation de la famille anormale.**

**296** En principe, la reconnaissance et la garantie effective des droits familiaux doivent influencer sur le fonctionnement institutionnel du groupe et sur la répartition des compétences en son sein, sans avoir d'effet sur le groupe en tant que tel. Néanmoins, lorsqu'il s'avère que c'est l'existence de l'institution qui porte atteinte aux droits familiaux, la famille peut être remise en cause et s'effacer, pour la liberté des individus, pour l'intérêt de l'Etat.

Des membres de la famille peuvent d'abord volontairement porter atteinte à l'existence de l'institution, en ne remplissant pas leurs fonctions et en s'excluant d'eux-mêmes. Il appartient à l'Etat d'apprécier cette atteinte au regard de sa politique (A).

Ensuite, l'Etat peut considérer qu'il n'est pas possible que telle famille puisse atteindre un fonctionnement normal assurant les droits de ses membres ; il peut alors la sanctionner. Cette sanction publique met cependant en jeu une double relation : celle de l'interinstitutionnel et celle de la relevance. Elle recouvre donc deux réalités différentes. Soit la famille a procédé à sa propre dissolution, c'est-à-dire très exactement à la dissolution de l'ordre juridique institutionnel familial, ce que le droit enregistre alors sous peine de conserver la relevance de ce qui n'est plus qu'une institution fictive (B). Soit c'est l'Etat qui prononce la disparition juridique d'une famille, c'est-à-dire son irrelevance dans l'ordre étatique ; mais il doit s'efforcer d'obtenir l'effectivité de cette irrelevance : la dissolution réelle de l'institution dans le champ social (C).

## **A – La sanction de la démission individuelle.**

**297.** L'idée selon laquelle des individus pourraient, par un acte de volonté, couper juridiquement le lien familial, heurte la conception même de la famille que l'Etat consacre <sup>873</sup>. D'une part, s'agissant de l'enfant, toute la construction juridique se fonde sur l'idée que l'enfant ne perçoit pas clairement l'ensemble des réalités (d'où à la fois surveillance et éducation, au travers de l'autorité parentale), ce qui ne saurait lui permettre d'agir de manière aussi grave. D'autre part, s'agissant des adultes (les parents bien sûr, mais aussi, en particulier, les descendants

---

<sup>873</sup> Il n'en irait autrement qu'entre adultes consentants (divorce, etc.). Mais tout comme le mariage est considéré comme « une vie familiale projetée », le divorce ne doit pas porter atteinte à une vie familiale existante et, autant que faire se peut, ne faire disparaître que la relation maritale. Il est évident qu'en pratique, cela ne peut pas être sans effet sur les relations familiales entre les individus, et notamment sur la relation parent/enfant. Mais il est remarquable que « le divorce laisse subsister les droits et les devoirs des père et mère à l'égard de leurs enfants » (art. 286 C. civ.).

adultes à l'égard des ascendants), l'Etat les inscrit dans un réseau de responsabilités réciproques dont il ne saurait admettre que les individus puissent aisément se dispenser. Les fonctions ne sont pas de simples droits : ce sont, surtout, des devoirs.

Ainsi, malgré leur éventuelle volonté de rompre la situation familiale, les individus ne peuvent agir que dans des conditions très limitées <sup>874</sup>.

**298.** Il convient en premier lieu de rappeler qu'une forme indirecte d'abandon existe lorsque les parents n'agissent pas pour que soit établie la filiation, ou, à l'inverse, agissent pour qu'elle ne soit pas établie.

La non-reconnaissance d'enfant par le père, pour autant que celui-ci ait eu connaissance de la naissance, constitue ainsi une première forme de condamnation *ab initio*. Il faut cependant noter que, sauf cas particulier <sup>875</sup>, un tel abandon peut être remis en cause par une action en recherche de paternité naturelle <sup>876</sup>. Et il faut rapprocher de cette non-reconnaissance les actions en contestation de paternité <sup>877</sup>.

Le désir exprimé par la mère d'accoucher anonymement condamne également la famille avant qu'elle n'existe. L'abandon est alors définitif, puisque le droit au secret de la mère s'impose de manière absolue <sup>878</sup>.

**299.** En second lieu, l'Etat manifeste son réalisme dans des situations où la famille est une coquille vide, ressentie comme un poids, tant pour l'enfant que pour les parents.

On sait que l'existence d'une famille fait obstacle à l'adoption plénière de l'enfant. Or l'adoption simple, qui fait coexister la filiation adoptive et la filiation biologique, qui est par ailleurs révoquée à la demande tant de l'adoptant que des parents biologiques, est bien moins adaptée à la situation des enfants qui sont abandonnés dans leur famille, parce que leurs parents s'en désintéressent, et qui auraient besoin de ce fait d'une famille de remplacement, qu'à d'autres situations, où l'enfant est en fait désiré de manière plurielle sans être abandonné en aucune manière (adoption de l'enfant du conjoint par exemple).

De plus, lorsque l'enfant est dans sa famille en situation d'abandon, son intérêt commande qu'il puisse exercer son droit à une famille, et donc, en l'absence d'intérêt de ses parents à son endroit, que l'on puisse lui en fournir une véritable, sans faire coexister une multitude de liens familiaux que marque la précarité.

---

<sup>874</sup> Nous laissons ici de côté une hypothèse plus générale, qui a cependant des effets pour rompre le lien familial (Cf. *infra* statut de la déclaration judiciaire d'abandon), celle de l'absence volontaire.

<sup>875</sup> Filiation incestueuse lorsque la filiation est établie à l'égard de la mère.

<sup>876</sup> Sur les nouvelles conditions issues de la loi de 1993, Cf. J. Hauser & D. Huet-Weiller, *La famille*, LGDJ, 1993, t. 1, p. 546 et s.

<sup>877</sup> *Id.*, p. 384 et s.

<sup>878</sup> Art. 341-1 du c. civ, disposition issue de la L. du 8/1/1993.



A cet effet, les parents (le conseil de famille en l'absence de parents) peuvent consentir à l'adoption plénière de l'enfant <sup>879</sup>. Si la filiation est établie à l'égard des deux parents, ceux-ci doivent s'accorder sur ce consentement. Il est formalisé (acte authentique devant le juge des tutelles ou un notaire) sauf s'il est donné directement au service de l'aide sociale à l'enfance ; il peut être retiré dans un délai de trois mois. A l'issue de ce délai, l'enfant pourra être placé en vue de son adoption <sup>880</sup>.

**300.** Cette condamnation de la famille est le fait d'un acte de volonté des parents, ou de la famille large. Mais un tel acte de volonté n'est pas loisible à l'enfant.

Une actualité récente aux Etats-Unis a mis en exergue des jugements par lesquels ont été admises les prétentions d'un enfant de choisir sa famille « d'adoption » en lieu et place de sa famille biologique <sup>881</sup>. Cette jurisprudence n'est pas conforme à la politique française de la famille, qui ne donne aucun droit à l'action de l'enfant en la matière.

On peut croire que l'Etat souhaite ici ne pas engager l'enfant dans un choix prématuré, mais définitif : même adolescent, celui-ci n'a que très rarement la sérénité et la maturité nécessaires pour en saisir pleinement toutes les conséquences. On peut surtout voir dans l'audition du jeune en justice le moyen de le faire s'exprimer sans lui faire assumer le poids de la décision, que le juge pourra éventuellement prendre. Or, il s'agira ici non d'un choix émanant d'un membre de la famille, mais bien d'une sanction de l'Etat, dans le cadre d'une procédure dépendant du contrôle public sur l'institution.

## **B – La sanction de la dissolution de l'ordre juridique familial.**

**301.** La famille, en tant que paradigme, dans la relevance étatique, peut se révéler n'être qu'une illusion, parce que, dans le champ social, l'institution familiale n'est pas vécue comme telle, et que ses membres n'ont en réalité plus d'idée d'entreprise commune : il n'y a plus d'institution, il n'y a plus d'ordre juridique. Il est possible à l'Etat d'enregistrer cette dissolution, en sanctionnant la disparition de l'objet.

---

<sup>879</sup> Art. 347 C. civ.

<sup>880</sup> Tant que ce placement, qui est une phase préparatoire obligatoire à l'adoption définitive, n'est pas intervenu, les parents peuvent demander au juge de revenir sur leur décision ; le juge n'est pas tenu de leur donner droit, et tient compte de l'intérêt de l'enfant.

<sup>881</sup> Dans des conditions particulières qui ne sont pas sans rappeler les personnages du film d'E. Chatillez *La vie est un long fleuve tranquille*, puisque, à la suite d'une erreur, l'enfant avait vécu depuis sa naissance hors de sa famille biologique.

Ainsi, l'autorité judiciaire régulièrement saisie peut-elle constater le désintérêt des parents pour leur enfant et déclarer l'abandon <sup>882</sup>. Il s'agit là d'une déclaration faite par le tribunal de grande instance, à la requête des services sociaux <sup>883</sup> voire d'un particulier <sup>884</sup>.

Le désintérêt est apprécié en fonction d'éléments de durée : il a dû se manifester durant l'année précédant le dépôt de la requête. Il est apprécié de plus au vu du comportement des parents : ceux-ci sont accusés de ne pas avoir entretenu avec l'enfant des relations nécessaires au maintien des liens affectifs, condition que la loi oblige à apprécier sévèrement <sup>885</sup>. Selon la doctrine, ce désintérêt ne doit pas être involontaire <sup>886</sup>, en raison des conséquences qui y sont attachées : faire présumer un consentement à adoption. Mais on peut alors se demander si le consentement à l'adoption n'est pas plutôt un moyen informel d'accélérer une procédure marquée par la sanction du comportement parental, et de la transformer formellement en transaction entre la famille et l'administration.

La déclaration d'abandon aura pour effet de rendre l'enfant adoptable. Or, immédiatement, elle transfère l'autorité des parents à la personne qui en a la garde. Cela explique alors que la déclaration ne soit pas systématiquement prononcée et qu'elle tienne compte à la fois de l'intérêt de l'enfant, et de la demande formulée par un membre de sa famille pour le prendre en charge.

La signification de la déclaration judiciaire d'abandon est ainsi équivoque. Si elle sanctionne un comportement des parents, cette sanction est relativement consentie par les parents, au moins indirectement, puisqu'elle ne fait que mettre le droit en accord avec les faits. C'est-à-dire, dans une perspective institutionnelle, qu'elle tire les conséquences du droit appliqué dans l'institution, qui a mis fin à l'existence du groupe. On peut alors dire que le consentement à adoption admet la demande de reconnaissance par l'institution familiale de ses valeurs tandis que la déclaration judiciaire constate objectivement la situation juridique vécue dans l'institution.

De ce fait, derrière une sanction des comportements individuels, apparaît surtout une sanction plus juridique, celle qui unit deux systèmes normatifs, et par lequel l'un reconnaît l'autre <sup>887</sup>.

Globalement, il semble pourtant qu'une telle sanction dépend de la prise en compte de l'intérêt de l'enfant, qui, ne pouvant espérer voir ses droits familiaux satisfaits en l'état en raison de l'inertie parentale, se voit offrir une possibilité d'accéder à une autre famille. La reconnaissance

---

<sup>882</sup> Art. 350 C. civ.

<sup>883</sup> Publics ou privés.

<sup>884</sup> Une certaine jurisprudence tendrait, sans réel fondement, à exclure les membres de la famille de l'enfant du droit d'agir en ce sens. *Contra*, Cf. RTD civ. 1980 p. 110 (obs. Rubellin-Devichi).

<sup>885</sup> La loi précise alors notamment que le retrait du consentement à adoption (Cf. point précédent) n'est pas une marque d'intérêt suffisante. De même sont insuffisants la demande de nouvelles, l'envoi d'un cadeau, etc.

<sup>886</sup> Cf. J. Hauser & D. Huet-Weiller, *op. cit.* (n. 876), p. 686.

<sup>887</sup> On dit alors qu'un système sanctionne l'existence d'un autre système lorsqu'il le reconnaît. Cf. G. Cornu (Dir), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1992, V° *sanction*, 4° sens.

institutionnelle s'inscrit donc bien toujours dans l'ambivalence intérêt de l'enfant/intérêt de l'Etat<sup>888</sup>.

## C – La sanction de l'anormalité familiale.

**302.** Lorsque la vie familiale atteint un degré d'anormalité tel qu'il n'est pas envisageable d'y remédier, l'intérêt des individus, et particulièrement de l'enfant, requiert une intervention libératrice de l'Etat, y compris et surtout contre la volonté des intéressés, les autres membres du groupe familial. Il s'agit donc ici d'une sanction, par laquelle l'Etat entend protéger l'individu contre des parents non plus parce qu'ils se désintéresseraient objectivement de leurs responsabilités familiales, mais parce qu'ils n'auraient pas l'aptitude pour exercer normalement les fonctions que l'Etat attend d'eux<sup>889</sup>. On peut néanmoins se demander sur qui pèse réellement la sanction et quel est son mécanisme.

**303.** La sanction des comportements familiaux ne porte plus ici sur une absence d'attitude parentale, mais bien sur un mauvais usage de la fonction que l'Etat veut voir assumer par les parents. La sanction n'est alors plus dans la reconnaissance de la position de l'ordre juridique familial (sa dissolution). Elle tend à maîtriser l'institution, ce qui implique, à raison des difficultés rencontrées, sa disparition.

Ce sont ici les parents qui sont déchus de leurs droits familiaux pour la réalisation de ceux de l'enfant.

Une telle déchéance peut d'abord résulter de la constatation de l'incapacité d'un ou des parents à exercer leurs droits<sup>890</sup>. Un incapable ne peut en effet représenter un autre incapable. Si l'incapacité est définitive, la déchéance le sera également.

Mais d'un point de vue plus conflictuel, la déchéance peut sanctionner un comportement et non constater simplement un fait. Elle peut être prononcée au civil comme au pénal. Au civil<sup>891</sup>, la déchéance sanctionne un risque pour l'enfant, tenant aux mauvais traitements, aux défauts de soin ou de direction, ou au mauvais exemple donné par les parents (ivrognerie, conduite notoire, délinquance, etc.). Elle est prononcée par le Tribunal de grande instance. Au pénal, elle sanctionne la participation des parents à un crime ou délit commis par l'enfant ou sur l'enfant.

---

<sup>888</sup> Cf. section précédente.

<sup>889</sup> Cela conduit à envisager dans cette problématique le cas de l'abandon d'enfant, en tant qu'il est conçu comme une infraction pénale (Art. 227-3 du nouveau C. pén. ; art. 373 C. civ., 3°) sanction du défaut de participation matérielle à l'entretien de la famille, et qui donne lieu à une perte de l'autorité parentale pour l'auteur.

<sup>890</sup> Art 373 C. civ., 1°.

<sup>891</sup> Art. 378-1 C. civ.

En toute hypothèse, la déchéance n'est jamais systématique, ce qui implique un jugement différencié sur les actes d'une part, sur leurs conséquences sur l'institution d'autre part. Lorsqu'elle n'est pas partielle, elle a pour effet de permettre l'inscription de l'enfant comme pupille de l'Etat et de le rendre adoptable.

**304.** Sanction à l'égard de parents fautifs, la déchéance pose cependant des problèmes dans la perspective des droits de l'enfant. Elle peut être en effet provisoire ; même définitive, une demande en restitution sera envisageable, sauf si l'enfant a déjà été placé en vue d'une adoption. Or, si la sanction trouve sa source dans la faute parentale, on a malgré tout l'impression qu'elle pèse fortement et prioritairement sur l'enfant. Le droit d'amendement reconnu au parent, qui réserve en droit la sanction comme étant rapportable, fait partiellement obstacle à ce que l'enfant puisse compter sur un statut familial stable (adoption), et l'inscrit dans des relations provisoires voire conflictuelles avec, ou entre, l'administration, sa famille et son foyer d'accueil.

La prudence de l'Etat dans la sanction des familles contraste alors avec le contrôle qu'elle tend à faire peser sur elles. Si l'Etat sanctionne ainsi assez aisément la volonté parentale de mettre fin à l'institution en tenant compte de l'existence d'une décision qui lui échappe, mais qu'il fait sienne, la difficulté qu'il éprouve à sanctionner la famille contre la volonté de ceux qui ont le pouvoir réel d'exprimer la volonté dans le groupe montre les limites de la maîtrise par l'Etat du phénomène institutionnel.

Croire alors que cela n'est dû qu'au besoin que l'Etat a de l'institution familiale relève sans doute d'une vision réductrice. S'il doit bien sûr en assurer le développement pour pouvoir se constituer, il est clair que la famille, même anormale au regard des besoins de l'Etat, a une réalité sociale complexe telle que l'institution ne peut être totalement encadrée, alors même qu'elle remet en cause pour l'individu l'Etat dans les valeurs qu'il se donne pour tâche de défendre. Le rapport identitaire que la famille institue entre ses membres, les solidarités qui s'y développent malgré, parfois, l'existence d'autres comportements, perçus comme des atteintes à l'individu, par lui-même ou par l'Etat, contribuent à l'émergence de forces contraires et qui ne peuvent être aisées à percevoir ou à diriger pour des intervenants extérieurs, placés dans une perspective de police des familles <sup>892</sup>. La sanction juridique, qui s'incarne dans la dissolution de la famille, c'est-à-dire dans son irrelevance, ne peut occulter le fait que son effectivité doit être recherchée dans le champ social : il ne suffit pas de rayer le paradigme institutionnel de l'ordre juridique pour faire disparaître la réalité sociale que constitue la famille, même irrelevante, même anormale. La prudence de l'Etat dans la sanction de l'anormalité doit alors être rapportée à la relation interinstitutionnelle, parce que, notamment, une irrelevance qui serait inefficace, c'est-à-dire qui rendrait en fait la famille simplement illégale, sans parvenir à la sanctionner concrètement, aurait davantage de conséquences négatives sur la cohérence de l'Etat (et principalement sur son

---

<sup>892</sup> Cf. J. Donzelot, *L'invention du social, essai sur le déclin des passions politiques*, Fayard, 1984. & *La police des familles*, Editions de Minuit, 1977 ; C. Liscia, *Familles hors la loi*, Maspéro, Paris, 1978.

aptitude à être une réponse de la Nation aux problèmes de l'interinstitutionnalité), que sur la famille elle-même, certes illégale, mais néanmoins bien présente, sauf à la dissoudre par la force. Et à cet égard, il est certain que, pour l'Etat démocratique tout au moins, la sanction publique, qui mobilise la force publique, présente suffisamment d'inconvénients pour ne pouvoir systématiquement être utilisée dès que les fonctions familiales ne sont pas remplies : le bilan, global, serait négatif. La sanction portant sur l'institution reste alors l'exception.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2.

**305.** La protection que l'Etat accorde à l'individu contre la famille anormale est à la fois la garantie que le droit fondamental de l'individu à la vie familiale normale sera respecté, et l'expression du combat mené, dans le champ social, contre les familles qui portent atteinte au mouvement constitutif de l'Etat.

Cette protection repose sur une surveillance des situations familiales, s'inscrivant dans un contrôle public généralisé, et pour lequel sont mobilisés les intervenants les plus divers. Elle tend à mettre la famille perçue comme anormale sous tutelle, voire à remettre en cause l'institution elle-même, si la normalité semble impossible à approcher.

Ce faisant, l'Etat démocratique et libéral tente d'influer directement sur les familles afin de les constituer autour des mêmes valeurs qui le constituent lui-même, et que la famille a pour fonction essentielle de transmettre : valeurs de protection des libertés individuelles ou valeurs de participation de l'individu aux instances de pouvoir par exemple.

Si cela inscrit la famille et l'Etat dans des fonctions complémentaires pour l'individu, cette tentative cependant se heurte, parfois, aux réalités institutionnelles que l'Etat ne peut totalement encadrer. D'une part, un tel encadrement remettrait en cause ses propres fondements, en termes de valeurs quant aux droits familiaux individuels, et en termes de fonctions quant à la division du travail que définit l'Etat entre la politique publique et la socialisation familiale. D'autre part, l'institution familiale génère sa propre logique pour les individus qui la composent, qui n'est pas nécessairement celle de l'Etat. A cet égard, même si le droit public permet d'intervenir sur les situations familiales réelles, cette intervention, qui est du domaine de la relation de relevance, est trop dépendante de la relation interinstitutionnelle elle-même pour ne pas devoir tenir compte, au sein de l'ordre juridique étatique, du poids de l'ordre juridique familial : c'est ainsi que la notion de sanction à l'encontre de la famille anormale se charge volontiers d'une ambiguïté, entre la sanction contre des comportements (les comportements familiaux anormaux), ou la sanction d'une situation (la réalité sociale de l'ordre juridique familial ou sa disparition).

## **CONCLUSION DU TITRE 2.**

**306.** L'individu se voit reconnaître un ensemble de droits familiaux, qui s'incarnent dans le droit générique, constitutionnellement protégé, au respect de la vie familiale normale. Ce droit lui garantit aussi bien l'absence d'ingérence publique ou privée dans l'institution que la protection publique au sein même de l'institution.

La normalité est ainsi un standard qui fait apparaître l'Etat dans deux fonctions indissociables. Dans sa normativité, la normalité permet une sélection des bénéficiaires du droit et des situations familiales protégées en fonction des valeurs de l'Etat. Pour son effectivité, elle requiert un contrôle des familles afin de mettre en évidence les situations indésirables et agir sur elles.

Marqué par la double contrainte politique de s'appuyer sur une réalité sociale qui peut lui être utile, et de contrôler une institution qui est susceptible à tout moment de le remettre en cause dans sa constitution comme instance souveraine, l'Etat conduit, grâce à ce standard, une politique prescriptive de l'institution familiale. Celle-ci est évolutive, car elle est fonction de la société, elle-même évolutive, dans laquelle elle s'inscrit. Mais, parce que cette politique est fondamentale pour l'institution nationale et parce que la famille normale lui est indispensable, cette évolution et ce standard sont articulés sur les valeurs cohésives de la Nation. Les ingérences dans la vie familiale ne sont valides qu'en fonction d'une conception restrictive des nécessités publiques : celle qui est à la base « d'une société démocratique » <sup>893</sup>.

---

<sup>893</sup> Art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

## ***CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.***

**307.** La compréhension des règles éparées du droit positif concernant la famille nécessite que soit fait le détour par l'analyse des relations qui s'établissent entre l'Etat et la famille. Réalités sociales toutes deux, constitutives d'ordres juridiques, ces deux institutions entretiennent des relations politiques, liées à la dépendance dans laquelle elles se trouvent. Ainsi, en particulier, l'Etat a-t-il besoin pour pouvoir se constituer comme ordre juridique souverain que la famille remplisse un certain nombre de fonctions, des plus matérielles (reproduction biologique ou solidarité économique par exemple) aux plus complexes (transmission de valeurs politiques ou morales, etc.). Cette relation politique connaît, pour chaque ordre juridique, une traduction dans la relation de relevance, fait pour un ordre juridique d'attribuer à un autre ordre juridique un statut par lequel il manifeste la prise en compte de cet ordre. C'est alors que peut être proposée une lecture du droit public, en tant qu'il participe à cette relation de relevance qui construit la famille comme objet, et en tant que, dans cette relation, il assure la protection juridique de la réalité sociale que constitue la famille.

Ainsi, même si la famille ne se voit reconnaître comme statut que celui d'un cadre dans lequel se déroulent des relations entre sujets de droit individuels, elle peut être protégée par l'Etat. Ce cadre est en effet construit comme un paradigme, objet indirect du droit, ayant vocation à orienter des prérogatives individuelles conçues comme des fonctions. Parce que ces prérogatives individuelles permettent à l'institution étatique de s'assurer au mieux de la réalisation des fonctions familiales dans un sens nécessaire à son institution, elles peuvent être considérées comme des droits fondamentaux. Mais parce que, dans cette perspective de nécessité qui marque la relation politique entre l'Etat et la famille, ce ne sont pas toutes les familles qui doivent être protégées, quelles qu'elles soient, mais bien seulement celles qui, formellement ou fonctionnellement, sont utiles à l'Etat, ce droit fondamental n'est reconnu qu'autant qu'il concerne la famille normale. Cela explique pourquoi la famille n'est pas pour l'Etat un sujet de droit, puisque la reconnaissance du sujet ne permettrait assurément pas que soit menée avec autant de souplesse une politique qui sélectionne la normalité. Cela explique également en quoi l'Etat est fondé, pour la garantie de ce droit et la protection de la famille dans cette perspective, à surveiller, voire à sanctionner, la famille anormale et ses membres.

Protégée par le droit public comme objet, la famille se trouve juridiquement saisie de manière très souple. Cette appréhension est d'abord peu contraignante pour l'Etat ; elle est telle, de plus, que la famille semble également peu contraignante pour l'individu : une telle



appréhension préserve ainsi le sentiment de liberté et de la famille et de l'individu. Au-delà de la protection de la famille normale, cependant, le statut d'objet que le droit public fournit à la famille ouvre la voie à une intervention juridique plus radicale ; sans porter atteinte à sa protection, ce statut fait également de la famille un objet des politiques publiques, qui poursuivent sur un nouveau mode la construction de la normalité familiale.



**Deuxième partie :**  
**la famille, objet de politiques.**



**308.** En construisant la famille comme objet, le droit public permet d'en assurer la protection, et de concilier sa prise en compte avec celle des droits individuels, aux fondements de l'Etat. Or, ce statut d'objet ouvre en même temps la possibilité d'une objectivation générale de la famille, constituant ce groupe comme objet politique potentiel.

La relation politique interinstitutionnelle peut alors s'appuyer sur la relation juridique de relevance pour appréhender la famille à travers l'ensemble des interventions que conduit l'Etat. Si le droit fondamental à la famille normale est une face par laquelle l'Etat s'assure de la normalité des fonctions familiales, cette face n'est pas exclusive d'actions qui, par des politiques appropriées notamment, recherchent directement l'obtention de cette normalité.

Ceci fait apparaître la famille comme une catégorie relativement homogène de l'intervention publique. Concrètement, elle s'appuie sur deux modalités complémentaires, étroitement liées, qui poursuivent et amplifient la relation de relevance que nous avons repérée : la représentation et l'administration.

En construisant une représentation familiale sous la forme d'une représentation d'intérêts, grâce à l' *Union nationale des associations familiales*, l'Etat poursuit la logique du paradigme ; il met en place une représentation administrative de l'objet, et non une représentation politique du sujet. Cette représentation administrative peut alors autoriser et relayer efficacement l'intervention publique sur la famille-objet administratif, par un processus qui tend à peser de manière globale et diverse sur les situations familiales réelles, dans un objectif, à nouveau, de normalité.

Il convient ainsi de montrer comment le droit public construit la famille à la fois comme un objet à représenter (titre 1), et comme un objet administré (titre 2).

## ***TITRE 1 : LA FAMILLE, UN OBJET A REPRESENTER.***

**309.** En droit français, on constate que, bien que n'étant pas un sujet de droit, la famille est appelée à jouer un rôle auprès des pouvoirs publics par l'intermédiaire de ses représentants. Ce rôle est prévu et organisé explicitement par des règles de droit positif <sup>894</sup>. On a alors pu juger, comme Jean Rivero, l'existence de cette représentation « paradoxale », et le rôle qui en découle, « exceptionnel » <sup>895</sup>. Ces deux caractères doivent être précisés.

En tant que réalités sociales, les familles pourraient revendiquer un rôle politique, ce qui ne serait que l'infléchissement de la relation interinstitutionnelle entre l'Etat et la famille dans un autre sens. En tant que valeur morale, philosophique, et politique, la famille pourrait également être consacrée par l'Etat sous des formes politiques diverses : dans l'exercice de la souveraineté nationale, comme autorité morale consultative ou investie de pouvoirs, etc. Après tout, paradigme des fonctions individuelles, n'est-elle pas, en faisant l'objet d'un droit fondamental, reconnue comme un des éléments assurant la constitution de l'Etat ? De ces deux points de vue, immédiatement politiques, la famille pourrait se voir reconnaître un rôle sans qu'il soit nécessaire de procéder préalablement à sa reconnaissance juridique comme sujet : la relevance, qui pourrait faire de la famille une personne juridique, n'intervient qu'après la solution politique, parce qu'elle n'est qu'une technique, même si les juristes feignent parfois de croire le contraire <sup>896</sup>.

Pour autant, ces prétentions, réelles d'un point de vue politique, n'ont pas été accueillies par l'Etat. Sans doute ne pouvaient-elles l'être sans que l'Etat démocratique renonce, ce faisant, à certaines de ses valeurs constitutives : la souveraineté du peuple notamment. Ainsi, la famille n'est pas non plus un sujet politique. Au contraire même, s'appuyant sur le statut d'objet et le renforçant, l'Etat a pu détourner les revendications politiques en ce sens, ainsi que leurs acquis, et transformer en simple représentation de l'objet familial un embryon de représentation de la famille-sujet politique.

La transformation n'est pas neutre. Au-delà de sa signification politique évidente, elle offre une technique qui transporte la famille dans la sphère politique et administrative de manière abstraite : partant, elle confirme et conforte la relation de relevance, tout en constituant pour l'Etat un moyen d'inscrire officiellement la famille dans ses priorités politiques.

---

<sup>894</sup> Chapitre 1 du C. fam.

<sup>895</sup> *Exposé introductif pour l'AG de l'UNAF du 6/11/1982*, Lettre Générale de l'UNAF 1701, Ann. 1.

<sup>896</sup> J. Dabin a très justement noté et critiqué ces contradictions : *Sur le concept de famille*, *Miscelanea Vermeersch*, t. 2 in *Analecta Gregoriana* t. X, 1935.

Il nous faut voir alors comment l'Etat a pu construire une telle représentation de la famille-objet (chapitre 1) avant de présenter les modalités selon lesquelles elle s'exerce, en s'arrêtant sur ce qu'il est coutume d'appeler le « corps familial » (chapitre 2).

## **CHAPITRE 1 : DE LA REPRESENTATION DE SUJETS A UN OBJET REPRESENTE.**

**310.** Au-delà d'une représentation par des organes spontanément créés sous un régime de droit privé (partis politiques, syndicats ou associations, par exemple), qui pourraient librement se donner pour objet de défendre les intérêts de la famille dans l'espace public de la discussion politique, et participer ainsi à la détermination de la politique que conduit l'Etat à l'égard de la famille, une participation à l'Etat lui-même peut être recherchée comme moyen de juridiciser les relations interinstitutionnelles entre celui-ci et la famille.

Une telle représentation conférerait alors au groupe une reconnaissance officielle, et des prérogatives, qui ne pourraient manquer de resurgir tant sur la nature du groupe que sur celle de l'Etat. A cet égard, la logique constitutionnelle de l'Etat démocratique et libéral le conduit à rejeter une telle admission du sujet politique familial, faisant échec à une représentation politique des familles réelles, des institutions sociales, en son sein : parce que l'Etat démocratique ainsi conçu est fondé sur la défense des valeurs protectrices de l'individu, il lui est difficile de se constituer, dans le même temps, comme étant, au moins partiellement, une fédération de familles, et de reconnaître alors, entre lui et l'individu, une réalité qui puisse lui échapper. Ainsi, la recherche d'une représentation politique des familles a échoué (section 1).

En revanche, les exigences d'une politique se donnant la famille pour objet incitent l'Etat à ne pas rejeter systématiquement toute idée de représentation, d'autant que, historiquement, une telle représentation a été mise en place sous Vichy ; mais la représentation est alors totalement repensée. Ce ne sont plus les familles réelles qui se voient reconnaître une représentation construite par le droit public, mais au contraire la famille qui est construite dans un objectif de représentation ; ce ne sont plus alors les institutions réelles qui sont investies de pouvoirs représentatifs, mais bien l'objet « famille », conçu comme entité théorique (section 2).



## SECTION 1 : L'ECHEC D'UNE REPRESENTATION POLITIQUE DES FAMILLES.

**311.** Réaliser une représentation politique associant les familles au pouvoir politique pour en faire des sujets de l'Etat constitue un exercice politiquement et juridiquement difficile. La conciliation du groupement et de l'individu dans l'Etat démocratique est en effet délicate. Elle présuppose une interrogation sur le rôle respectif de l'institution et de l'individu : entend-on assurer à l'institution familiale une reconnaissance au sein d'un Etat qui demeure fondé sur des fonctions protectrices de l'individu, ou veut-on donner à l'institution la première place dans les objectifs étatiques, l'individu n'étant alors perçu que médiatisé par la famille ? Dans ce dernier cas, ce sont les fondements mêmes de l'Etat démocratique et libéral qui sont en cause.

Qu'il s'agisse de la profession organisée et des intérêts économiques au sens large <sup>897</sup>, de la hiérarchie religieuse ou des autorités scientifiques et morales, nombreux sont les exemples pour lesquels il a pu être envisagé une participation au pouvoir de l'Etat, que le strict dogme libéral semblait pourtant exclure. La réflexion sur une telle éventualité transcende les clivages idéologiques ou moraux : elle s'étend de tous côtés, pour être l'objet d'une large production théorique qui, parfois, débouche sur une revendication corporatiste. La famille ne fait pas ici exception, même si elle n'occupe pas la place la plus visible. Elle donne lieu, notamment, à des constructions intellectuelles et des revendications dont l'Etat doit tenir compte pour définir sa position à l'égard de la question familiale. Après avoir présenté la représentation corporatiste en matière familiale (§ 1), nous verrons que l'Etat ne l'a que très partiellement satisfaite (§ 2).

---

<sup>897</sup> V. par exemple la critique appuyée de Kelsen : *La démocratie, sa nature, sa valeur*, Economica 1988, p. 53 et s. Mais *contra*, lire les avantages qu'y trouve L. Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, t. 2, 3<sup>e</sup> édition, de Boccard, p. 710 et s.

## **§ 1 – Une revendication corporatiste.**

**312.** La famille est construite politiquement, au sein d'une pensée corporatiste que l'on sait plurielle, comme un thème digne d'être représenté (A). Par-delà des divergences parfois fondamentales, un courant familialiste se constitue, minoritaire mais réel, qui prétend à la reconnaissance de la famille comme sujet politique (B).

### **A – Un thème de représentation, la famille.**

**313.** Pour la majeure partie de la doctrine, en droit public ou en science politique, ne constituent des thèmes corporatistes que les thèmes liés à l'économie. Ainsi, si l'on suit Michel Bazex, on définit le corporatisme comme « un régime dans lequel un ensemble d'organismes à composition professionnelle est chargé de représenter l'intérêt général dans une profession et l'intérêt de cette profession auprès de l'Etat » <sup>898</sup>. Une telle vision du corporatisme, qui repose en fait sur ses seules manifestations les plus visibles, partiellement consacrées par l'Etat moderne, ne nous semble correspondre ni à la définition juridique de cette modalité de participation des intérêts organisés à la sphère publique, ni à la réalité des revendications corporatistes.

**314.** Du point de vue juridique, la corporation est une institution organisée <sup>899</sup> par des individus ayant des intérêts communs, à laquelle la puissance publique reconnaît des avantages particuliers pour la défense de ces intérêts <sup>900</sup>, et impose des contraintes spéciales qui permettent de lier la satisfaction de l'intérêt institutionnel à l'intérêt général <sup>901</sup>.

---

<sup>898</sup> *Corporatisme et droit administratif*, thèse Toulouse, 1967 p. 110. Logiquement alors, l'auteur exclut le familialisme de son étude (p. 116). On retrouve la même approche chez la plupart des auteurs : par exemple F. d'Arcy (Dir.), *La représentation*, Economica, 1985 ; D. Colas (Dir.), *L'Etat et les corporatismes*, PUF, 1988 ou G. Lyon-Caen, *Corporation, corporatisme, néo-corporatisme*, Dr. soc. n° 11, novembre 1986, p. 742 et s.

<sup>899</sup> Peu importe alors son statut juridique public ou privé : association, syndicat, établissement public, etc.

<sup>900</sup> Ces avantages pouvant, eux aussi, être divers : financement public, octroi d'un monopole, délégation du pouvoir réglementaire, etc.

<sup>901</sup> L'opposition intérêt général/intérêt collectif ou particulier est très artificielle, notamment en raison de l'imprécision de la notion même d'intérêt général ; l'intérêt que se donne la corporation peut être celui de la Nation, et c'est d'ailleurs parce que la Nation dans son ensemble aurait à profiter de la satisfaction de l'intérêt corporatif que l'Etat prétend accorder ces privilèges. Néanmoins, ce n'est jamais directement en tant qu'intérêt général que l'intérêt corporatif est reconnu, mais simplement en tant que partie de celui-là. Cela différencie la corporation du simple organe associé au service public, bien

Ainsi pour René Chapus, l'existence des institutions corporatives «est fondée sur celle d'un groupe humain particulier, sans caractère territorial déterminé, et leur raison d'être est de représenter, défendre et gérer les intérêts propres à ce groupe» <sup>902</sup>. Les qualifiant d'administrations spécialisées <sup>903</sup>, l'auteur insiste sur la situation exorbitante de la corporation par rapport aux personnes morales de droit commun. Sauf à estimer que seul l'intérêt économique ou professionnel relève de l'intérêt général, il n'y a pas d'obstacle à ce que tout thème puisse être alors corporatiste, s'il est construit comme thème organisé et favorisé par une politique donnée <sup>904</sup>. Et Yves Mény estime alors que «les pouvoirs publics peuvent adopter une attitude plus active [*que la solution libérale*] à l'égard des groupes d'intérêt en cherchant à les intégrer, soit en les associant de manière formelle au processus décisionnel de l'Etat, soit en institutionnalisant ces groupes pour en faire des organes quasi-publics» ; il qualifie bien cette solution volontariste de «corporative» <sup>905</sup>.

**315.** Peut-on ainsi parler de corporatisme familial ? Assurément, si l'on fait référence à une institution corporative existant en droit positif, toute réponse *a priori* est prématurée. En revanche, force est de constater que l'idée d'une position privilégiée dans l'Etat pour les intérêts de la famille n'est pas un thème isolé dans l'histoire des idées politiques.

Cependant, le corporatisme n'est pas une doctrine univoque et elle colore des philosophies différentes, pour ne pas dire opposées <sup>906</sup>. Son analyse doit dépasser la simple question économique pour envisager l'ensemble du champ social <sup>907</sup>.

C'est ainsi que l'on peut montrer le développement au sein du corporatisme d'un mouvement familialiste, qui se regroupe autour de la volonté de faire prendre en considération la question familiale comme question politique centrale <sup>908</sup>. Deux points de vue complémentaires apparaissent alors. D'une part, l'importance politique de la famille devient un thème discuté pour la définition de la politique de l'Etat <sup>909</sup>. D'autre part, se dégage l'idée que l'institution réelle doit participer au pouvoir : « la famille doit reprendre sa place dans l'ordre politique » <sup>910</sup>.

qu'il n'y ait pas d'obstacle théorique à qualifier aussi de service public l'institution d'une corporation. Il s'agira simplement d'un service public spécifique. V. *infra* les conséquences pour le statut juridique de la corporation familiale qu'entraîne sa qualification comme service public.

<sup>902</sup> *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 1992, p. 274.

<sup>903</sup> Tel est le titre du chapitre.

<sup>904</sup> Dans cette perspective, sera corporatiste la situation où l'on observe qu'une institution représentative d'intérêts particuliers existe dans une situation exorbitante du droit commun ou toute doctrine qui prône une telle institutionnalisation.

<sup>905</sup> *Politique comparée*, Montchrestien, 1988, p. 138.

<sup>906</sup> V. de manière générale J. P. Parrot, *La représentation des intérêts dans le mouvement des idées politiques*, PUF, 1974.

<sup>907</sup> En témoigne le Conseil économique *et social* (Titre X de la Const. du 4 octobre 1958). Concernant une telle analyse pour la question familiale, voir M. Chauvière, *De la sphère familiale à la sphère publique*, in M. Chauvière & J. T. Godbout (Dir.), *Les usagers entre marché et citoyenneté*, L'Harmattan, 1992.

<sup>908</sup> Cf. la définition de l'idéologie familialiste par M. Chauvière (*L'évolution du familialisme*, Sir n° 142-143, 1988, p. 228) « une dynamique qui, à partir de la place centrale attribuée à la famille, va (re)modeler ou (re)organiser les système de représentation des rapports sociaux, y compris dans le champ politique ».

<sup>909</sup> Une telle discussion porte alors sur l'ensemble du droit de l'Etat. C'est ainsi par exemple qu'est mis en cause le droit des successions, accusé de favoriser des familles d'enfant unique pour éviter un partage des biens. Plus généralement, c'est

Systémiste par nature et s'appuyant sur « la vocation universelle des familles »<sup>911</sup>, le familialisme sera amené à réclamer pour celles-ci un pouvoir décisionnel global, soit par le vote, soit par l'institutionnalisation<sup>912</sup>. De manière complémentaire, ce mouvement veut que l'Etat tienne compte de sa propre existence comme modalité légitime d'expression des familles organisées.

---

l'émergence dans le débat politique de la revendication d'une politique active en faveur d'un type de famille. Cf. R. Lenoir, *Politique et famille en France*, Revue internationale d'action communautaire, n° 18/58, automne 1987, p. 17 et s.

<sup>910</sup> La Tour du Pin, cité par Y. Ruellan, *De la corporation paysanne à la confédération nationale de la famille rurale*, mémoire DUEPS, Tours, 1990.

<sup>911</sup> M. Chauvière, *Familialisme et régulation sociale*, Annales de Vaucresson, n° 27, 1987, p. 207 et s.

<sup>912</sup> Il convient de noter que ces propositions sont en elles-mêmes neutres sur la question du régime politique, n'impliquant pas nécessairement le rejet de la démocratie, ni d'ailleurs son maintien.

## B – Un mouvement de revendication, le familialisme.<sup>913</sup>

**316.** Se constituant primitivement comme une culture d'opposition religieuse aux bases individualistes de l'Etat libéral, accusé d'affaiblir la famille et les mœurs, le corporatisme familial insiste sur la famille présentée comme la « vraie cellule sociale »<sup>914</sup>, qui possède « des droits imprescriptibles antérieurs et supérieurs à toute loi positive »<sup>915</sup>. Petit à petit, l'idée familialiste va perdre ce caractère réactionnaire. Mais ce ne sera qu'avec difficulté, et aux dépens de sa cohérence politique.

**317.** Valorisée dans le courant contre-révolutionnaire qui prône le retour aux valeurs d'Ancien Régime, la famille apparaît idéalisée<sup>916</sup> et ne nécessite pas une prise en compte particulière puisqu'elle est la réalité sociale<sup>917</sup>. Le rétablissement de la monarchie telle qu'elle existait avant la Révolution française doit alors suffire à sa protection. Ainsi s'élabore ce que Didier Renard qualifie de « paradigme familialiste de l'autorité »<sup>918</sup>, qui, dans le même mouvement, fait de la famille le modèle de l'autorité politique, et celui de l'autorité domestique<sup>919</sup>. Mais marquée par sa

---

<sup>913</sup> La bibliographie sur le familialisme est à la fois imposante par sa masse et décevante, à de rares exceptions près, par son contenu, souvent redondant et qui laisse de nombreuses zones d'ombre. Comme introduction, on se reportera à la thèse de l'abbé Talmy, *Histoire du mouvement familial en France*, Lettres, Lille, 1962. On complétera utilement par des ouvrages sur le courant familialiste (M. Dautresme, *Familles rurales en mouvement, 50 ans d'histoire*, Familles rurales, 1993 ; J. Guichard & M. Viot, *Louis Alvergnat, une figure du mouvement ouvrier*, Editions Garibaldi, 1986 ; M. Lagrave, *Le mouvement familial*, in *Mélanges offerts à P. Montané de la Roque*, IEP Toulouse, t. II, 1986, p. 1017 et s. ; Groupement pour la recherche sur les mouvements familiaux – 7 cahiers parus, répertoriés en bibliographie –) ou des monographies (M. Chauvière, *Naissance d'un familialisme à la française*, Dialogue, n° 84, 2<sup>e</sup> trimestre 1984, p. 103 et s. ; J. M. Donegani, *Mouvement populaire des familles et Mouvement de libération du peuple (1942-1957), de l'action catholique au combat politique*, mémoire IEP Paris, 1972 ; M. J. Durupt, *Les mouvements d'action catholique rurale, facteur d'évolution du milieu rural*, thèse IEP Paris, 1963 ; Y. Ruellan, *mémoire cité* (n. 910) ; R. Rémond, *Le Mouvement familial dans l'histoire*, Pour la vie n° 96, Mars 1964, p. 51 et s.).

D. Renard a rédigé pour la MIRE un rapport sur *La famille comme catégorie de l'action politique*, 1988, auxiliaire précieux pour se retrouver dans la masse documentaire existante.

<sup>914</sup> *Déclaration des droits de la famille*, Lille, 1920, art. 7. En dépit de son titre, ce texte rédigé par E. Duthoit, Président des Semaines Sociales de France, n'a eu à aucun moment la moindre valeur juridique. Sur la genèse de ce texte, voir R. Talmy (n. 913), t. 2, p. 233 et s. Sur le lien entre les Semaines (et donc l'idéalisme institutionnel) et le familialisme, Cf. P. Boyer, *La femme et la famille dans les semaines sociales de France*, mémoire d'histoire du droit, Toulouse, 1984.

<sup>915</sup> Préambule de la *Déclaration citée* (n. 914).

<sup>916</sup> C'est par exemple le cas de l'histoire avec *La cité antique* de Fustel de Coulanges, où sont exposés de longs développements historiques sur la famille, fondement de la société, en liaison avec la propriété et la religion. C'est aussi la sociologie pour laquelle F. Le Play prétend ainsi retracer (avec un succès relatif, Cf. A. Collomp in F. de Singly (Dir.), *La famille, l'état des savoirs*, La Découverte, 1991 p. 13 et s.) *L'organisation de la famille, selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps* (Téqui, 1871).

<sup>917</sup> C'est la problématique contre-révolutionnaire par excellence des communautés naturelles, développée par Maistre et Bonald en France, à la suite notamment des *Considérations sur la Révolution française* de Burke. Cf. par exemple G. Gengembre, *La famille des contre-révolutionnaires, une réponse archaïque à la modernité*, in I. Thèry & C. Biet (Dir.), *La famille, la loi, l'Etat de la révolution au code civil*, Imprimerie Nationale, 1989, p. 157 et s.

<sup>918</sup> *La famille comme catégorie de l'action socio-politique*, op. cit., (n. 913), p. 19.

<sup>919</sup> C'est la conception familiale de la société, qui se dévoile dans la « monarchie paternelle » de Louis XVIII : « Heureux de nous retrouver au sein de la grande famille, nous n'avons su répondre à l'amour dont nous recevons tant de témoignages

naissance réactionnaire, la formulation politique de la famille est limitée par l'idéalisme de la contre-révolution, qui ne veut pas voir que ce ne sont pas les lois révolutionnaires qui ont changé la société, mais que celle-ci avait déjà changé, et que, pour partie, les lois ne sont que la conséquence de ce changement. En limitant ses prétentions au retour à une mythique société fermée, où la famille s'épanouirait naturellement sur le modèle ancien, la contre-révolution démontre, implicitement et *a contrario*, que la représentation politique familiale doit être organisée pour que la famille puisse désormais prétendre exister dans le cadre d'une politique moderne, fondée sur l'individu.

Le catholicisme social, à partir de la fin du siècle dernier, prend en considération cette analyse <sup>920</sup>. Le corporatisme chrétien vise alors à restructurer la société autour de corps sociaux (par l'association, la hiérarchie, la famille et la propriété) et à assurer une représentation juridique de ces corps dans l'Etat <sup>921</sup>. La famille est ainsi appréhendée politiquement dans une vision corporatiste, même si c'est parfois de manière indirecte et secondaire par rapport à d'autres corps, telle la profession : considérant, en effet, les chefs de famille comme des acteurs économiques, La Tour du Pin en déduisait par exemple qu'une instance corporative «ne perdrait pas sa base familiale si [la famille] était conservée dans la composition des groupes constitutifs : propriétaires, commerçants, ouvriers établis sont des chefs de famille et il ne faudrait les inscrire sur les contrôle de la profession qu'autant qu'ils seraient tels» <sup>922</sup>.

Cette appréhension est cependant encore insuffisante dans *Un pays de célibataires et de fils uniques* <sup>923</sup>. Pour l'idéologie familiale, une action spécifique de l'Etat en faveur de la famille, sur le mode de la subsidiarité, est nécessaire <sup>924</sup>, qui exige une reconnaissance officielle de l'institution politique de la famille. Pour provoquer cette action, les familialistes s'organisent,

---

qu'en prononçant des paroles de paix et de consolation. [...] Le vœu le plus cher à notre cœur, c'est que tous les Français vivent en frères» (*Charte constitutionnelle du 4 juin 1814*, reproduite in M. Duverger, *Constitutions et documents politiques*, PUF, 9<sup>e</sup> édition, 1981, p. 122). Adde Balzac dans son avant-propos à *La Comédie Humaine* : «Un écrivain doit avoir en morale et en politique des opinions arrêtées ; il doit se regarder comme un instituteur des hommes ; car les hommes n'ont pas besoin de maîtres pour douter [...] J'écris à la lueur de deux vérités éternelles : la Religion, la Monarchie [...] Sans être l'ennemi de l'Election, [...], je repousse l'Election prise comme unique moyen social [...]. L'Election, étendue à tout, nous donne le gouvernement par les masses, le seul qui ne soit point responsable, et où la tyrannie est sans borne, car elle s'appelle la loi. Aussi regardé-je la Famille et non l'Individu comme le véritable élément social» (Gallimard-La Pléiade, 1976, t. 1, p. 12 et s.). Sur Balzac et la famille, V. J. L. Harouel, *Balzac et l'idée d'une légitime défense familiale en cas d'agression sociale*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 147 et s.

<sup>920</sup> Cf. : A. Dansette, *Destin du catholicisme français*, Flammarion, 1957 ; H. Guitton, *Le catholicisme social*, Les Publications techniques, 1945 ; G. Jarlot, *La genèse du catholicisme social d'après les lettres de La Tour Du Pin à Louis Milcent*, in *Mélanges offerts à J. Brethe De La Gressaye*, Bière, 1967, p. 331 et s. ; J. Le Goff & R. Rémond, *Histoire de la France religieuse*, t IV, Le Seuil, 1992 ; J. M. Mayeur, *Catholicisme social et démocratie chrétienne*, Le Cerf, 1986 (avec une historiographie très complète p. 129 à 139) ; M. Prélôt & G. Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, 1992. ; R. Rémond, *Les droites en France*, Aubier, 1982 ; M. Vaussard, *Histoire de la démocratie chrétienne*, Le Seuil, 1956.

<sup>921</sup> Cf. La Tour du Pin, *Vers un ordre social chrétien*, Beauchesne, 1929.

<sup>922</sup> *Vers un ordre social chrétien*, Beauchesne, 1929, p. 272.

<sup>923</sup> Titre d'un ouvrage de R. Debury, alias G. Rossignol, qui en 1896 dénonçait avec un certain retentissement la dénatalité.

<sup>924</sup> Sur la théorie politique de l'intervention subsidiaire de l'Etat, fondement du catholicisme social, cf. C. Millon-Delsol, *L'Etat subsidiaire*, PUF, 1992.

particulièrement après la première guerre mondiale <sup>925</sup>, et élaborent un programme adéquat : déclaration des droits de la famille, action auprès des pouvoirs publics grâce à des parlementaires amis <sup>926</sup>, etc. Une réflexion théorique, influencée par l'idéalisme institutionnel d'un point de vue juridique <sup>927</sup>, et par le personnalisme d'un point de vue philosophique <sup>928</sup>, les amène à rechercher ainsi «une participation active et organique à la vie de la cité, [...] la constitution d'un corps familial, une représentation distincte de celle du corps politique et du corps professionnel, [...] qui incombe aux délégués régulièrement mandatés des organisations familiales» <sup>929</sup>. Malgré tout, comme le note Michel Messu, le familialisme reste socialement et politiquement marqué <sup>930</sup>, ce qui contribue à le rendre suspect aux yeux d'un personnel politique par ailleurs assez indifférent aux questions familiales. Incapable de surmonter des divisions internes, séparé de la mouvance nataliste plus pragmatique que lui <sup>931</sup>, le familialisme, avant-guerre, est minoritaire et inapte à obtenir seul ce qu'il recherche, qui ne pourrait à ce moment être rien d'autre qu'une remise en

<sup>925</sup> Des organisations avaient existé dès avant la guerre (notamment la fameuse ligue du Capitaine Maire) : mais c'est à l'occasion de celle-ci, et tout de suite après elle, que le mouvement tend à acquérir une dimension systématique.

<sup>926</sup> Parmi les plus célèbres : l'abbé Lemire, Pernot (qui sera le premier ministre de la Famille en 1940), Landry, Isaac, Breton (qui furent tous ministres), etc.

<sup>927</sup> Hauriou crée la première association familiale toulousaine, Renard fait du corporatisme familial son véritable *credo* (*L'institution fondamentale : la famille*, in *L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social*, Flammarion, 1933, p. 190 et s.), Gounot s'élève contre l'individualisme antifamilial (*Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Rousseau, 1912, spéc. p. 253-276 et 452 et s.).

<sup>928</sup> Cf. E. Mounier, *Déclaration des droits des personnes et des communautés*, in *Oeuvres*, T 1, Seuil, 1961-1963, t. IV p. 96 et s. Mais l'auteur sera assez critique vis-à-vis des implications corporatistes.

<sup>929</sup> P. Archambault, *Eléments d'une doctrine familiale*, Rapp. présenté au CA de l'UNAF le 16/6/1946. p. 9. Ce texte fait à la fois le point sur la doctrine familialiste et fixe l'objectif de l'organisation souhaitée qui vient d'être créée.

<sup>930</sup> *Les politiques familiales, du natalisme à la solidarité*, Editions Ouvrières, 1992. On trouvera pour confirmation des illustrations dans le mémoire de F. Sicard, *Histoire du mouvement familial en Loire-Inférieure (1917-1947)*, Nantes, 1990. On pourrait poursuivre l'investigation, au-delà de l'ancrage à droite (Rappr. de manière générale : P. Braud, *L'inclination des catholiques pratiquants vers la droite*, in *Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau*, LGDJ, 1977, p. 377 et s.) et de l'étude des catégories socioprofessionnelles (juristes, industriels, etc.), en essayant d'apprécier le rôle de l'Eglise dans un mouvement qui est avant-guerre exclusivement catholique (s'il existe bien des associations protestantes, elles semblent alors orientées sur la seule entraide) et qui se donne un but politique. Il n'est pas neutre que ce mouvement se développe à partir de 1900-1910 : après la loi de séparation de 1905, le corporatisme est une des voies permettant à l'Eglise, chassée de la sphère publique, de la réinvestir ; le familialisme est en outre un corporatisme où l'Eglise ne connaît guère d'institution concurrente, notamment syndicale, avant-guerre. Il serait alors intéressant d'observer d'une part que le familialisme se présente comme une idéologie susceptible de transcender les différences sociales, voire les oppositions de classe, et les oppositions politiques, et d'autre part qu'à aucun moment, le familialisme n'apparaît comme un mouvement politiquement, socialement ou idéologiquement majoritaire : il ne constitue pas ainsi une émanation directe des classes ou milieux dirigeants, ni une opposition marquée à ces milieux dont, en large partie, adhérents et surtout dirigeants sont issus, et qu'ils ne tendent pas à remettre radicalement en cause, mais bien un sous-système, relativement homogène, du système dominant (Sur ces notions, Rappr. notamment les analyses de R. Miliband, *L'Etat dans la société capitaliste, analyse du système de pouvoir occidental*, Maspéro, 1973).

On pourrait alors faire également un rapprochement avec la revendication des cadres, qui se fait jour au même moment (Cf. L. Boltanski, *Les cadres, la formation d'un groupe social*, Minuit, 1982) : là encore, une parenté semble exister d'une part structurellement, en faisant émerger de nouvelles catégories socio-politiques (cadres, familles) et d'autre part matériellement, dans la mesure où les audiences des deux mouvements se recouvrent pour partie, et où l'attitude vis-à-vis du pouvoir politique et économique ne peut se résumer à une acceptation ou un refus purs et simples.

<sup>931</sup> V. F. Thébaud, *Le mouvement nataliste dans la France de l'entre-deux-guerres*, Revue d'histoire contemporaine, 1985, pages 276 et s.

cause de l'Etat démocratique et libéral. Ces caractéristiques freinent considérablement la diffusion de l'idée corporatiste familiale.

Celle-ci ne va pas pour autant disparaître. Le familialisme va, en effet, se diluer dans d'autres mouvements qui seront en mesure de lui assurer une audience. Le besoin d'une politique familiale est affirmé avec une certaine efficacité par les natalistes <sup>932</sup>. Le corporatisme se généralise dans le débat politique et juridique <sup>933</sup>, contre une III<sup>e</sup> République désavouée, même si le rapport de force qui s'institue entre l'économie et le familial contribue à l'étouffement de ce dernier. La démocratie chrétienne, avec le Parti démocrate populaire (PDP <sup>934</sup>) avant-guerre, puis le Mouvement républicain populaire (MRP), donne enfin au catholicisme social une légitimité démocratique ; elle retient certains des thèmes familialistes.

Le régime de Vichy va se montrer favorable au familialisme. De nombreux familiaux vont participer à la mise en place d'un arsenal législatif visant à réaliser les exigences politiques corporatives, et notamment la loi Gounot de 1942 sur la représentation familiale <sup>935</sup>. Mais c'est dans le même temps la Résistance qui va constituer, sinon pour le familialisme en tant que courant, du moins pour les idées favorables à la famille, un creuset exceptionnel. L'idéologie qui s'en dégage, imprégnée pour une part non négligeable d'anticapitalisme, d'antipartitocratie et d'antiparlementarisme <sup>936</sup>, était propre à générer une démocratie sociale, morale et associative au lieu et place de la III<sup>e</sup> République. La mystique résistante de l'unité, quant à elle, pouvait se retrouver dans l'idée corporatiste. Grande absente de l'avant-guerre, la famille, alors même qu'elle était le symbole vichyssois par excellence et un thème quasi exclusivement catholique au début de la guerre, devient omniprésente dans les écrits résistants de tous bords <sup>937</sup>, même si, pour l'essentiel, cette présence ne se traduit pas directement par une référence à une corporation familiale. Sans doute faut-il voir dans cette omniprésence une expression idéalisée de ce qui avait pu manquer à la III<sup>e</sup> République finissante, et que la défaite avait dévoilé aux yeux de tous, aussi bien des résistants que des pétainistes : une structure socialisante susceptible de contrer la délitescence des valeurs morales ; une structure liée à la reproduction biologique et pouvant dynamiser une population vieillissante et en déclin <sup>938</sup>. Sans doute aussi peut-on voir dans cette omniprésence la diffusion et la popularisation d'une approche chrétienne de la politique, évidente

---

<sup>932</sup> Le Code de la famille de 1939 doit ainsi plus à l'action de Sauvy qu'à celle des familiaux. Cf. de manière générale le titre 2, *infra*.

<sup>933</sup> Cf. J. Cahen-Salvador, *La représentation des intérêts et les services publics*, Sirey, 1935. Adde J. P. Parrot, *La représentation des intérêts dans le mouvement des idées politiques*, *op. cit.* (n. 906).

<sup>934</sup> Raymond-Laurent et M. Prélot, *Manuel politique, le programme du PDP*, Spes, 1928. Adde M. Prélot, *Les démocrates-populaires français*, in *Mélanges Sturzo*, 1953, t. 3, p. 203 et s.

<sup>935</sup> Cf. *infra*, section 2.

<sup>936</sup> J. Touchard, *La gauche en France depuis 1900*, Seuil, 1977.

<sup>937</sup> Cf. les deux ouvrages d'H. Michel : *Les courants de pensée de la Résistance*, PUF, 1962 et (avec B. Mirkine-Guetzevitch) *Les idées politiques et sociales de la Résistance*, PUF, 1954. Adde F. Ferry, *Le problème constitutionnel et l'opinion publique en France de 1940 à 1946*, thèse droit, Paris, 1947.

<sup>938</sup> Cf. titre 2, *infra*.



– au milieu d'éléments très hétérogènes <sup>939</sup> – dans certaines des inspirations traditionalistes de Vichy, et notamment dans sa politique familiale, comme dans l'inspiration démocrate-chrétienne d'une partie importante de la Résistance, puis de la Libération.

Très logiquement, de Gaulle fera alors sienne cette idée sous la forme de la représentation familiale et l'exprimera dans le discours de Bayeux. En évoquant la deuxième chambre, de Gaulle estime en effet qu' «il sera normal d'y introduire, [...], des représentants des organisations économiques, familiales, intellectuelles, pour que se fasse entendre au-dedans même de l'Etat, la voix des grandes activités du pays » <sup>940</sup>. Nous verrons avec le référendum de 1969 le devenir de l'idée.

Mais finalement, le plus important dans cet essaimage familialiste est sans doute la prise en compte progressive du thème par l'autre bord de l'échiquier politique et, notamment, dans les années 60, par la « deuxième gauche » : chez Mendès France par exemple, qui se déclare favorable à une représentation familiale dans la *République moderne* <sup>941</sup>. Cette prise en compte achève la « dépolitisation » du thème, qui n'est plus systématiquement assimilé à la droite catholique, et annonce, en apparence tout au moins, une approche plus technocratique et moins politique de la représentation des familles <sup>942</sup>.

**318.** Que reste-t-il alors du familialisme politique ? L'élément le plus révélateur est sans doute que la dépolitisation semble toucher aussi bien le thème familialiste que les familiaux eux-mêmes. Au sortir de la guerre, ceux-ci ont obtenu, avec l'UNAF (Union nationale des associations familiales), une représentation familiale, officiellement reconnue et organisée selon des modalités dont on peut dire, sans préjuger de l'étude qui sera menée <sup>943</sup>, qu'elles intègrent cette représentation à l'Etat et que, ne laissant pas de place aux familles directement, mais seulement aux associations qui les représentent, elles font apparaître la famille comme un simple objet représenté. Dans le même temps, les thèmes familiaux sont repris par l'Etat qui mène une politique active quant à la famille <sup>944</sup>. On est certes très loin des exigences du « noyau dur » familialiste qui maintient une revendication idéologique ; c'est néanmoins un résultat positif pour le discours familial, qui va radicalement en changer la nature. Même si au sein du corporatisme familial, quelques voix s'élèvent pour remettre en cause son organisation ou son existence <sup>945</sup>, ce discours

<sup>939</sup> Cf. sur ces inspirations R. O. Paxton, *La France de Vichy : 1940-1944*, Editions du Seuil, 1973.

<sup>940</sup> Discours du 16 juin 1946, in *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Doc. fr., 1987. Nous soulignons.

<sup>941</sup> *La République moderne, propositions*, Gallimard, 1966, p. 119 et s. Il est vrai que depuis la guerre, un certain nombre d'associations issues de l'action catholique sont entrées dans une logique politique de gauche et qu'apparaissent aussi, à ce moment, les premières associations familiales laïques. Cf. les Cahiers du GRMF et le mémoire de J. M. Donegani (n. 913).

<sup>942</sup> Sur cette relative dépolitisation, V. les articles de R. Lenoir et notamment *L'effondrement des bases sociales du familialisme*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 57/58, 1985, p. 69 et s.

<sup>943</sup> Cf. *infra*, section 2 et chapitre 2.

<sup>944</sup> Cf. titre 2 de cette partie.

<sup>945</sup> Sur un mode pamphlétaire (V. les livres de P. P. Kaltenbach, dirigeant des Associations familiales protestantes, dont les propos visent parfois l'UNAF : *La famille contre tous les pouvoirs, de Louis XIV à Mitterrand*, Nouvelle Cité, 1985 & *La*

va, pour l'essentiel, acquérir un caractère conservateur des acquis représentatifs. Pour reprendre l'analyse de Max Weber <sup>946</sup>, les familiaux passent alors dans le nouveau contexte juridique d'une éthique de conviction à une éthique de responsabilité : ils cherchent ainsi à affirmer la légitimité de la représentation <sup>947</sup> et à produire une orientation politique marquée par la seule technicité, qui n'est pourtant pas exempte de débats <sup>948</sup>.

Il s'agit d'abord, face aux risques de remise en cause de la représentation familiale, de justifier la position exorbitante acquise <sup>949</sup>. L'absence quasi totale d'interrogation historique sur la période postérieure à 1939 <sup>950</sup>, c'est-à-dire sur la période intellectuellement conservatrice en ce qui concerne le corporatisme familial, mérite à cet égard d'être soulignée <sup>951</sup>. Il n'est pas neutre ensuite que la forme de diffusion du discours légitimant se pare du formalisme républicain. C'est ainsi qu'est proclamée en 1989 une «Déclaration des droits de la famille» <sup>952</sup>, qui renvoie tout autant à celle qui, deux siècles auparavant, l'a précédée dans l'ordre politique qu'à celle qui, en 1920, fondait l'unité du mouvement familial <sup>953</sup>. C'est ainsi que, de la même façon, la

---

France, une chance pour l'islam, Editions du Félin, 1991) ou dans le cadre d'une réflexion tactique, comme pour la Confédération syndicale des familles (*La représentativité a-t-elle encore un avenir ?*, Action Syndicale des familles, n° 111, avril-mai-juin 1993, p. 6 et s. ; C. Guichard, *Représentation institutionnelle et représentation syndicale*, Action Syndicale des Familles n° 57, 1/6/1983, p. 5 et s. ; M. Viot, *La CSF, l'UNAF et les UDAF*, Action Syndicale des Familles n° 70, Mars-Avril 1985 p. 15 et s.). A de rares exceptions près (fin des années quarante pour les Associations familiales ouvrières, qui réintègrent l'UNAF au milieu des années soixante, milieu des années soixante-dix pour la Confédération syndicale du cadre de vie, qui récusé alors définitivement le familialisme, même critique, pour investir le champ du cadre de vie), ces critiques ne s'accompagnent pas d'un retrait du mouvement familial (Sur la CSCV, V. : 1952-1992, *40 ans d'action par les consommateurs*, supplément à Cadre de Vie n° 78, Octobre-Novembre-Décembre 1992). La critique n'émane cependant pas des seuls groupes minoritaires dans le mouvement familial, et des formations numériquement très importantes pourraient suivre la Famille rurale qui estime ne faire avec l'UNAF «qu'un chemin expérimental», qui désire «faire connaître ses divergences» et «revendiquer des représentations *ès qualités* dans les instances officielles où sont en cause les intérêts des familles rurales» (*Le corps familial français, vu par «Familles Rurales» depuis 1945*, Fédération nationale des familles rurales, Mai 1992).

<sup>946</sup> On trouvera une analyse plus vaste de cette évolution dans toute la sphère des politiques familiales chez R. Lenoir, *L'Etat et la construction de la famille*, Actes de la recherche en sciences sociales n° 91/92, 1992, p. 20 et s.

<sup>947</sup> Pour une analyse plus poussée du discours actuel, on se reportera à R. Lenoir : *Groupes de pression et groupes consensuels, contribution à une analyse de la formation du droit*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, 1986, p. 31 et s. ; *L'effondrement des bases sociales du familialisme* (n. 942) & *Transformations du familialisme et reconversions morales*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 59, Septembre 1985, p. 3 et s. Adde F. Carouge & M. Chauvière : *l'UNAF, le Droit de la famille et l'intérêt de l'enfant*, Actes n° 35/36, *Evolution du droit de la famille*, 1982.

<sup>948</sup> La technicité permet une neutralité apparente du discours qui le rend moins contestable quant à sa légitimité qu'un discours simplement moraliste ou ouvertement politique. Or, ce discours s'applique souvent à des sujets qui peuvent être, en fait, tout autant moraux que techniques : bioéthique, Sida, avortement, minitels roses, etc. Les débats sont alors vifs entre les composantes du mouvement familial, mais limités en apparence au débat technique et politique sur l'objet sans qu'intervienne réellement la question de la légitimité des débatteurs, c'est-à-dire de la famille-sujet. Comme l'a montré Heidegger, la technicité a pour conséquence une disparition du débat sur les fins au profit d'une détermination de la seule raison instrumentale. Mais la technique n'est jamais neutre.

<sup>949</sup> On trouvera une illustration de cette attitude dans les *Actes de l'AG de l'UNAF du 6/11/1982* consacrée à la représentation familiale.

<sup>950</sup> Autant d'ailleurs pour la période de la guerre que pour les périodes qui l'ont suivie, jusqu'à nos jours.

<sup>951</sup> A noter cependant les travaux sur, ou par, les groupes issus de l'action catholique ouvrière ou agricole, mais qui sont aussi la partie critique du discours familial actuel : V. l'ensemble des cahiers du GRMF (bibliographie) & les références sur la CSF, la CSCV et Familles Rurales note 945.

<sup>952</sup> AG de l'UNAF des 10 & 11 juin 1989

<sup>953</sup> Citée n. 914.

représentation familiale est assimilée symboliquement à une assemblée parlementaire, tant pour l'extérieur, comme légitimation du corps familial, qu'à l'intérieur, comme affirmation du pluralisme de l'institution <sup>954</sup>. Un esprit de communion formelle est enfin mis en évidence à des fins légitimantes, avec les pouvoirs publics, lorsque, notamment, les plus hautes autorités de l'Etat sont présentes <sup>955</sup>, ou au sein du mouvement lui-même lorsque les associations familiales de gauche, qui avaient quitté l'institution représentative, s'apprêtent à la réintégrer <sup>956</sup>.

Surtout, la production théorique des familiaux quitte le terrain de la représentation politique pour investir celui des politiques familiales. Il ne s'agit plus alors de théoriser une représentation des familles, acquise, mais de débattre des actions politiques et administratives à destination des familles, c'est-à-dire finalement d'acquérir une légitimité fonctionnelle qui soit susceptible d'assurer le maintien d'une telle représentation au sein d'un régime démocratique.

Amorcé dès 1946, c'est-à-dire dès la mise en place de la représentation officielle par le cadre de l'UNAF, ce mouvement s'est amplifié avec le fonctionnement de celle-ci. Nous verrons que les modalités de fonctionnement de la structure corporative n'y sont pas étrangères, et que, effectivement, c'est cette production qui, pour l'essentiel, justifie son existence <sup>957</sup>. Sans anticiper sur ces développements, il convient ici de noter l'importance d'une approche technique, dont témoignent les instruments de réflexion et de proposition élaborés par les services techniques de l'UNAF, par exemple en matière d'action sociale, de logement ou de politique de la ville <sup>958</sup>, et de remarquer, en parallèle, que les familiaux eux-mêmes parlent finalement de moins en moins de la famille comme sujet politique ou juridique, et de plus en plus de la famille comme objet, soit qu'on le leur demande <sup>959</sup>, soit spontanément <sup>960</sup>.

A cet égard, les familiaux s'acquittent assurément des fonctions pour lesquelles l'Etat a reconnu le corporatisme familial, ce qui ne peut que renforcer la position de cette représentation. Il faut cependant se demander si, au-delà de l'apparence, cette technicité actuelle du discours familial ne révèle pas, en fait, un tabou pour la majorité du mouvement familial sur la question de

<sup>954</sup> R. Burnel, *l'UNAF Parlement des familles*, La lettre de l'UNAF, Septembre 1981.

<sup>955</sup> V. par exemple M. Arfeux, *Bilan de XXV années d'action familiale*, Intervention devant G. Pompidou, 5 décembre 1970. V. Giscard d'Estaing & F. Mitterrand ont également assisté à de telles manifestations.

<sup>956</sup> V. les actes du *Congrès du Mouvement familial, UNESCO, Paris, 25 & 26 janvier 1964*, Pour la vie n° 96, Mars 1964.

<sup>957</sup> Cf. *infra*, section 2 et chapitre 2.

<sup>958</sup> V. pour les plus utiles au juriste B. Juigner (UNAF), *Centre Communal d'Action Sociale et action sociale locale, guide à l'attention des délégués familiaux*, numéro spécial du Délégué au CCAS, Septembre 1989 ; B. Lory (UIOF), *La politique d'action sociale*, Privat, 1975, et comme illustration de la technicisation du discours le *Dossier préparatoire à l'AG de l'UNAF des 19 et 20 juin 1993, Familles et aménagement du territoire* : « Nous n'avons pas à entrer dans les grands débats théoriques, mais de façon plus précise à définir ce que nous attendons des politiques qui se mettent en oeuvre ».

<sup>959</sup> V. les rapports au Comité économique et social de R. Burnel (*Politique familiale* 1981, *Adoption* 1990) et de H. Brin (*Politique familiale*, 1991).

<sup>960</sup> Il faut ici lire d'une part les revues des associations familiales – voir bibliographie – ou les livres de leurs administrateurs. Mais il faut aussi noter, dans l'ensemble de la production scientifique sur les politiques familiales, la part émanant de personnes liées au mouvement familial. V. par exemple diverses interventions aux *Assises régionales de la famille*, Toulouse, 7 & 8 octobre 1993 (Actes publiés par la Région Midi-Pyrénées, 1994), les écrits de J. Bichot (et particulièrement *La politique familiale*, Cujas, 1992), les recherches de M. Lagrave (par exemple *Le mouvement familial*, *op. cit.*, n. 913), etc.

la représentation politique, un refus *a priori* d'en discuter, d'autant qu'elle n'a pas reçu pleinement de consécration positive.

## **§ 2 – Une consécration très limitée en droit positif.**

**319.** Durablement marqué par son inspiration réactionnaire originelle, le corporatisme familial ne trouve, pour l'essentiel, sa consécration juridique qu'avec des régimes autoritaires, qui se fondent sur des valeurs en opposition avec la tradition démo-libérale du constitutionnalisme républicain. S'agissant des deux modalités essentielles, qui instaурeraient la participation directe des familles à l'exercice du pouvoir politique par l'élection (A), ou par la voie de la représentation <sup>961</sup> (B), on n'assiste pas à une démocratisation du familialisme politique.

### **A – L'élection et la famille.** <sup>962</sup>

**320.** Dans la logique d'une société structurée autour de la famille, celle-ci est fondée à se prononcer elle-même sur les problèmes la concernant <sup>963</sup>. Cela semble être la conséquence évidente du corporatisme familial <sup>964</sup>. Mais dans le rapport interinstitutionnel qui régit famille et

---

<sup>961</sup> Et ici selon les deux options, dure (participation délibérative) ou souple (participation consultative).

<sup>962</sup> V. : D. Breillat & P. Astié, *La famille et le droit électoral*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983 ; J. Boulouis, *Famille et droit constitutionnel*, in *Etudes offertes à P. Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, T. 1, p. 147 et s. Par ailleurs, tous les grands manuels sous la III<sup>e</sup> République consacrent des développements à la question (par exemple : Hauriou, J. Barthélemy, etc.). Pour replacer le sujet dans une problématique théorique, Rapp. P. Rosanvallon, *Le sacre du citoyen*, Gallimard, 1992.

<sup>963</sup> En théorie, cette phrase pourrait renvoyer à la démocratie directe d'un fédéralisme familial, avec les difficultés d'une telle problématique. Aucune tentative juridique n'est à noter en ce sens. Dès lors en fait, il s'agira très généralement pour les familles de participer à l'élection en étant reconnue comme participante officielle. Il nous appartient dans l'optique choisie de limiter l'étude à la famille-électrice. On ne peut cependant négliger les questions connexes de la famille-candidate, qui relève essentiellement de la sociologie électorale, et des relations qu'entretiennent famille/candidat/élu, régies par le droit électoral. On aura une vision très complète de la question en consultant l'article de D. Breillat & P. Astié (n. 962), que l'on pourra compléter quant à l'utilisation familiale du droit électoral par l'article de D. Carton, *De plus en plus d'élus se font remplacer par leurs épouses*, in *Le Monde*, 2/12/1993. Pour leur part H. Lagrange & S. Roche proposent une lecture de la question plus ou moins occulte des influences structurelles familiales sur le comportement électoral dans *Types familiaux et géographie politique en France*, RF sc. pol., n° 6, 1988, p. 941 et s.

<sup>964</sup> Cela semble, car en fait les choses sont un peu plus compliquées et la théorie familialiste n'est pas ici toujours à l'abri de contradictions internes, en fonction de ses variantes. Par exemple, il n'y a pas dans la pensée réactionnaire, comme cela est postulé par les juristes jacobins, une identité, même partielle, entre l'éventuelle qualité d'électeur et la notion de source de pouvoir. Cette pensée est exclusive du procédé électoral comme moyen de désigner tout ou partie du pouvoir souverain, qui trouve son origine ailleurs. En revanche, ceux qui, au sein du catholicisme social, ont voulu s'affirmer démocrates, admettront l'élection comme procédé légitimant. Toute tentative de donner à la famille un moyen d'expression politique doit alors au préalable résoudre la question du motif de l'élection. Veut-on par l'élection permettre au pouvoir souverain de s'exprimer ? Ou s'agit-il de désigner des organes d'une entité supposée titulaire de ce pouvoir, mais qui, par son existence uniquement conceptuelle, est incapable de s'exprimer seule ? Ou enfin veut-on, dans un cadre simplement consultatif,

Etat, ce sont les valeurs de ce dernier qui dirigent l'admission électorale du familialisme et qui construisent la relevance électorale. Selon qu'il se veut autoritaire (1) ou démocratique (2), la participation politique des familles est alors très logiquement appréhendée de manière différente.

### **1 – L'ELECTION FAMILIALE DANS UNE PROBLEMATIQUE NON DEMOCRATIQUE.**

**321.** Lorsqu'il ne s'agit pas d'établir une démocratie, le recours au vote ne présente pas un caractère de nécessité absolue. Il est loisible par exemple au pouvoir souverain d'user du vote comme technique de ratification d'une décision déjà arrêtée, ou comme moyen de désigner des conseillers qui ne détiendront ni le pouvoir législatif, ni, surtout, le pouvoir juridique de le contrôler <sup>965</sup>.

Dès lors, outre le fait qu'il n'est pas indispensable de prévoir des modalités électorales, rien en théorie ne s'oppose à ce que le droit de suffrage, si on le retient, soit accordé seulement à des catégories ou éléments déterminés de la Nation. Cela signifie que, quelles que soient les décisions arrêtant éventuellement la composition du corps électoral, celles-ci n'auront aucune incidence juridique sur la nature du régime <sup>966</sup>. Ainsi, le recours au suffrage ou au vote familial n'apparaît pas ici comme étant pourvu d'une nature particulière. Ce n'est qu'une des multiples modalités dont dispose le souverain pour diriger sa politique. En revanche, pour un régime autoritaire qui prône une société fondée sur la défense et les vertus des valeurs familiales, l'institution du vote familial répond à une fonction idéologique, qui vise bien plus à affermir la conscience populaire des valeurs familialistes avancées par le régime qu'à répondre à un besoin de désignation de représentants familiaux. En ce sens, le suffrage familial est un élément d'un certain arsenal autoritaire.

Toutefois, le familialisme ne s'insère pas aisément dans tout régime de ce type. Si sa parenté avec la droite autoritaire est marquée, il ne peut, dans la mesure où il postule une société structurée sur des corps intermédiaires, s'accorder politiquement qu'avec un type d'autoritarisme : monarchie traditionnelle ou dictature conservatrice, exclusive en toute hypothèse non des extrêmes droites dans leur ensemble, mais de celles qui postulent l'apparition d'un homme

---

demander à une entité politique, jugée estimable, d'éclairer le souverain ? La motivation du recours à l'élection donne pour partie un sens aux propositions visant à faire s'exprimer la famille par l'élection.

<sup>965</sup> Que le procédé puisse en fait aboutir, en raison de données liées aux rapports de force, ou à la légitimité politique, à l'institution d'un régime pré-démocratique, l'histoire nous en a plusieurs fois proposé des exemples. Mais dans la logique de l'institution non démocratique, il ne s'agit jamais de permettre au peuple, ou à la famille, ou à l'individu, d'exercer un choix décisif.

<sup>966</sup> Il est en revanche certain qu'elles en ont politiquement.

nouveau (nazisme <sup>967</sup>, et dans une certaine mesure fascisme <sup>968</sup>), ou même qui admettent l'individu issu de 1789 (bonapartisme). D'essence traditionaliste, le familialisme politique en France, en même temps qu'il idéalise la famille ancienne, se réfère pour les mêmes raisons idéologiques aux états généraux d'Ancien Régime. Le précédent supposé de la monarchie pré-révolutionnaire rejoint alors l'institution familialiste dans les fondations de l'autoritarisme post-révolutionnaire. Il nous faut par conséquent nous interroger sur la réalité de la première pour mieux apprécier la constitution du second.

**322.** La contre-révolution ne recherche pas la réalité événementielle, mais bien plutôt une idéalisation *a posteriori* susceptible d'assurer la communion populaire. Pourtant, nous ne pouvons nous contenter de cette reconceptualisation, et il nous faut voir la place que la technique électorale réservait à la famille dans la désignation des représentants des états généraux <sup>969</sup>. Cette place est en fait très variable et dépend de plusieurs éléments. D'abord bien sûr, de la nature même de l'ordre : la famille ne joue pas le même rôle dans la procédure électorale selon que l'on considère le Tiers ou la noblesse, pour ne pas parler du clergé, évidemment exclu de cette problématique. Ensuite, selon les époques (il s'est écoulé presque un demi-millénaire entre les premiers et les derniers états), les règles ont changé. Enfin, le droit français n'était pas uniforme et, selon les provinces, des règles différentes ont pu s'appliquer. Il n'est donc pas possible d'affirmer simplement que la famille a ou n'a pas joué un rôle dans la désignation des représentants aux états. Surtout, l'étude est compliquée par deux points qui ont des conséquences méthodologiques essentielles : d'une part, on dispose de peu de documents juridiques fiables sur la question <sup>970</sup> ; d'autre part, la société d'Ancien Régime étant étroitement structurée autour de la famille, celle-ci est appelée à jouer en fait un rôle qu'on n'a pas nécessairement éprouvé le besoin de traduire en droit.

---

<sup>967</sup> Des ethnologues comme C. Lévi-Strauss estiment d'ailleurs que le nazisme, en séparant notamment très clairement les fonctions masculines des fonctions féminines, tendait à constituer sur une longue période une organisation sociale sans cellule familiale reconnue. Cf. C. Lévi-Strauss, *La famille*, in *Le regard éloigné*, Plon, 1983, p. 65 et s.

<sup>968</sup> Concernant le fascisme, entendu ici dans son sens premier comme l'idéologie politique de l'Italie mussolinienne, son corporatisme affirmé est un corporatisme exclusivement étatique, qui ne laisse pas de place aux corps intermédiaires privés, et qui ainsi relève plus de l'idéologie révolutionnaire de droite que du conservatisme traditionaliste, même si, à l'évidence, des passerelles existent. *Adde* : N. Poulantzas, *Fascisme et dictature*, Maspéro 1974, et Z. Sternhell, *Naissance de l'idéologie fasciste*, Fayard, 1989.

<sup>969</sup> Les manuels de droit constitutionnel ou d'histoire des institutions sont finalement peu diserts sur la question des modalités électorales. L'étude la plus complète reste celle, déjà ancienne, de J. Cadart, *Le régime électoral des Etats Généraux de 1789 et ses origines (1302-1614)*, Sirey, 1952, assez implicite sur la question familiale. On complètera pour une vision plus générale de cette conception de la représentation avec J. Krynen, *La représentation politique dans l'ancienne France*, in *Droits* n° 6, qui ne s'attache toutefois pas au régime électoral.

<sup>970</sup> Et lorsque Louis XVI a voulu revenir à la procédure des Etats, ses conseillers se perdaient en conjectures sur la procédure à instaurer, manquant d'informations sur les précédents.

**323.** Dans la première moitié du XIV<sup>e</sup> siècle d'abord, la représentation «n'était pas individuelle mais fonctionnelle»<sup>971</sup>. La question ne se pose donc pas en termes de famille.

Jusqu'au XVII<sup>e</sup> siècle ensuite, la situation est plus complexe. S'agissant de la noblesse, il semble que tous les hommes avaient un droit de vote, mais que les femmes et les enfants mineurs disposaient d'un suffrage, qu'ils n'étaient pas appelés cependant à exercer directement. Or, le chef de famille n'était pas nécessairement le porteur de la procuration. En conséquence, il faudrait voir dans ces règles plus un « universel » droit de suffrage (chaque membre de la famille disposant d'un suffrage qu'il n'exerce pas nécessairement dans l'opération de vote) qu'un suffrage familial<sup>972</sup> ; et il faut y voir un vote simple et non familial, cet « universel » droit de suffrage pouvant être exercé par l'intermédiaire d'une personne extérieure à la famille.

Concernant le Tiers, les procédés électoraux variaient selon qu'il s'agissait de ville ou de campagne, et selon le degré d'élection. En campagne, pour les élections du premier degré<sup>973</sup>, on a indiscutablement affaire à un suffrage *presque* familial<sup>974</sup>, dans la mesure où tous les chefs de famille votent, quel que soit leur sexe. Cependant, ce suffrage n'est pas exclusif du vote des hommes célibataires habitant un foyer spécifique : ainsi n'y a-t-il pas véritablement et uniquement un système de suffrage familial. De plus, chaque chef de maison disposant d'une seule voix, il n'y a ici aucun élément de vote familial et il serait sans doute opportun de voir ici autant une référence au foyer qu'à la famille.

En 1789 enfin, après presque deux siècles d'interruption, il a été nécessaire de reformuler les modalités électORAles. Les bureaux de l'Assemblée des notables, chargés par Necker de préparer la convocation des états généraux, ont hésité entre un suffrage universel masculin et un suffrage familial<sup>975</sup>. Louis XVI, par le règlement électoral du 24 janvier 1789, accorda le droit de suffrage pour le Tiers à tous les contribuables français mâles de plus de 25 ans, quel que soit le montant de leurs contributions. Il est donc impossible de voir là un suffrage familial puisque le chef de famille de moins de 25 ans est exclu du suffrage, et que le contribuable en est, en revanche, doté, même s'il n'est pas chef de famille<sup>976</sup>. Concernant la noblesse, le règlement introduit une distinction selon que le noble est ou non propriétaire. Tous les nobles propriétaires d'un fief disposent comme auparavant d'un suffrage, sans aucune autre condition, sauf pour les femmes et les enfants mineurs à les exercer par procureur. Les nobles non propriétaires étaient électeurs en fonction de conditions d'âge, de nationalité et de domicile. Il n'y a donc pas ici non plus de suffrage familial.

---

<sup>971</sup> J. Cadart, *op. cit.* (n. 969), p. 28.

<sup>972</sup> Puisque notamment le décès du mari ou du père ne prive pas la femme ou les enfants de ce suffrage.

<sup>973</sup> Le processus électoral comportait 3 degrés.

<sup>974</sup> J. Cadart l'estime *familial*, mais nuance en fait son propos en notant que ce n'est pas la famille mais la maison qui vote.

<sup>975</sup> On note d'ailleurs une opposition intéressante entre les propositions du bureau présidé par le futur Louis XVIII (suffrage universel masculin) et celles de celui présidé par le futur Charles X (suffrage familial exclusif)

<sup>976</sup> J. Cadart, *op. cit.* (n. 969), p. 107.



L'étude des conditions d'élection sous l'Ancien régime montre que la famille n'est pas réellement à l'époque une catégorie opératoire du droit électoral et/ou constitutionnel. Si la société est structurée autour de la famille d'un point de vue démographique et sociologique, si la famille occupe la place centrale du droit privé en matière d'héritage, de puissance paternelle et maritale, elle n'a pas pénétré l'ordre politique au stade de la réglementation électorale <sup>977</sup>. Dès lors, les expériences familialistes postérieures à 1789 relèvent plus d'une invention politique de la famille dans la doctrine autoritaire que de la continuité d'un passé idéalisé.

**324.** Le bonapartisme n'a pas rejeté totalement les valeurs individualistes de 1789, et – c'est d'ailleurs dans la logique du césarisme – il se fonde sur l'adhésion du plus grand nombre <sup>978</sup>. Le suffrage familial résiste difficilement à cette logique.

Les monarchies n'ont pas adopté non plus ce suffrage <sup>979</sup>, lui préférant une conception du corps électoral fondée sur le cens <sup>980</sup>. Car, lorsqu'elles admettent le principe électoral, les monarchies insistent essentiellement sur l'aspect capacitaire dans une vision réductrice du corps électoral. Or, dans sa logique, le recours à la famille dans l'élection est d'abord appel à l'universel (toutes les familles ou tous les individus regroupés en famille). Si elle est aussi indéniablement capacitaire parce qu'elle hiérarchise l'universel en fonction de la taille de la famille, ou de la place de l'individu au sein de la famille, cette technique ne répond pas au vœu réducteur monarchiste au XIX<sup>e</sup> siècle. On ne saurait donc être étonné de son absence dans la problématique de la restauration. Sur ce point aussi, il y a fidélité à l'idéologie réactionnaire qui considère la famille comme un fait social : elle n'est pas introduite *ès qualités* dans le droit électoral <sup>981</sup>.

L' *Etat français*, parce qu'il s'est constitué postérieurement à l'ancrage du suffrage universel masculin dans le droit positif et à l'apparition du corporatisme familial, a adopté une attitude plus franchement familialiste <sup>982</sup>.

**325.** Au moins durant la *Révolution nationale*, le régime de Vichy a mené une politique conservatrice, favorable au familialisme, qui voit alors certains de ses sympathisants accéder au

<sup>977</sup> Etant entendu que dans la réalité, le poids du statut civil familial a des conséquences qui ne font pas de ces élections une simple affaire d'individus.

<sup>978</sup> Ce qui n'exclut d'ailleurs pas une approche catégorielle du Nombre ; Cf. par exemple la représentation des intérêts professionnels rappelée par D. de Bellescize, *L'acte additionnel aux constitutions de l'Empire (22 avril 1815) : une constitution mal nommée pour un régime sans nom*, RD publ., 1993, n° 4, p. 1043 et s.

<sup>979</sup> Charte de 1814 ; L. du 29 juin 1820 (la loi du double vote) ; Charte de 1830.

<sup>980</sup> Mais, comme le notent D. Breillat et P. Astié, les dispositions particulières permettent en droit de tenir compte pour la détermination du montant des contributions des enfants mineurs, de l'épouse et de l'ascendante veuve qui en fait la demande, ce qui tient en partie compte de la situation contributive familiale pour l'octroi de la qualité d'électeur (L. Lainé du 5 février 1817). Cf. *op. cit.* (n. 962), p. 29

<sup>981</sup> En témoigne d'ailleurs l'expérience de Charles X, qui ne retient pas cette technique dans l'ordonnance électorale – qui contribua à sa chute – de 1830. S. Rials a présenté les opinions des *Royalistes français [sur] le suffrage universel* dans Pouvoirs n° 26, p. 145 et s.

<sup>982</sup> Rapp. l'évolution des positions légitimistes en matière de suffrage après Sedan, comme celle de G. de Belcastel (Cf. P. Rosanvallon, *op. cit.* n. 962, page 320-321)

pouvoir. La famille va acquérir de ce fait une place institutionnelle centrale qui dépasse largement la simple question électorale, et sur laquelle nous reviendrons.

S'agissant de l'élection, l'*Etat français* va trouver en partie son inspiration juridique dans les dictatures autoritaires de la péninsule ibérique<sup>983</sup>. Le Portugal de Salazar tout comme l'Espagne franquiste avaient instauré un suffrage familial véritable. La fonction de chef de famille, généralement masculine mais pouvant parfois être accordée aux femmes, permet à titre exclusif la participation à l'élection des conseils municipaux et du Président de la République dans la Constitution portugaise de 1933. Le Conseil national franquiste accorde également aux chefs de famille le soin de désigner leurs représentants spécifiques en son sein.

Le projet constitutionnel de Pétain, rédigé en application de la loi de pleins pouvoirs du 10 juillet 1940 qui prévoyait que devaient être respectés les droits de la famille, est très clair sur le suffrage familial. Son article 7 prévoit dans son 2<sup>e</sup> alinéa : «Sauf dans les élections de caractère professionnel, un suffrage supplémentaire est attribué aux chefs de familles nombreuses à raison de leurs responsabilités et de leurs charges»<sup>984</sup>. L'article 21 complète le dispositif s'agissant des élections non parlementaires, en renvoyant à la loi le soin de fixer les modalités techniques d'un vote plural sur la base suivante : « Le père, ou éventuellement la mère chef de famille de trois enfants ou plus, a droit à un double suffrage». Même si cela devait demeurer théorique, il reste que dans la catégorie des doctrines autoritaires, le régime de Vichy est ainsi le seul, pour ce qui concerne la France, à avoir très directement pris parti pour un suffrage familial général. Des données historiques tenant aux idées politiques expliquent en partie cette discrétion. Mais il faut surtout y voir une conséquence du statut électoral dans la structure politique autoritariste. Parce que la question du vote est centrale en démocratie, les débats sur la conciliation du vote démocratique et de la famille ont été plus vifs.

---

<sup>983</sup> On trouve aussi un vote familial en Belgique de 1893 à 1919. Mais ce n'est qu'un aspect du système général de vote plural, sur lequel l'influence catholique est néanmoins évidente.

<sup>984</sup> Reproduit dans F. Ferry, *op. cit.* (n. 937).

## **2 – L'ELECTION FAMILIALE DANS UNE PROBLEMATIQUE DEMOCRATIQUE.**

**326.** La démocratie pose comme préalable l'expression souveraine du peuple. Elle débouche donc, dans son principe, soit sur l'expression directe, soit sur la désignation par le peuple d'un personnel politique investi de pouvoirs réels. C'est dans cette perspective que doit être située la question familiale. Elle ne revêt pas la même signification selon la modalité associant la famille à l'opération.

On peut d'abord favoriser la famille en accordant le suffrage directement au groupe <sup>985</sup>, ou, plus simplement, aux seuls chefs de famille à l'exclusion de tout autre titulaire. On fera ainsi de la famille le titulaire d'un droit qui va s'exercer par un de ses membres considéré comme son organe. On parle alors de suffrage familial.

On peut ensuite grâce à la technique du vote plural favoriser la famille en accordant un ou plusieurs suffrage(s) supplémentaire(s) à ceux qui ont charge de famille. On peut enfin accorder à chaque membre de la famille un suffrage, dont l'expression, par le vote, est confiée aux seuls membres de la famille ayant la qualité d'électeurs. Dans ces deux dernières hypothèses, la famille est le paradigme de droits de suffrage appartenant à des individus, et dont l'Etat n'accorderait l'expression qu'à certains de ses membres, désignés en raison de la place qu'ils y occupent. On parle de vote familial, encore que dans la première hypothèse, l'analyse en termes de suffrage familial soit également envisageable, pour autant que les suffrages supplémentaires ne soient pas strictement liés à la composition de groupe <sup>986</sup>.

Dès lors, pour notre propos, il conviendrait de ne retenir que les hypothèses dans lesquelles seul le groupe familial pris comme entité aurait des droits politiques, c'est-à-dire la technique du suffrage familial, et d'étudier ses rapports avec la démocratie.

Mais cette analyse technique n'est pas directement opératoire pour l'étude du droit constitutionnel familial <sup>987</sup>. Il n'y a pas à remettre en cause la pertinence et le bien-fondé de la classification juridique ; mais il existe une confusion permanente, à quelques rares exceptions près, dans l'emploi des concepts *suffrage* et *vote* dans le milieu familialiste, voire politique <sup>988</sup>.

Surtout, cette classification technique est peut-être trop théorique, et trop liée à une affirmation programmatique (à qui le législateur et le constituant entendent-ils confier le suffrage ?) ; de ce point de vue, la réalité se trouve essentiellement du côté de celui qui exerce le

---

<sup>985</sup> Ce qui supposerait la famille comme personne morale dotée d'organes pour voter en son nom.

<sup>986</sup> Par exemple, si on accorde un suffrage non par individu composant la famille, mais par groupe de 2 individus ou plus.

<sup>987</sup> L'opportunité politique l'emporte sur la rigueur juridique : J. Dabin a montré qu'il y a quelques contradictions dans cette logique à ajouter le droit de la famille à celui de l'individu et non à le remplacer (*op. cit.*, n. 896).

<sup>988</sup> Ceux qui voudraient avoir une approche juridique sont écartés car « enfermés, desséchés et racornis dans l'esprit légiste le plus étroit » (A. Enfière, *Le vote familial*, Giard, 1923, p. 40).

vote, et non pas de celui qui est le titulaire théorique du suffrage : quelle différence réelle y a-t-il entre le cas où le chef de famille <sup>989</sup> exprime par sa voix l'option politique de sa famille, et celui où, par sa seule voie, s'expriment les options supposées de son épouse et de ses enfants ? On conviendra que la différence n'apparaît pas dans la pratique de manière certaine, dès lors que la famille reste une entité sans statut juridique précis <sup>990</sup>. Techniquement, des différences existent, quant à la computation des voix, à la possibilité d'attribuer ou non le droit à un suppléant. Il en est de même politiquement, le suffrage favorisant le chef de famille par rapport au célibataire, le vote établissant une préférence entre les familles selon leur taille. Mais cette opposition est trop fluctuante pour constituer une grille de lecture principale et nous forcer à exclure le vote familial de l'analyse.

**327.** Bien que la Constitution du 4 novembre 1848 ait fait une large place à la famille, estimant qu'elle est la base de la République française <sup>991</sup> et que celle-ci doit la protéger <sup>992</sup>, le texte précise que le «suffrage est direct et universel» <sup>993</sup> et que sont «électeurs sans condition de cens tous les Français âgés de vingt et un ans et jouissant de leurs droits civils et politiques» <sup>994</sup>.

S'il n'a jamais été question en 1958 ou depuis cette date de revenir sur le suffrage universel ou d'instaurer un vote familial <sup>995</sup>, on peut douter, au regard de l'article 3 de la Constitution de 1958 <sup>996</sup> et de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel <sup>997</sup> qu'une telle modification soit envisageable dans le cadre de la loi fondamentale actuelle.

Il reste donc trois périodes où la question a été, en revanche, évoquée. Si l'époque révolutionnaire ne nous concerne que de très loin, la III<sup>e</sup> République a été propice à des discussions acharnées, et la Libération à des compromis révélateurs.

---

<sup>989</sup> Pour raisonner dans le contexte juridique des débats évoqués.

<sup>990</sup> Et notamment en l'absence d'un mandat impératif sur le vote au sein de l'institution familiale.

<sup>991</sup> Avec le travail, la propriété, l'ordre public, *Préambule*, IV.

<sup>992</sup> *Préambule VIII*.

<sup>993</sup> Art. 24.

<sup>994</sup> Art. 25.

<sup>995</sup> La remontée de l'extrême droite en France remet la question en perspective, au moins dans le discours politique : V. pour le Front national les propositions d'institution d'un vote familial par J. M. Le Pen, *Meeting Rennes, 2 mars 1988*, in *CD-ROM Politique et Société*, Doc. fr. ; le thème a été évoqué dans le même cadre au cours de l'été 1994, démontrant ainsi qu'il ne s'agit pas là d'un simple thème de circonstance pour l'extrême-droite.

<sup>996</sup> « Le suffrage est universel et égal ». La règle vaut pour toutes les élections publiques. Le suffrage familial est donc ici inconstitutionnel. Il faut cependant rappeler que c'est au nom de l'égalité que le vote familial est, quant à lui, présenté comme suffrage universel intégral.

<sup>997</sup> Déc. du 27/1/1979. Le Conseil pose alors, plus largement même que par la seule interprétation de l'art. 3, une règle d'égalité du suffrage fondée sur l'art. 6 de la Déclaration des Droits de 1789 et sur l'art. 2 de la Const. (principe d'égalité). Mais le Conseil, nous y reviendrons pour l'UNAF, prévoit des possibilités de dérogations si le vote plural est compatible avec la finalité de l'opération électorale lorsqu'il ne s'agit pas d'élections publiques.

**328.** Dominique Breillat et Pierre Astié estiment que les trois régimes révolutionnaires <sup>998</sup> ont connu «plusieurs semblants d'application du vote familial» <sup>999</sup>, en constatant d'une part que la qualité de citoyen était indispensable pour être électeur, et d'autre part que la qualité de citoyen pouvait s'acquérir par mariage <sup>1000</sup> ou par adoption <sup>1001</sup>. Mais l'appréciation des auteurs nous semble excessive <sup>1002</sup> et il faut convenir que la famille n'entre finalement pas dans la problématique électorale de la Révolution, ce qui est dans la logique des valeurs de ces régimes.

**329.** Le lien entre la III<sup>e</sup> République et l'émergence du corporatisme familial suffit, en revanche, à faire du vote ou suffrage familial, sinon une question fondamentale, du moins un souci assez important pour susciter quelque activité parlementaire. Repris dans une optique nataliste <sup>1003</sup> ou féministe <sup>1004</sup>, voire dans une perspective plus large de *suffrage universel intégral* <sup>1005</sup> qui pourrait profiter aux mineurs, le thème est apparemment consensuel et à la mode <sup>1006</sup>. Mais le consensus n'est qu'apparent et chacun poursuit sa propre logique : féministes et juristes notamment, même favorables à la famille, admettent difficilement ce vote plural et sont tentés de rechercher directement le vote féminin <sup>1007</sup>. Esseulé et à nouveau suspecté de réaction, le familialisme échoue ici encore <sup>1008</sup>.

---

<sup>998</sup> Pour les textes constitutionnels, il s'agit des constitutions du 3 septembre 1791 (monarchie constitutionnelle), du 24 juin 1793 (jamais appliquée) et du 5 fructidor an III (22 août 1795).

<sup>999</sup> *Op. cit.* (n. 962) p. 29.

<sup>1000</sup> 1791, titre II, art. 3 ; 1793 art. 4 et 1795 art. 10.

<sup>1001</sup> 1793, art. 4

<sup>1002</sup> D'une part, conférerait aussi dans les mêmes conditions à l'étranger demeurant en France la qualité de citoyen le fait d'être propriétaire immobilier, agriculteur ou commerçant (1791 et 1795), propriétaire ou travailleur (1793), sans que l'on puisse pour autant parler de suffrage professionnel ou foncier. D'autre part, l'art. 3 de la Const. du 4 octobre 1958 prévoit également que la qualité d'électeur n'appartient qu'aux nationaux, et il est possible d'acquérir la nationalité sous certaines conditions consécutivement à un mariage, sans que l'on insiste non plus sur le caractère familial du suffrage.

<sup>1003</sup> Les natalistes font valoir, s'appuyant sur l'histoire démographique, que le suffrage individualiste entraînerait une dénatalité, que justement connaît la III<sup>e</sup> République ; l'établissement du suffrage familial entre alors dans leur programme.

<sup>1004</sup> Les femmes étant exclues du suffrage dit universel, les féministes envisagent éventuellement que l'élargissement du droit de suffrage puisse passer par le vote familial.

<sup>1005</sup> Titre d'un ouvrage d'A. Toulemon, *Suffrage familial ou suffrage universel intégral, le vote des femmes*, Sirey, 1933.

<sup>1006</sup> Nombre de thèses sont soutenues sur le sujet (directement ou comme illustration du vote plural) : D. Breillat et P. Astié (*op. cit.*, n. 962) en recensent 9, dont celle de Duthoit, futur président des Semaines sociales et rédacteur de la première *Déclaration des droits de la Famille*.) ; des hommes politiques en vue (Tardieu, Raynaud, etc. : bibliographie très complète dans la thèse de Talmy, – *op. cit.* n. 913 –, principalement au texte et t. 2 p. 268) ) et des juristes (Renard parce qu'il est familialiste : *Le suffrage universel et la famille*, in *Le maintien et la défense de la famille par le droit*, Sirey, 1930 ; Duguitt parce qu'il veut un suffrage universel véritable : *Traité*, n. 897, t. 2 p. 589) s'y intéressent.

<sup>1007</sup> Hauriou dans son *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 1929, p. 560 et J. Barthélemy & Duez dans leur *Traité de droit constitutionnel*, Economica, 1985 p. 336 ainsi que dans le *Suffrage des femmes* (1919) du seul Barthélemy.

<sup>1008</sup> Ajoutons immédiatement que la situation familiale du personnel politique, très largement célibataire ou sans enfant, a eu aussi son importance, comme le montre Talmy dans sa thèse (n. 913).

Les tentatives ont pourtant été nombreuses <sup>1009</sup>. Si l'on écarte un certain nombre de propositions fantaisistes ou dues à des artifices de procédure, on retrouve la dichotomie entre vote et suffrage.

**330.** Par le suffrage familial, il s'agit donc de favoriser la famille en permettant au groupe de voter. Ce suffrage en toute logique devrait avoir la faveur des familiaux puisqu'il reconnaît la famille en tant que groupe politique. L'abbé Lemire fut à la Chambre des députés son plus ardent défenseur <sup>1010</sup>.

C'est bien entendu la théorie de l'électorat fonction qui est en jeu derrière ces propositions, dans le cadre de la souveraineté nationale. La Nation détermine ceux qui sont dignes de voter <sup>1011</sup>. Comme pour le vote censitaire, ou surtout dans une perspective démocratique, pour le vote des seuls citoyens masculins, la Nation pourrait déterminer que sont dignes de voter, seuls ou aux côtés d'autres catégories de citoyens, les familles ou leurs chefs. En ce sens, sans remettre en cause le régime, la proposition de suffrage familial n'est que très partiellement démocratique et ne constitue nullement une avancée par rapport au suffrage universel masculin, hors du point de vue familialiste.

Cela explique qu'elle ne fut jamais en passe d'être adoptée, et que les familiaux et les natalistes ne l'ont pas vraiment soutenue <sup>1012</sup>. Un rapide calcul mathématique montre de plus que le vote familial, moins pur au regard des principes familialistes que le système du suffrage, favorise pourtant davantage les chefs de familles nombreuses <sup>1013</sup>. Renonçant alors à une naïveté de principe, et optant pour le réalisme politique, certains familiaux ont abandonné le suffrage familial pour promouvoir le vote, en recherchant l'individu dans la famille <sup>1014</sup>.

**331.** Et c'est Roulleaux-Dugage qui le fit le plus clairement, en proposant, autour du vote familial, ce qui pouvait alors apparaître comme la tentative d'une synthèse entre familialisme et

---

<sup>1009</sup> La première proposition date de 1871 (Jouvenel et Douhet, Assemblée nationale). Entre 1911 et 1933, J. Barthélemy (*Traité*, n. 1007) dénombre ainsi 8 actions institutionnelles sur la question. Breillat et Astié (*op. cit.*, n. 962) en repèrent deux autres. R. Talmy signale des tentatives postérieures (*Thèse*, n. 913, T. 1 p. 118, T. 2 p. 38 et s., 99 et s., et 213 et s.)

<sup>1010</sup> D'abord Lemire propose, dans le cadre du vote plural, d'attribuer une voix de plus à l'homme marié, et un troisième suffrage pour trois enfants mineurs (7 juillet 1911, JO Doc. ch. 1911 p. 2200 et s.). Il accordait ainsi selon ses termes «une voix pour l'individu, une pour la famille, une pour la race» (Cité par Talmy, n. 913, t. 1 p. 121.). Quelques années plus tard, il n'accorde la troisième voix qu'à compter du quatrième enfant (19 décembre 1924, JO Doc. ch. 1924 p. 2068).

<sup>1011</sup> L'homme marié l'est plus que le célibataire, et le père de famille nombreuse plus que l'homme marié pour l'auteur de ces propositions.

<sup>1012</sup> Le PDP, familialiste et féministe, s'orientait vers la reconnaissance du suffrage féminin, et l'octroi au père de famille du vote pour ses enfants (PP du 20 juillet 1923, JO Doc. ch. p. 1049).

<sup>1013</sup> Soit une famille légitime composée des deux parents et de trois enfants mineurs. Avec le suffrage familial proposé par Lemire, le père dispose d'abord de 3 voix puis de deux. Avec le vote familial, il dispose de 4 voix et sa femme d'une. Quel que soit le vote de sa femme, le père est avantagé.

<sup>1014</sup> Ce n'était pourtant pas le glas du suffrage familial : la période étudiée a connu malgré tout une telle expérience. Si le cas est marginal dans ses effets, il a souvent été invoqué par les propagandistes du familialisme : la section française du Grand Conseil de la Tunisie a été élue, à compter de 1922 selon des modalités où le père de famille de plus de quatre enfants disposait d'un double suffrage (Arr. du 13 juillet 1922 du Résident général de France en Tunisie).

démocratie <sup>1015</sup>. Tous les nationaux sans condition d'âge ou de sexe se verraient confier un suffrage. Chaque célibataire voterait, quel que soit son sexe. Lorsqu'il y aurait mariage, le chef de famille (le mari ou, s'il est décédé, l'épouse) voterait pour tous les membres de la famille, c'est-à-dire les enfants mineurs et l'épouse s'il y a lieu. Cette proposition ne heurtait pas la logique démocratique telle qu'elle était conçue et pratiquée à l'époque, et elle pouvait même au contraire, en théorie comme en pratique, constituer un progrès sur le simple suffrage masculin en vigueur ; et concernant la femme mariée, elle alignait en quelque sorte le droit politique sur le droit civil de l'autorité maritale. Elle considérait donc, d'une part, le suffrage comme un droit dont jouissait tout individu, le vote restant capacitaire (âge, situation matrimoniale) et, d'autre part, la représentation comme le moyen de concilier suffrage et vote <sup>1016</sup>. Repoussé en commission, ce projet fut repris d'abord en 1919 <sup>1017</sup>, puis par amendement à la proposition Godard sur le vote des femmes en 1923, mais en accordant cependant cette fois à la femme, mariée ou non, le droit de voter personnellement. Le gouvernement Poincaré s'étant rallié à l'amendement <sup>1018</sup>, celui-ci fut adopté par la Chambre des députés le 9 décembre 1923, par 440 voix contre 135. Cependant, entre le vote de l'article et le vote sur le texte entier, le gouvernement modifia sa position et se déclara hostile au vote des femmes <sup>1019</sup>. La majorité n'était que de circonstance et n'a pas résisté à cette volte-face : certains voulurent défendre à tout prix la famille, d'autres ne voulurent pas renoncer au vote personnel des femmes. La session s'acheva sans qu'un compromis fut trouvé. Jamais plus une assemblée favorable au vote familial ne serait en place sous la III<sup>e</sup> République.

**332.** A la Libération, le MRP, ouvertement familialiste, portait les idées du corporatisme familial à la Constituante, notamment quant à l'expression du suffrage <sup>1020</sup>. Mais il arrivait trop tard. Le vote des femmes est instauré dès 1944 <sup>1021</sup> ; des acquis sont à défendre, aussi bien pour la représentation des familles <sup>1022</sup> que pour la politique familiale ou l'attribution du ministère en charge de celle-ci (que les démocrates-chrétiens ont toujours eu tendance à considérer comme leur revenant de droit), qui commandent des concessions par rapport à l'idéologie familialiste, notamment quant au vote. Surtout, la question familiale revêt alors des aspects plus importants : la liberté familiale en matière d'éducation, la reconnaissance des droits familiaux dans le Préambule, un bicamérisme que l'on souhaiterait corporatiste et familial, ou le statut des caisses d'allocations familiales. Si donc une proposition de loi visant à l'adoption du vote familial est bien déposée à la

---

<sup>1015</sup> 30 octobre 1916, JO Doc. ch. p. 1593.

<sup>1016</sup> Des points cependant demeuraient dans l'ombre, notamment la situation des orphelins, pour lesquels on voyait mal l'Etat ou un de ses agents assurer la représentation pour l'expression du suffrage.

<sup>1017</sup> PP du 3 avril 1919, JO Doc. ch. p. 1704. Adoptée sous une forme édulcorée et quasi familialiste (disparition du vote féminin, octroi au père d'une voix supplémentaire par enfant à charge) par la commission parlementaire le 15 décembre 1921.

<sup>1018</sup> JO Débats ch., 1923, p. 4026.

<sup>1019</sup> Sans doute par crainte du Sénat, dont l'opinion majoritaire était connue.

<sup>1020</sup> V. J. M. Mayeur, *op. cit.* (n. 920), chapitre VII.

<sup>1021</sup> Ord. d'Alger du 21 avril 1944.

<sup>1022</sup> Ord. du 3 mars 1945.

Libération <sup>1023</sup>, elle est évacuée sans grande opposition par l'Assemblée constituante de 1946. Alors que jamais le corporatisme familial n'a été aussi fortement soutenu par le personnel politique, ce n'est plus la question électorale qui est à l'ordre du jour, mais celle de la représentation institutionnelle.

## **B – La famille dans les institutions publiques.**

**333.** D'un point de vue institutionnel, c'est la tentative d'instaurer des chambres, totalement ou en partie familiales, mais titulaires du pouvoir législatif, ou au moins associées à ce pouvoir, qui occupe principalement le débat public (1). Le seul résultat juridique obtenu, une participation au Conseil Economique et Social, traduit les limites de la reconnaissance politique de la famille (2).

### **1 – LES CHAMBRES FAMILIALES.**

**334.** Il s'agit ici non d'introduire la famille dans le corps de ceux qui sont titulaires du pouvoir de désigner les gouvernants, mais de faire des représentants de la famille une catégorie de ces gouvernants eux-mêmes <sup>1024</sup>. Les modalités techniques d'une telle participation sont aussi diverses que possible. Généralement, il s'agira d'organiser au sein des institutions une représentation spécifique, soit en prévoyant une chambre uniquement familiale, soit, plus communément, en réservant à la famille des sièges dans une institution qui elle-même pourra être corporative (chambre d'intérêts) ou non (parlement ordinaire).

Le poids et la réalité de cette représentation s'apprécient alors en fonction de divers éléments : nombre de sièges dans l'institution, modalité de désignation des représentants (élection ou nomination, et dans ce dernier cas il faut rechercher qui est investi du pouvoir de nomination). Mais c'est surtout la nature des compétences, délibératives ou consultatives, réservées aux représentants dans la chambre, et à la chambre dans la procédure politique et juridique, qui permet une classification pertinente.

Le petit nombre de chambres proprement familiales dans l'histoire institutionnelle contraste avec la profusion de sièges réservés à la famille dans les diverses propositions de

---

<sup>1023</sup> Rappelée par S. Dalligny, *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, LGDJ, 1976, p. 191.

<sup>1024</sup> Remarquons tout de suite pour ne plus y revenir qu'il n'y a pas opposition entre suffrage familial et chambres familiales. Les doctrines étudiées nous montrent au contraire qu'une combinaison des deux est tout aussi valable du point de vue de la logique juridique que peut l'être le recours à l'une ou l'autre de ces techniques



représentation, notamment durant la Résistance <sup>1025</sup>. Ce fait témoigne à la fois de l'audience qu'a pu acquérir la question familiale et de la perte de son identité dans un corporatisme généralisé.

**335.** Les chambres aristocratiques, qui avaient pour vocation non de représenter la Famille comme entité politique globale, mais bien de permettre à des lignages déterminés de participer au pouvoir, ne rejoignent qu'indirectement cette problématique : ainsi en est-il de la Chambre des Pairs dans les deux Chartes, au moins pour ses membres héréditaires <sup>1026</sup>.

Or, à cette exception près, il faut attendre le régime de Vichy pour voir la question envisagée d'un point de vue de droit constitutionnel <sup>1027</sup>. Elle fait alors l'objet à la fois d'une reconnaissance effective et d'une constitutionnalisation éventuelle, tant dans le projet attribué au Chef de l'Etat français que dans celui de l'assemblée d'Alger.

**336.** D'un point de vue de droit positif, tout le système mis en place par Vichy va faire place à une représentation familiale. Comme le note Robert Paxton : « Outre les représentants d'autres éléments sains – anciens combattants, officiers, paysans – les pères de famille nombreuse siègent de droit dans d'innombrables organismes » <sup>1028</sup>. Bien entendu, cette représentation subit les conceptions propres à toute instance dans le système de Vichy, et n'octroie guère de pouvoir réel, bridée d'une part par le caractère dictatorial du régime, d'autre part par les données propres à un pays vaincu, puis occupé. Mais cette représentation a une portée hautement symbolique en affirmant les valeurs dont le régime se réclame, et constitue une rupture avec le droit précédent.

La présence des chefs de famille est d'abord imposée aux conseils municipaux des villes de plus de 2 000 habitants : les membres du conseil sont nommés par le ministre pour les villes de plus de 50 000 habitants, ou par le préfet pour les communes de 2 000 à 49 999 habitants, sur une liste de présentation établie, selon le cas, par le préfet ou le maire ; la liste doit être établie de façon que le conseil comprenne obligatoirement un père de famille nombreuse <sup>1029</sup>. Selon Aline Coutrot, cette disposition aurait connu une application très variable selon les villes <sup>1030</sup>. Le *Conseil national*, mis en place pour faire fonction d'assemblée transitoire dans l'attente de la promulgation d'une éventuelle constitution, consacre également cette représentation familiale : si la composition tient essentiellement compte des activités professionnelles ou corporatives, elle doit se conjuguer avec d'autres éléments de telle manière que « les familles nombreuses y soient toujours représentées » <sup>1031</sup>.

<sup>1025</sup> V. les exemples cités par H. Michel (n. 937)

<sup>1026</sup> Art. 27 de la *Charte du 4 juin 1814* et 23 de la *Charte du 14 août 1830*.

<sup>1027</sup> Le précédent du Conseil économique (et donc non encore social) n'apparaît, jusqu'en 1946, que dans une perspective de consultation administrative. Il ne relèvera de la problématique constitutionnelle qu'à la Libération.

<sup>1028</sup> *La France de Vichy, 1940-1944*, Editions du Seuil, Paris, 1973, p. 165.

<sup>1029</sup> Art. 13 de la L. du 16/11/1940 (BO ministère de l'Intérieur, Novembre 1940, p. 306).

<sup>1030</sup> *La politique familiale* in R. Rémond (Dir.), *Le gouvernement de Vichy, 1940-1942*, Armand Collin, 1972. Adde Paxton, *op. cit.* (n. 1028), p. 166.

<sup>1031</sup> Art. 2 de la L. du 12/2/ 1943 (BO ministère de l'Intérieur, février 1943, p. 47).

Plus flou, le projet constitutionnel de Pétain apparaît en retrait par sa généralité <sup>1032</sup>. Il prévoit d'instituer dans la composition du Sénat et des conseils municipaux la présence de «membres représentant les institutions professionnelles et corporatives» <sup>1033</sup>, sans plus de précisions. La philosophie du régime, les termes corporatifs et professionnels, les exemples des conseils municipaux et du Conseil national, permettent néanmoins de supposer que la famille aurait pu y trouver place.

Ces projets ne reçurent pas d'application complète ou durable, et sont ainsi restés souvent vagues, au-delà d'une philosophie d'ensemble. Ce n'est pas le cas, en revanche, du projet issu de la Résistance.

**337.** L'ordonnance du 17 septembre 1943 a créé une *Assemblée consultative* pour préparer les bases de la future République. Le projet élaboré prévoit un régime parlementaire à exécutif fort, le Président de la République étant élu par un collège électoral restreint. Il est mentionné l'existence, au sein de ce collège, d'une représentation familiale, sans qu'il soit précisé comment ces représentants seraient désignés <sup>1034</sup>. Surtout, dans le cadre du bicamérisme, la deuxième chambre (Sénat), investie de pouvoirs réduits, représenterait les familles au côté des grands corps de l'Etat et de la profession. On n'est alors guère éloigné de la conception gaullienne qui sera exposée à Bayeux.

Un second projet a été présenté par la *Commission d'études de réforme de la Constitution*. Celui-ci, se ralliant au monocamérisme pour l'essentiel, exclut la représentation familiale.

Ces deux études délimitent le terrain sur lequel la question va désormais se poser à titre principal, et spécialement à la Libération : monocamérisme ou bicamérisme ? Seul le recours à une deuxième chambre peut permettre en démocratie une représentation d'intérêts. Pour une large part, c'est alors ce souhait d'établir une représentation d'intérêts qui justifie logiquement l'existence d'une deuxième chambre, notamment dans la pensée gaullienne.

**338.** La force du MRP, favorable en théorie aux chambres familiales, explique qu'il y ait eu débat constitutionnel à la Libération. L'échec des conceptions du MRP est aussi celui de la représentation constitutionnelle familiale.

---

<sup>1032</sup> Les travaux préparatoires allaient dans un sens nettement familialiste. J. Barthélemy dans son projet de 1942 prévoyait un bicamérisme de façade pour un régime dictatorial, mais comprenant une chambre dite *Grand Conseil*, dont certains membres seraient des représentants des associations de chefs de famille : le parlement ainsi composé n'aurait qu'un pouvoir d'approbation (F. Ferry, *thèse*, n. 937 p. 33.) Il est instructif de comparer avec son *Traité* (n. 1007), p. 329 et s. «Lorsqu'on aura satisfait le plus grand nombre possible d'intérêts particuliers, on aura ruiné le pays [...] la représentation des intérêts favorise la tyrannie du groupe sur l'individu, [...] elle est, à son insu, une doctrine de marche vers le bolchevisme». Pour une analyse des positions successives du député du Gers, V. C. Singer, *Vichy, l'Université et les Juifs*, Les Belles Lettres, 1992.

<sup>1033</sup> Art. 20 & 22.

<sup>1034</sup> F. Ferry, *op. cit.* (n. 937) p. 134.

Le premier projet de constitution <sup>1035</sup>, d'inspiration socialo-communiste, n'ignorait pas la famille ; il ne l'envisageait cependant que dans le Préambule, sans en faire un élément organisationnel du régime <sup>1036</sup>. Lors de la discussion, le 9 avril, Paul Coste-Floret pour le MRP soutint l'idée d'une seconde chambre élue pour partie par les associations familiales <sup>1037</sup>. L'Assemblée n'a pas entériné cette idée, et c'est un système monocamériste qui fut proposé au peuple, contre les vues des démocrates chrétiens. Le souverain ayant repoussé le projet le 5 mai 1946, une deuxième chance était offerte au familialisme.

Le projet adopté le 13 octobre 1946, plus modéré que le premier, ne fut pourtant pas plus familialiste. Le MRP fut obligé d'accepter des compromis, et notamment de renoncer à la représentation socioprofessionnelle et familiale pour sauver le bicamérisme. Le texte constitutionnalise bien le Conseil Economique qui permettra, nous le verrons, la représentation des familles. Mais il s'agit d'un Conseil très en retrait de celui préconisé durant la guerre par la démocratie chrétienne – et même au-delà d'elle par d'autres composantes de la Résistance –. C'est encore là une concession évidente à la gauche, si l'on se reporte au texte, relativement consensuel pourtant sur ce point, que le MRP a soutenu devant la Seconde Assemblée nationale constituante : celui-ci prévoyait qu'apparaissent dans le texte constitutionnel lui-même l'élection par les groupements familiaux les plus représentatifs de délégués au Conseil économique et social, et la présence d'une formation familiale au sein de ce Conseil. Mais ces formules impliquaient la disparition du Sénat ; celle-ci repoussée, il n'était plus possible de traiter le Conseil économique comme une deuxième chambre implicite, sauf à l'installer officiellement en lieu et place du Sénat. Le Conseil économique devient alors un organe consultatif supplémentaire, au statut constitutionnel certes honorifique, mais aux attributions en droit et en fait trop accessoires pour un corporatisme familial autre que formel.

C'est enfin avec le retour aux affaires du général de Gaulle que va se reposer, sous une forme plus participative, mais pour la dernière fois, la question du familialisme institutionnel.

**339.** Envisagée rapidement lors de l'élaboration de la Constitution de 1958 par le Général de Gaulle <sup>1038</sup>, la représentation constitutionnelle des familles est reprise avec le référendum d'avril 1969.

---

<sup>1035</sup> Pour une présentation d'ensemble, V. G. Berlia, *Le projet de Constitution française du 19 avril 1946*, RD publ. 1946, p. 209 et s.

<sup>1036</sup> Projet du 19 avril 1946, art. 24 et 37. Cependant, lors de la discussion du premier projet (deux semaines après l'adoption de l'ordonnance sur la représentation par l'UNAF, Cf. section suivante), des amendements avaient été déposés afin de faire prendre en considération une certaine représentation : « L'organisation des pouvoirs publics comporte pour les familles une représentation qui assure la défense effective de leurs intérêts matériels et moraux » (René Coty), et « La famille participe par ses délégués à la direction des affaires publiques » (Joseph Denais). JO AN Constituante CR, 19/3/1946, p. 871.

<sup>1037</sup> V. C. L. Vier, in F. Luchaire & G. Conac (Dir.), *La constitution de la République française*, Economica, 1987, p. 1189.

<sup>1038</sup> Sur l'élaboration du Titre X de la *Constitution du 4 octobre*, et sur les projets repoussés, voir C.L. Vier, *op. cit.* (n. 1037). *Adde* : *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution*, *op. cit.*, p. 235 ; M. Bonnard, *Le statut*

La réforme, annoncée dès la conférence de presse du 31 janvier 1964, étudiée juridiquement depuis 1965, devait traduire très exactement la conception gaullienne de la participation dans la lignée du discours de Bayeux <sup>1039</sup>. Dans ce contexte, les activités économiques et sociales auraient été représentées par certains sénateurs (146 sur 321). Dix d'entre eux auraient représenté directement les familles <sup>1040</sup>. Ils auraient été désignés pour partie par l'UNAF, mais aussi pour partie par des associations de parents d'élèves, sans que le texte précise comment conjuguer ces deux sources de nomination <sup>1041</sup>. Le projet imposait, de plus, que la moitié des sénateurs désignés par l'UNAF soient des femmes <sup>1042</sup>.

Il s'agit là du projet le plus abouti de corporatisme familial dans l'histoire démocratique française. Mais c'est aussi la dernière tentative notable pour l'instituer. Malgré tout, il ne s'agit guère que d'un aménagement du Conseil économique et social. Cela aurait pu être important au regard de l'équilibre général de nos institutions. Mais du point de vue du familialisme, cela n'aurait rien changé à la réalité juridique et sociologique du corporatisme familial : sa dilution dans ce que certains n'ont pas hésité à nommer «un club de courtoisie» <sup>1043</sup>.

## **2 – LA REPRESENTATION PAR LE CONSEIL ECONOMIQUE ET SOCIAL.**

**340.** Le Conseil économique et social est la seule instance corporative constitutionnellement reconnue, qui a vocation à participer, avec ce que ce mot peut avoir de vague, à la vie politique institutionnelle. Il laisse place à une représentation des familles (a), mais la conception générale de cette institution ne saurait faire croire au succès des familiaux (b).

---

*du parlement, in L'écriture de la Constitution de 1958 (colloque d'Aix), Economica 1992, p. 290-291 & D. Maus, Le Sénat, ibid. p. 415 et s. De Gaulle souhaitait que dans le cadre général de la fusion du Conseil économique, de l'Assemblée de l'Union française et du Sénat dans une deuxième chambre, une partie des «sénateurs» fût élue par les représentants des collectivités locales de métropole et d'outre-mer ; l'autre partie aurait été nommée, et cette procédure aurait eu pour objectif de permettre la représentation des forces économiques et sociales ; au rang de ces dernières, le Chef du Gouvernement rangeait les associations familiales. M. Debré, très favorable à une politique nataliste et familiale engagée, n'était guère partisan d'inclure une section professionnelle au Sénat, craignant un mélange des genres. L'opposition générale du monde politique, et les exigences contradictoires des intéressés ont également conduit à différer ce projet.*

<sup>1039</sup> Et d'écrits antérieurs. Cf. *Vers une armée de métier* (1930).

<sup>1040</sup> Le projet est reproduit par M. Duverger, *op. cit.* (n. 919).

<sup>1041</sup> Il était prévu pour cela l'intervention d'un simple décret.

<sup>1042</sup> Art. 65 B du projet de L. const. rejeté par référendum le 27 avril 1969.

<sup>1043</sup> G. et A. Merloz, *Le Conseil économique et social en France sous la V<sup>e</sup> République*, Dr. soc., n° 11, 1976, p. 413 et s. En dépit des critiques qu'il a pu susciter (Cf. les observations de la CFTC et de l'UNAF sur cette étude : Dr. soc., avril 1977, p. 139 et s.), cet article demeure essentiel pour la compréhension de l'institution.

**a – la famille dans le Conseil Economique et Social.**

**341.** Si une place relativement importante est faite à la représentation familiale au sein du Conseil, celle-ci est juridiquement aléatoire.

**342.** La structure de la représentation familiale a évolué dans le temps. Absente du Conseil économique de la III<sup>e</sup> République <sup>1044</sup>, la famille est reçue à la représentation dès que celle-ci, sortant du domaine strictement économique, s'étend au social et au culturel. Les lois du 27 octobre 1946 et du 20 mars 1951, le décret du 10 mai 1951 assurèrent l'existence de représentants familiaux dans l'institution <sup>1045</sup>.

La V<sup>e</sup> République n'est à cet égard que l'héritière de la précédente, et l'ordonnance 58-1360 du 4 octobre 1958 avait prévu 15 représentants pour la catégorie des intérêts des activités diverses ou sociales, dont 8 représentants des associations familiales. La loi organique 84-499 du 27 juin 1984 porte le nombre de ces représentants respectivement à 17 et 10 <sup>1046</sup>.

Mais c'est à un décret que revient le soin de fixer les modalités de désignation pour chaque catégorie ou groupe. Les 10 représentants des associations familiales sont ainsi désignés, pour 6 d'entre eux directement par l'UNAF <sup>1047</sup>, et pour 4 autres par les mouvements familiaux à recrutement général que l'UNAF aura habilité pour ce faire <sup>1048</sup>. Ils siègent dans un groupe spécifique de la famille, communément appelé le *groupe de l'UNAF*, prévu par le règlement intérieur du Conseil.

En apparence donc, la famille est bien représentée <sup>1049</sup>, et cette représentation s'est même améliorée quantitativement et qualitativement, par une prise en compte de la représentativité des mouvements familiaux à recrutement général. Toutefois, il s'agit, aux termes mêmes de la loi

---

<sup>1044</sup> D. du 16 janvier 1925

<sup>1045</sup> Encore faut-il remarquer que l'intérêt représenté est tout autant celui de la famille que celui de la consommation.

<sup>1046</sup> Nouvel art. 7. V. T. Renoux, *La rénovation du Conseil économique et social*, AJDA 1985, p. 21 et s. Cette représentation est équivalente en nombre à celle des entreprises publiques, soit 4,34 % de l'effectif total du Conseil.

<sup>1047</sup> Représentants élus par l'AG de l'UNAF sur candidatures individuelles, V. *décision de l'AG de l'UNAF* du 17 juin 1984.

<sup>1048</sup> Art. 11 du D. du 4 juillet 1984. L'AG de l'UNAF a retenu à cet effet un critère de représentativité fondé sur le nombre d'adhérents d'une part, sur la présence géographique (nombre d'UDAF auxquelles les mouvements adhèrent) d'autre part : V. AG de 1984 (n. 1047). Pour le mandat en cours à la date de rédaction (1994-1999 : nominations de septembre 1994), il s'agit des Familles de France (FF), des Associations familiales catholiques (AFC), de la Famille Rurale et de la Confédération syndicale des familles (CSF).

En tenant compte de la délégation UNAF, siègent alors au Conseil au titre des associations familiales : 3 représentants des FF, 2 de la CSF, 1 de la Famille rurale, 2 des AFC, et 2 représentants de mouvements à recrutement spécifique. Cette composition aboutit ainsi, d'une part, pour ce qui est des mouvements généraux, à l'exclusion de la représentation au Conseil des Associations familiales protestantes, des Associations populaires familiales syndicales et de l'ensemble du mouvement laïque, et d'autre part à une faible représentation des mouvements spécifiques.

<sup>1049</sup> Sur le fonctionnement de cette représentation telle que la souhaite l'UNAF, V. *Place et rôle des représentants de l'UNAF au CES*, Lettre circulaire UNAF B 719 du 26 mars 1974.

organique, de représentants des *associations familiales* et non de *la famille* ou *des familles* <sup>1050</sup>. Cela a son importance car les associations familiales, pour représenter des familles, ont des compétences très générales leur permettant d'assurer une représentation multiple, notamment en l'absence de représentation spécifique.

Prenons un exemple. Les commentateurs estiment en général que les associations familiales pallient l'absence d'une représentation spécifique de la consommation <sup>1051</sup>. Or, cette présentation est pour partie inexacte. Les associations familiales ont en effet un titre pour représenter très officiellement les consommateurs, qui en font autre chose qu'un palliatif : tant l'UNAF que des mouvements familiaux à recrutement général présents au Conseil économique <sup>1052</sup> sont agréés comme organisations de consommateurs. On voit très clairement ainsi qu'en prévoyant des représentants des associations familiales et non des familles, le législateur organique a permis la représentation des intérêts des consommateurs comme celle des intérêts familiaux. Les consommateurs ne sont nullement moins bien représentés que la famille : ces deux représentations sont en fait et en droit identiques, dans la mesure où elles sont assurées par un même type d'organisme, habilité très officiellement pour le faire <sup>1053</sup>.

Ce que nous venons de relever pour la consommation pourrait aussi être avancé pour la représentation des retraités ou d'autres secteurs de la population, avec une acuité moindre cependant, dans la mesure où n'existe pas cette procédure d'agrément qui fait incontestablement de certaines associations familiales des organisations de consommateurs. Pareillement, il est des cas où une représentation sera doublement assurée : pour le logement par exemple, il est prévu un représentant spécifique désigné par décret sur proposition du ministre en charge du Logement ; mais comme l'UNAF intervient très officiellement dans le domaine du logement, de même que certains mouvements familiaux généraux, les associations familiales peuvent juridiquement prétendre renforcer cette faible représentation <sup>1054</sup>.

Ainsi, ce n'est pas tant la famille que les associations qui sont représentées, et leur nature multifonctionnelle renvoie la famille à un rang sinon accessoire, du moins partagé. On est alors bien loin d'un corporatisme spécifiquement familial.

---

<sup>1050</sup> En comparaison, on notera que siègent au Conseil, aux termes du même article, un représentant de l'épargne, du logement de la coopération ou de la mutualité.

<sup>1051</sup> V. par exemple T. Renoux, *op. cit.* (n. 1046).

<sup>1052</sup> AFC, CSF, FF, Famille rurale.

<sup>1053</sup> Nous ne nions pas que cela soulève sans doute des questions de représentativité, les associations familiales n'étant qu'une des nombreuses composantes du mouvement de consommateurs. C'est éventuellement au législateur ou au pouvoir réglementaire (pour une situation proche, V. CE, 17/4/1970, *Fédération nationale de la coiffure et des professions connexes de France et de la Communauté*, rec. CE p. 257) d'arbitrer entre ces composantes, quitte à réduire la représentation des associations familiales – il faudrait cependant une autre loi organique – . Mais ce problème de représentativité relève d'autres interrogations et ne doit pas occulter la situation juridique.

<sup>1054</sup> Sur ce rôle, voir l'article déjà ancien mais qui reste pertinent par sa problématique, de J. Meynaud et A. Lancelot, *Groupes de pression et politique du logement, essai d'analyse monographique*, RF sc. pol., n° 4, 1958, p. 821 et s.

**343.** Le statut de la représentation familiale ne favorise pas non plus ce corporatisme. Le texte constitutionnel est laconique : «La composition du Conseil économique et social et ses règles de fonctionnement sont fixées par une loi organique» <sup>1055</sup>. Seule son existence, mais ce n'est alors qu'une enveloppe, et sa saisine pour avis sur le plan et les projets de loi de programme à caractère économique ou social, et ce pourrait n'être qu'une formalité, sont constitutionnellement garanties.

Un législateur organique pourrait ainsi vider complètement de sa substance la réalité du Conseil, ou bien en exclure certains pans de la société, qui ne seraient plus reconnus comme forces vives de la Nation. L'exercice, pour être politiquement difficile, n'est pas seulement hypothétique. Le seul censeur serait sans doute le Conseil Constitutionnel, saisi obligatoirement du texte adopté. Mais quels textes, quels principes, pourrait-on invoquer à l'encontre d'une telle réforme? S'agissant des associations familiales, qu'advviendrait-il si la loi organique de 1984 venait à être modifiée, et leur représentation évincée ou réduite ? Le texte ne violerait assurément pas le Titre X de la Constitution. Serait-il contraire aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République ? Le traitement réservé à la famille durant la période habituellement retenue pour isoler ces principes <sup>1056</sup> ne permet pas de répondre par l'affirmative. On ne voit guère non plus quelle obligation internationale pèserait en ce sens sur le législateur organique. Reste la référence à la famille dans le Préambule de 1946 <sup>1057</sup>. Il pourrait être séduisant d'y voir une garantie pour la représentation familiale, n'étaient deux obstacles de taille. D'une part, il s'agit ici, comme nous l'avons montré, d'une représentation d'associations aux compétences très larges et non immédiatement d'une représentation des intérêts des familles : il y aurait difficulté à invoquer des dispositions protégeant la famille pour préserver des représentations de ce type. D'autre part, en admettant même que les associations représentent, malgré tout, les familles (et c'est là, au moins pour l'UNAF, le postulat irréfragable de l'ordonnance de 1945) <sup>1058</sup>, il faudrait estimer qu'en ne prévoyant pas une représentation des intérêts de la famille au sein du Conseil économique, le législateur n'assure pas à la famille « les conditions nécessaires à son développement » <sup>1059</sup>. L'exercice est périlleux et ne trouve guère de support dans l'histoire des relations interinstitutionnelles, ni dans la réalité du Conseil économique, alors même – et surtout – que l'UNAF assure par ailleurs une représentation officielle, directe et permanente de la famille auprès des pouvoirs publics.

On est conduit à conclure que la présence de représentants des intérêts des familles dans l'instance corporative constitutionnelle n'est pas et ne peut pas être juridiquement garantie. Quel

---

<sup>1055</sup> Art. 71 de la Const. du 4 octobre 1958.

<sup>1056</sup> Le Conseil constitutionnel ne consacre de tels principes que s'ils résultent de manière générale et non contingente d'une législation républicaine antérieure à l'entrée en vigueur du Préambule de la Constitution de 1946 (27/10/1946). Or, nous avons vu justement que la famille n'a pas, durant ces périodes républicaines, constitué l'objet d'une attention vigilante. On serait tenté d'ajouter, au contraire !

<sup>1057</sup> V. 1<sup>ère</sup> partie.

<sup>1058</sup> V. section suivante.

<sup>1059</sup> Texte du préambule.

que soit le sentiment qu'une telle constatation inspire, il doit être relativisé par l'appréciation de la place de cette instance dans la Nation.

**b – le Conseil Economique et Social dans les institutions.**

**344.** Les auteurs étudiant le Conseil Economique et social <sup>1060</sup> s'accordent à noter, avec des différences de degrés et de termes, la place finalement en retrait du Conseil <sup>1061</sup>. Nous ne ferons ici qu'en rappeler les raisons, sans les développer davantage.

D'abord, convenons que si l'existence formelle du Conseil Economique et Social est constitutionnellement garantie, il en est pour le reste comme pour la représentation des familles en son sein : le tout est à la disposition du législateur organique. Si le précédent de 1984, qui n'a abouti qu'à une «réformette» <sup>1062</sup>, malgré une volonté plus affirmée de réforme du pouvoir en place, semble montrer que le Conseil a une place politiquement admise, cette constatation a deux faces. Il serait politiquement difficile de réduire l'influence du Conseil, bien que la place des sections au sein du Conseil, où le gouvernement peut nommer des membres directement, soit révélatrice des possibilités de contrôle extérieurs sur le Conseil <sup>1063</sup>. Il ne serait pas plus facile d'accroître cette influence.

Or celle-ci est limitée, sans d'ailleurs que la qualité du travail fourni par le Conseil en soit la cause directe. Conçu essentiellement comme un conseil de l'exécutif, il ne vaut que le poids que le gouvernement entend lui concéder, même si l'autosaisine lui permet de se faire entendre sans qu'on l'y invite parfois, et si le suivi organisé des avis empêche qu'on ne les oublie trop ostensiblement.

Surtout, sa composition, c'est-à-dire son essence même, est difficilement conciliable avec un poids politique. En effet, il ne peut pas, par définition, y avoir de groupe majoritaire au Palais d'Iéna puisqu'il s'agit de représenter la pluralité. Dès lors, tout va se jouer le plus souvent sur des finesses politiques : soit les groupes campent sur leurs positions, et le système risque d'être bloqué, aucun avis ou rapport ne pouvant être adopté par absence de majorité ; soit on va rechercher des compromis, par concessions et par restriction à ce qui est acceptable par le plus grand nombre, et il n'y a guère d'innovation ou de prise de position véritablement nette qui soit possible <sup>1064</sup>.

---

<sup>1060</sup> V. les indications bibliographiques dans les articles de T. Renoux (n. 1046), C. L. Vier (n. 1037) et G. & A. Merloz (n. 1043).

<sup>1061</sup> Pour une analyse de l'influence effective du Conseil, voir par exemple l'enquête menée par F. Wilson, *Les groupes d'intérêt sous la Cinquième République*, RF sc. pol., n° 2, 1983, p. 220 et s.

<sup>1062</sup> D. Turpin, *La «réformette» du Conseil économique et social*, RD publ. 1985 p. 15 et s.

<sup>1063</sup> D. du 6 septembre 1984.

<sup>1064</sup> G. & A. Merloz ont proposé dans leur *article* (n. 1043) une analyse détaillée de ces jeux d'influence.



On a beau jeu alors de dénoncer «un club de courtoisie» où les représentants se révèlent finalement plus politiques que les hommes politiques eux-mêmes, d'autant que le personnel de représentation, généralement en place pour une durée longue, développant une connaissance appuyée du fonctionnement de l'institution et des autres représentants, tend à la reproduction du schéma fonctionnel. C'est la loi du genre et l'on voit mal comment le Conseil pourrait fonctionner autrement <sup>1065</sup>.

Sans doute cette constatation porte-t-elle en germe la condamnation d'une tentative corporative en régime démocratique. Elle traduit en tout cas l'échec du corporatisme familial dans sa tentative d'investir le domaine politique positif, tant par l'élection que par la représentation. Mais cet échec politique n'est pas un échec global du familialisme et de ses revendications de représentation protégée. Simplement, ce n'est qu'en deçà, auprès des pouvoirs publics et non parmi eux, que le droit positif reconnaît le corps familial, ce qui ne peut que modifier la nature de cette représentation.

---

<sup>1065</sup> Nous verrons d'ailleurs que l'institutionnalisation du système familial aboutit à ce résultat pour ce qui est de son fonctionnement et de l'exercice des pouvoirs confiés.

## SECTION 2 : L'ETATISATION D'UNE REPRESENTATION FAMILIALE.

345. Il est dans l'étude des institutions étatiques des zones de non-dit, que le structuralisme juridique ne peut appréhender si ces institutions n'en font l'aveu. L'analyse institutionnelle, au contraire, établit directement le lien entre l'histoire, la politique et le droit, et peut ainsi rendre compte, au-delà d'une apparente stabilité des règles de droit positif, du mouvement constitutif des relations interinstitutionnelles. En matière de représentation familiale, cette approche est essentielle.

A en croire, en effet, la littérature autorisée, l'actuelle corporation familiale daterait de la Libération, et serait bien distincte des expériences qui l'auraient précédée, particulièrement sous un régime autoritaire <sup>1066</sup>. En toute bonne foi, des juristes reprennent cette analyse <sup>1067</sup>. La réalité est en fait tout autre. Son étude contribue à mettre en évidence le passage d'une représentation politique, conçue dans une optique autoritaire, à la représentation, dans un système démocratique, d'un objet hétérogène. Il n'est pas possible de comprendre ce passage si l'on ne fait pas le détour pour se saisir du conflit institutionnel entre l'Etat républicain et l'Etat autoritaire d'une part, l'Etat démocratique et la famille d'autre part.

Suivre le processus par lequel l'Etat institue la représentation de l'objet familial (§ 1) permet de mettre en évidence la manière dont l'Etat, à partir d'une représentativité postulée (§ 2), mène une politique de la représentation (§ 3).

---

<sup>1066</sup> Cf. les cérémonies anniversaires en présence des plus hautes autorités de l'Etat : M. Arfeux, *Bilan de XXV années d'action familiale*, Intervention devant le Président de la République, 5/12/1970. L'UNAF n'a, par ailleurs, procédé à aucune manifestation en 1992, à l'inverse de certains des mouvements qui y adhèrent (Famille rurale a fêté son cinquantième en 1993, les autres associations issues de l'action catholique admettent leur date de naissance : Cf. *Les mouvements familiaux populaires et ruraux, naissance, développement, mutations, 1939-1955, Journées d'études des 2 et 3 octobre 1982*, Les cahiers du GRMF, n° 1, Août 1983).

<sup>1067</sup> Cf. J. Massot, *Les associations en droit administratif*, RID comp. n° spécial, vol 10, 1988, p. 62. L'auteur indique : « l'UNAF et les UDAF ont reçu, en vertu du Code de la famille dans ses versions successives de 1939, 1945 et 1975 le monopole de la représentation officielle auprès des pouvoirs publics de l'ensemble des familles françaises ». Mais il n'a jamais été question d'association familiale dans le Code (fort mal nommé) de 1939. L'auteur ne fait aucune allusion à la loi Gounot de 1942. Quant à l'ordonnance de 1945, qui reprend l'essentiel de la loi Gounot, elle n'a été intégrée dans le Code de la famille qu'en 1956. On comparera avec ce qu'écrivait un des acteurs de la création de l'UNAF, cité par M. Arfeux (*Informations sociales* n° 6/7, 1978, p. 76) : en août 1944, la tâche à poursuivre se rattachait « à la tradition de la III<sup>e</sup> République, tardivement clairvoyante ». Tout est dans l'appréciation de ce *tardivement*.

## **§ 1 – L’institutionnalisation d’une représentation de la famille.**

**346.** Pour André de Laubadère, « la représentation de la famille auprès des pouvoirs publics et de l’administration constitue l’un des aspects les plus remarquables du droit public de la famille »<sup>1068</sup>. Dépendante des conditions historiques de son inscription dans la sphère de l’Etat (A), cette représentation de la famille en droit public français constitue une curiosité juridique (B).

### **A – Une évolution historique.**

**347.** La représentation familiale naît avec la *Révolution nationale* et reçoit à la Libération, selon la belle expression de Michel Chauvière, son « baptême républicain »<sup>1069</sup>. La réforme des statuts en 1975 a profondément modifié l’esprit de cette représentation<sup>1070</sup>.

#### **1 – UNE CREATION DU GOUVERNEMENT DE VICHY.**

**348.** Détaché des considérations républicaines et démocratiques, le régime de Vichy peut accueillir officiellement le familialisme<sup>1071</sup>. Certes, la place de la famille dans l’idéologie vichyssoise est telle que l’activité publique n’ignore aucun des pans éventuels d’une politique familiale. Mais la réception publique du corporatisme familial ne répond pas à cette seule logique. Elle est souhaitée jusqu’à un certain point par les familiaux eux-mêmes, qui voient dans l’intervention publique un moyen de réaliser une unité qui leur a toujours fait défaut, et d’être associés aux décisions et actions se rapportant à la politique familiale : participant à l’élaboration

---

<sup>1068</sup> *Traité de droit administratif : les grands services publics*, t. 3, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1978, p. 501.

<sup>1069</sup> *Le baptême républicain de l’UNAF*, Les cahiers de l’animation, n° 57-58, 1986, p. 187 et s.

<sup>1070</sup> Nous proposons en annexe les schémas organisationnels successifs.

<sup>1071</sup> V. sur ce développement : GRMF, cahiers n° 1 (*Les mouvements familiaux populaires et ruraux, naissance, développement, mutations, 1939-1955*) & 3 (*L’action familiale ouvrière et la politique de Vichy*).

de la loi, certains d'entre eux (notamment Emmanuel Gounot qui lui laissera son nom) ne sont pas étrangers à sa philosophie <sup>1072</sup>. Elle permet également une structuration sociale autour des associations, recomposant les corps sociaux, et fournissant à l'Etat un instrument fort utile de contrôle. Elle offre enfin un moyen pour la désignation des représentants familiaux, que prévoient par ailleurs d'autres textes <sup>1073</sup>.

**349.** C'est ainsi qu'est adoptée la loi Gounot fin 1942 <sup>1074</sup>. Si elle laisse subsister un secteur associatif privé libre – avec le sens que ce terme revêt sous Vichy <sup>1075</sup> –, elle organise parallèlement une structure publique pyramidale faite d'associations uniques par circonscription (canton, commune ou quartier), fédérées dans une union départementale, puis nationale. Ces associations ont des missions officielles : donner des avis ou propositions sur les questions familiales, représenter les familles auprès des pouvoirs publics, créer des services utiles à la propagande familiale, gérer des services d'intérêt familial, lutter contre l'immoralité – elles peuvent exercer les droits réservés à la partie civile –, désigner les représentants familiaux dans les instances officielles, et apporter un appui matériel et moral aux groupements familiaux privés. Peut y adhérer toute famille constituée par le mariage et la filiation légitime ou adoptive, dont le chef de famille est français. Les organes de ces associations sont élus au suffrage familial. Une tutelle forte s'exerce sur elles, un représentant de l'Etat étant membre de droit de chaque association départementale ou nationale.

Pour l'essentiel, cette loi est restée lettre morte <sup>1076</sup>. Sans doute, la tutelle a pu décourager certains familiaux. Surtout, cette loi ne pouvait entrer en vigueur avant la parution d'un décret d'application, qui n'est intervenue qu'en décembre 1943 <sup>1077</sup>, à une époque où l'on ne pouvait feindre d'ignorer la réalité du régime, ni surtout se faire d'illusion sur son avenir.

## **2 – UNE CREATION VALIDEE A LA LIBERATION.**

---

<sup>1072</sup> La lecture des écrits familiaux de l'époque est à cet égard très instructive. Elle montre une parfaite maîtrise de l'instrument juridique et de ses enjeux. Cf. entre autres : H. Maxime, *Les associations de Familles, texte commenté de la loi du 29/12/1942*.

<sup>1073</sup> V. section précédente.

<sup>1074</sup> L. 1107 du 29/12/1942 relative aux associations de familles. Cf. A. Rouast, *Les associations de famille de la loi du 29 décembre 1942*, Dr. soc., 1943, p. 220 et s., & E. Hamel, *Les associations de familles*, mémoire de l'Ecole libre des sciences politiques, Paris, 1944.

<sup>1075</sup> Les associations familiales ont librement traversé la période de Vichy néanmoins, au-delà du comportement individuel nécessairement variable de leurs membres.

<sup>1076</sup> Seule une poignée d'unions départementales furent créées, mais il semble que les associations locales, elles aussi dérogatoires, aient été plus nombreuses. Rapp. par exemple Y. Ruellan, *op. cit.* (n. 910) p. 102.

<sup>1077</sup> D. n° 3291 du 3/12/1943.

**350.** On aurait pu s'attendre à un réexamen approfondi de la représentation familiale à la libération. Les écrits de la Résistance, l'héritage vichyssois semblaient réclamer, pour le moins, une analyse politique de la loi Gounot. En fait, il n'en a rien été. Divers éléments permettent de comprendre les raisons d'une simple retouche.

**351.** Le premier point à prendre en compte est la permanence des acteurs politiques. Un certain nombre de familiaux ont suivi le Pétain de la *Révolution nationale*, et s'en sont ensuite éloignés : tel est le cas de Robert Prigent, qui, après avoir rejoint Alger <sup>1078</sup>, rédige l'ordonnance de 1945 en tant que commissaire à la famille <sup>1079</sup> et devient le principal ministre de la Santé et de la Population au début de la IV<sup>e</sup> République <sup>1080</sup>. Convaincus du bien-fondé d'une représentation familiale, investis d'une légitimité historique et politique, associés à un pouvoir qui se cherche dans un contexte de reconstitution de l'Etat, ces acteurs vont intervenir vite pour sauver un acquis représentatif. A cet égard, il n'est pas exagéré de présenter la validation de la loi Gounot retouchée comme une opération concertée de certains familiaux <sup>1081</sup>.

Le deuxième point tient au climat de la Libération. Une mystique de l'unité et de la démocratie sociale apparaît, qui ne fait pas obstacle à une représentation des réalités familiales et qui imprègne l'action de de Gaulle <sup>1082</sup>. Celui-ci donne son accord à une réforme limitée en mars 1945.

**352.** Présentée dans les motifs comme « incompatible avec la restauration d'un régime de libertés », la loi Gounot ne voit ses dispositions revues par l'ordonnance de 1945 qu'en ce qui concerne deux questions essentielles <sup>1083</sup>. D'abord, la tutelle organique est supprimée, ce qui rend

---

<sup>1078</sup> En tant que délégué de l'Organisation civile et militaire. Il faut bien comprendre alors que nombre de militants familiaux, notamment du Mouvement populaire des familles, se trouvaient à la fois impliqués par leur engagement familial dans la réalité de Vichy, et par leur engagement dans la Résistance dans celle d'Alger. P. Bacon, pour le MPF, a ainsi participé à la création du MRP. Cette double présence ne peut être occultée si l'on veut comprendre la « républicanisation » de la politique familiale de Vichy, et sa popularisation dans des cercles *a priori* éloignés de son traditionalisme, notamment des franges du gaullisme ou du mitterrandisme (Prigent, à la libération, a longuement hésité entre le MRP, qu'il a rejoint, et l'Union démocratique socialiste et républicaine – UDSR – de F. Mitterrand ; nombre d'autres militants familiaux résistants se retrouveront proches de la CFDT ou du PSU).

<sup>1079</sup> D'ailleurs, à l'exception de son chef, le commissariat à la famille conservera les mêmes membres sous Vichy puis à la Libération.

<sup>1080</sup> Son chef de cabinet sera alors G. Desmottes, qui a participé activement à la rédaction de la loi Gounot.

<sup>1081</sup> Si on en croit le principal acteur, R. Prigent (GRMF n° 1, n. 1071, p.79 et s. & p. 188). Mais il semble alors que ceux qui avaient acquis une légitimité dans la Résistance ont plus ou moins mis les « attentistes » ou les « vichyssois » devant le fait accompli, et que Prigent ait achoppé sur la résistance de juristes qui lui étaient pourtant politiquement proches (de Menthon, Teitgen), l'obligeant à des compromis, qui ne satisfont ni le familialisme ni les principes du droit républicain.

<sup>1082</sup> Que cette mystique n'ait pas perduré conforte *a posteriori* la rapidité de la validation de la loi Gounot, qui n'aurait certainement pas pu être après le départ de de Gaulle. Comme le notait ce dernier dès 1944, « la mystique laisse la place à la politique : chaque jour les hommes se font plus humains » (cité par J. Fauvet, *La IV<sup>e</sup> République*, Fayard, 1959, p. 54).

<sup>1083</sup> Ord. n° 45-323 du 3/3/1945. Cf. R. Théry, *Le « corps familial » de l'ordonnance du 3 mars 1945*, article en 3 parties, Dr. soc., 1951 p. 362 et s., 446 et s. & 508 et s.

l'institution plus autonome à l'égard de l'Etat. Ensuite, l'adhésion directe des familles aux associations dérogatoires est remplacée par une adhésion d'associations librement formées, se donnant pour mission d'assurer la défense des intérêts matériels et moraux de toutes les familles, et ayant pour adhérents les familles telles qu'elles ont été définies en 1942 <sup>1084</sup>. Mais pour l'essentiel, les missions demeurent identiques <sup>1085</sup>. Le suffrage familial est maintenu. Surtout, le pluralisme à la base est illusoire : la structure pyramidale demeure et il ne peut y avoir qu'une association au niveau départemental et au niveau national ; si les unions départementales regroupent des associations familiales librement constituées, il n'en va pas de même de l'union nationale qui regroupe uniquement les unions départementales, et ne fait pas de place aux mouvements nationaux qui pourraient se constituer, ou qui existaient déjà. Rien ne semble fondamentalement changé par rapport à la loi antérieure où, en lieu et place d'associations indépendantes, adhéraient des individus ou des familles tout aussi indépendants, qui pouvaient par ailleurs s'affilier à des associations privées. Certes, l'absence d'application de la loi de 1942 rend difficile toute comparaison fonctionnelle. Mais les commentateurs de l'époque ne s'y sont pas trompés, qui ont mis en évidence la continuité <sup>1086</sup>. L'Etat non plus, qui va s'appuyer sur la médiation associative pour reconstruire une représentation qui lui est imposée, et donner un nouveau sens à des dispositions anciennes.

### **3 – UNE RECREATION EN 1975.**

**353.** L'unité du corps familial posée par la loi Gounot et l'ordonnance de 1945 n'a pas résisté à l'affrontement politique des mouvements familiaux. Fédérées au plan national pour nombre d'entre elles, les associations familiales de base sont prises dans deux logiques : celle de l'unité publique et celle de l'identité privée. Les mouvements nationaux parviennent, non sans mal, à être reconnus par l'UNAF <sup>1087</sup> puis par le législateur. Il en résultera une plus large ouverture du corps familial. Mais par là même, l'Etat repense totalement la signification de ce corps, en consacrant la dépolitisation.

---

<sup>1084</sup> Ce qui juridiquement est étonnant, la famille n'ayant aucune capacité juridique.

<sup>1085</sup> Seule la référence à la propagande disparaît.

<sup>1086</sup> Deux exemples sont révélateurs. H. Maxime réédite son commentaire de 1942 en conservant pour l'essentiel la même appréciation (n. 1072) : MPF, *Forces familiales ouvrières, famille dans la Nation*, 1945 ; André Rouast, qui a commenté la loi de 1942 (n. 1074), dirige une thèse intitulée *Les associations de familles de l'ordonnance du 3 mars 1945* alors même que le concept « associations de familles » se trouve uniquement dans la loi Gounot, l'ordonnance lui ayant préféré l'expression « associations familiales » (R. Gauthier, droit, Paris, 1947).

<sup>1087</sup> Protocole d'accord UNAF/mouvements familiaux, adopté par l'AG de l'UNAF le 19/6/1965.

**354.** Largement préparée par l'UNAF, la loi de 1975 qui fixe le statut actuel du familialisme public va mettre en place une tout autre représentation familiale <sup>1088</sup>. Si la pyramide unitaire est maintenue, de même que le principe du suffrage familial et les missions, trois nouveautés interviennent.

La loi reconnaît d'abord officiellement les fédérations d'associations familiales (privées), qui peuvent, comme leurs associations membres, assurer, conformément à leurs statuts, la représentation des intérêts qu'elles ont en charge. L'UNAF gardant le monopole de représentation officielle, ces fédérations rentrent officiellement dans la structure représentative publique.

La loi modifie ensuite le sens du familialisme en admettant que puisse être reconnue comme association familiale une association se donnant pour objet la défense des intérêts d'une catégorie de familles (mouvements spécifiques) et non de l'ensemble des familles : ainsi associe-t-on à une approche généraliste, nécessairement politique, des approches plus instrumentales, dans une perspective d'objectivation de la question familiale. Cette perspective est accrue par le pouvoir de tutelle reconnu au ministre sur le caractère familial des associations adhérant aux unions.

La loi modifie enfin son approche de la famille, admettant comme adhérents de ces associations <sup>1089</sup> non seulement les familles françaises fondées sur le mariage et la filiation légitime ou adoptive, mais encore les familles étrangères, ainsi que les couples mariés sans enfant, et les personnes physiques ayant charge légale d'enfant(s) – famille naturelle, famille monoparentale – ou en charge de l'autorité parentale ou de la tutelle. De ce point de vue aussi, la famille est retenue dans un sens très large qui récuse un modèle familial unique et permet une construction de l'objet d'après la pluralité.

**355.** Mineures en apparence car elles ne semblent toucher ni la structure pyramidale, ni les missions du corps familial, ces modifications sont essentielles car elles dépolitisent totalement la représentation, en excluant le sujet : après 1975, s'il subsiste un corps familial, s'il subsiste des intérêts familiaux à représenter, il n'y a plus de concept familial concret représenté mais bien seulement une structure *pour* représenter des intérêts à définir, c'est-à-dire un objet. Une loi de 1980 achèvera cette évolution en n'exigeant plus la présence dans les conseils d'administration des unions d'une majorité de parents de 3 enfants ou plus dont un mineur <sup>1090</sup>, ce qui contribuait à faire prévaloir un modèle familial (la famille nombreuse) et garantissait une certaine jeunesse des administrateurs, majoritairement en charge d'enfants.

---

<sup>1088</sup> L. 75-629 du 11/7/1975, art. 1 à 15 du C. fam.

<sup>1089</sup> En réalité, depuis 1945, les associations familiales ont deux types d'adhérents. Certains sont reconnus par la structure publique et comptabilisés dans le jeu des relations institutionnelles au sein de l'UNAF : ce sont ceux qui correspondent à la définition de l'art. 1<sup>er</sup> du C. fam. D'autres adhèrent à l'association mais n'ont d'existence que pour elle, et ne sont pas reconnus extérieurement comme membres de l'association lorsqu'elle intervient en tant qu'association familiale.

<sup>1090</sup> L. 80-545 du 17/7/1980 (JO 18/7/1980 p. 1810). Élément symbolique, une proposition en ce sens ayant été préalablement rejetée, c'est par amendement à une loi nataliste que cette disposition, qui l'est fort peu, a pu être adoptée.

Ce qui ne semble alors qu'une adaptation technique révèle en réalité une véritable recreation, qui transforme totalement la signification politique du recours à une telle représentation, en vidant la structure de toute implication politique univoque. Certes, comme nous le verrons, cela ne signifie pas nécessairement une dépolitisation du mouvement familial, ni de la structure représentative. Mais cela contribue à détacher cette structure officielle de la représentation familiale du mouvement familial traditionnel, en relativisant les liens logiques qui l'alignait sur un type de familialisme systématique (incarné par les mouvements généraux) et sur un modèle familial (celui de la famille nombreuse).

Dès lors, s'il y a une rupture dans l'attitude de l'Etat vis-à-vis de la représentation familiale depuis 1942, c'est surtout en 1975 qu'il faut la situer, car c'est à cette date que l'Etat démocratique et libéral se donne les moyens de la maîtriser par une construction cohérente de sa politique de représentation. Celle-ci s'exerçant à la suite d'une initiative politique qui lui a échappé, il n'est pas étonnant que le cadre puisse paraître alors original.

## **B – Une curiosité juridique.**

**356.** L'organisation du corps familial peut surprendre. Si cette organisation est assurément l'héritage d'une conception politique aux antipodes de la démocratie, la construction législative d'un tel organisme (1) constitue un exemple presque unique (2).

### ***1 – UNE ORIGINALITE LEGISLATIVE.***

**357.** Le « corps familial », tel qu'il est conçu depuis 1942, résulte de l'institution législative d'un organisme de droit privé investi d'un monopole d'existence et de représentation.

Il arrive fréquemment que l'Etat crée de toutes pièces une structure de droit privé. Il arrive de même que l'Etat institue auprès de lui une représentation corporative. Il arrive enfin que l'Etat consacre un monopole <sup>1091</sup>. Ce qui est ici original, c'est que l'Etat fasse tout cela en même temps.

---

<sup>1091</sup> V. les articles de R. Théry : *Des associations à monopole, pourquoi ?*, Dr. soc., n° 2, 1971, p. 77 et s. & *L'octroi d'un monopole à une association*, Dr. soc., n° 7-8, 1969, p. 409 et s.



**358.** Aux côtés d'associations que l'Etat peut reconnaître utiles à son action, mais qui existent sans son intervention, et aux côtés d'associations qu'il crée pour ses propres besoins (dans une logique de démembrement), il est des associations qui résultent d'une collaboration entre le secteur privé et les pouvoirs publics <sup>1092</sup>. Cette collaboration est ici très particulière dans la mesure où l'initiative vient de l'Etat qui fixe le régime juridique non pas d'une catégorie d'associations, mais bien d'une structure unique (l'union nationale regroupant des unions départementales). Et c'est le secteur privé qui doit répondre à cette demande de collaboration en acceptant de créer formellement l'association dans le cadre ainsi défini, par son adhésion, tout en étant assuré de ne pas connaître de concurrence. De ce point de vue déjà, le processus, sans être exceptionnel, mérite attention <sup>1093</sup>.

Par ailleurs, l'Etat institue ici une association à monopole. Le fait n'est pas rare et on le retrouve fréquemment s'agissant de la gestion des services publics <sup>1094</sup>. Ce qui l'est, en revanche, tient à ce que ce monopole n'est pas justifié par un service à gérer mais par une opération plus complexe, la représentation d'intérêts, qui n'est pas exclusive de la qualification « service public », mais qui ne saurait être ramenée à son acception courante <sup>1095</sup>. Dans cette optique, s'il est fréquent que l'Etat installe auprès de lui des instances consultatives destinées à lui faciliter l'accès unique à une pluralité d'opinions, et partant dotées de monopoles, ces instances ne prennent généralement pas la forme associative, dès lors qu'elles émanent directement de l'Etat.

**359.** Ainsi, la conjonction d'une naissance publique, d'un statut privé, de privilèges d'existence et de fonctions, c'est-à-dire d'éléments qui, pris isolément, n'ont rien de rare, débouche sur une institution très originale, héritée d'une conception de l'association et de la représentation qui ne relèvent en rien de la logique de l'Etat démocratique.

---

<sup>1092</sup> On se reportera en priorité aux deux grandes thèses sur la question : J. M. Garrigou-Lagrange, *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, LGDJ, 1970 & J. P. Négrin, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, 1971, qui ne proposent pourtant pas de place particulière pour une étude globale de l'UNAF. J. P. Négrin l'aborde de manière incidente. J. M. Garrigou-Lagrange ne parvient pas à introduire l'UNAF dans la classification des associations qu'il propose (il conclut : « Ce statut est couramment qualifié de semi-public : c'est une dénomination peu satisfaisante au point de vue juridique, mais elle exprime bien la nature ambiguë des associations qui lui sont soumises », p. 92. La deuxième partie démontre ensuite l'impossibilité de ranger *en totalité* l'UNAF dans les catégories proposées, c'est-à-dire de ranger l'institution et son statut, et non pas isolément ses missions). *Adde* notre analyse au chapitre suivant.

<sup>1093</sup> On notera d'ailleurs qu'il pourrait s'analyser comme une opération complexe de création associant une pluralité de déclarations unilatérales concordantes, celle de l'Etat qui crée l'enveloppe juridique, celle des associations qui s'unissent dans cette enveloppe. Cette opération correspond à l'acte collectif chez Duguit (*Traité de droit constitutionnel*, de Bocard, 1927-1930, t. 1 p. 398 et s.). Or, pour Duguit, tout contrat d'association, même celui de droit commun, est en fait un acte collectif. La particularité ne tiendrait donc ici qu'à l'intervention de l'Etat, c'est-à-dire à sa politique active quant à l'institution familialiste.

<sup>1094</sup> C'est au regard de cela que doit être analysée la légitimité que recherche l'UNAF dans la gestion de services, tutelle aux prestations sociales notamment (Cf. *infra*).

<sup>1095</sup> S'il est fait référence dans les dispositions législatives à la gestion de services familiaux, ce ne sont que ceux « dont les pouvoirs publics estimeront devoir leur confier la charge » (art. 3 du C. fam.), ce qui ne crée ni droit acquis, ni monopole.

On ne saurait alors ignorer que le droit public connaît ou a connu d'autres structures au caractère original fortement marqué, apparaissant à la même période. On peut penser aux fameux Comités d'organisation de l'arrêt *Monpeurt* <sup>1096</sup>. On doit surtout mentionner les ordres professionnels, dont la qualité de personnes privées, quoiqu'en discussion en l'absence de jurisprudence explicite, est généralement admise, et qui disposent, eux aussi, d'un monopole corporatif. Au-delà cependant d'un parallèle séduisant <sup>1097</sup>, force est de constater que le « corps familial » n'est pas réductible à la même logique. Les missions des ordres, en matière de police de la profession, sont beaucoup plus précises que celle des unions d'associations familiales. L'adhésion, obligatoire pour les ordres, est facultative concernant les unions. Surtout, si les ordres sont des personnes privées, ce qu'aucune interprétation authentique n'a jamais admis, c'est en raison de l'impossibilité que la doctrine a de les classer parmi les structures publiques (à l'exception des établissements publics, dont la jurisprudence indique que les ordres sont exclus <sup>1098</sup>). En revanche, les unions ont été voulues par le législateur comme des associations, dès le départ, et de manière explicite : cette volonté législative atteste de l'originalité de la démarche publique ici, ainsi que de la dimension politique du mécanisme retenu. Instituant initialement la relevance de l'ordre juridique familialiste dans l'autoritarisme de l' *Etat français*, cette organisation, conçue pour une autre relation du public et du privé, constitue un cas presque unique dans nos institutions.

## 2 – UNE ORGANISATION « SUI GENERIS ».

**360.** Deux organisations comparables à l'UNAF ont existé en droit public français. L'une, créée dans des conditions semblables, a été rejetée par ses membres eux-mêmes. L'autre correspond à une tout autre logique.

**361.** La première concerne les anciens combattants. Face à une division de leurs associations avant-guerre, et pour répondre à la création vichyssoise d'une Légion française des combattants, le gouvernement de la France libre, après un premier essai à Alger, créa par ordonnance du 14 mai 1945 <sup>1099</sup> (deux mois après l'UNAF), sous forme d'association, une *Union française des combattants* (UFAC), reconnue dans un statut législatif comme seule organisation représentative des anciens combattants, habilitée à donner des avis et à désigner ses représentants dans les

<sup>1096</sup> Ass. CE, 31/7/1942, *Monpeurt* (GAJA n° 62 avec bibliographie).

<sup>1097</sup> Sur lequel nous reviendrons s'agissant de la qualification des actes. Cf. *infra*, § n° 409 et s.

<sup>1098</sup> Ass. CE, 2/4/1943, *Bouguen* (GAJA n° 63 avec bibliographie).

<sup>1099</sup> Ord. n° 45-1181 du 14/5/1945.

instances consultatives. Mais le fonctionnement de l'UFAC se révéla conflictuel <sup>1100</sup> et une loi de 1952 devait abroger, sinon l'ensemble des dispositions concernant l'UFAC, du moins celle qui en faisait la spécificité, « la prérogative exclusive en vue de la représentation » <sup>1101</sup>, transformant ainsi l'UFAC en association d'utilité publique « ordinaire ». Il n'est pas besoin d'insister sur le poids politique des anciens combattants ; on peut légitimement faire de ce poids la cause de l'échec de l'UFAC, les hommes réels dont les intérêts devaient être représentés par l'UFAC ne s'effaçant pas aisément devant une construction unitaire et publique de leurs intérêts en tant qu'objet. Paradoxalement en comparaison, c'est peut-être à sa faiblesse politique que le mouvement familial doit de ne pas avoir subi le même sort, aucun mouvement ne se sentant assez fort pour se passer du « corps familial » et des avantages qui en dépendent.

**362.** La deuxième structure est plus récente. La loi bancaire a institué dans son article 23 une *Association française des établissements de crédit* (AFEC) à laquelle sont tenus d'adhérer tous les organismes professionnels ou organes centraux, qui eux-mêmes regroupent impérativement l'ensemble des établissements de crédit (de manière dérogatoire, certains de ces établissements peuvent adhérer directement à l'AFEC) <sup>1102</sup>. Cette association a pour mission la représentation des intérêts collectifs des établissements de crédit, notamment auprès des pouvoirs publics <sup>1103</sup>. Le recours à une structure comparable à celle de l'UNAF ne semble cependant pas avoir été lié à ce précédent. Le législateur a été soucieux d'obliger les interlocuteurs bancaires à travailler de concert, notamment pour la désignation de leurs représentants dans les comités et conseils les concernant <sup>1104</sup>. De ce point de vue, une différence avec l'UNAF est importante : autant l'adhésion à l'UNAF est juridiquement libre <sup>1105</sup>, autant la dépendance vis-à-vis de l'AFEC est

---

<sup>1100</sup> Comme en témoigne le contentieux relativement important se rapportant à l'UFAC.

<sup>1101</sup> L. n° 52-713 du 21/6/1952.

<sup>1102</sup> L. n° 84-46 du 24/1/1984.

<sup>1103</sup> Sur l'AFEC, Cf. J. J. Burgard, *La banque en France*, Dalloz, 1988, p. 40-42.

<sup>1104</sup> Il semble ainsi que le choix de la formule associative tienne à des considérations politiques, s'agissant de grouper des organismes associatifs à réalité politique totalement privée. Techniquement, il était pourtant envisageable de recourir à une structure publique (établissement public). Cela démontre à l'évidence, comme nous l'avons vu pour l'UNAF, que le choix de la structure, apparemment technique, est en fait pleinement politique, dans une relation interinstitutionnelle.

<sup>1105</sup> Ce que la doctrine n'a pas toujours suffisamment perçu. On peut, en effet, parfois lire que l'UNAF entre dans la problématique de l'obligation d'adhésion : « Les unions départementales des associations familiales bénéficient d'un système d'affiliation obligatoire en vertu de l'ordonnance du 3 mars 1945 » (M. Azibert et M. de Boisdeffre, *Chronique de jurisprudence.*, AJDA 1988 p. 718). Or, et c'est là toute la spécificité du système, et son irréductibilité aux catégories classiques du droit administratif, nulle association familiale n'est obligée d'adhérer aux UDAF ou à l'UNAF, même s'il est clair que les avantages liés à cette adhésion – et, s'agissant des UDAF, leur statut – inciteront les associations à s'unir. Cependant la liberté reste la règle concernant l'adhésion, et cette liberté est un pan de la construction politique de la représentation. A cet égard, la conception corporatiste issue du catholicisme social du syndicat libre dans la profession organisée est transposable aux associations familiales : l'association libre dans le « corps » organisé.

Le seul doute pourrait concerner ainsi les UDAF et ULAF. Mais il est excessif de prétendre ici que leur adhésion est obligatoire. En tant qu'union d'associations familiales, ces groupements peuvent exister sans adhérer au « corps familial ». Néanmoins, ils ne bénéficient alors d'aucun des avantages octroyés aux unions qui y adhèrent (monopole, financements, pouvoirs) ; ils ne constituent que des fédérations ordinaires ; pour bénéficier de ces avantages, leurs statuts doivent être agréés et ils doivent adhérer à l'union supérieure. Ainsi est-il possible à une union de démissionner du « corps » sans cesser d'exister. Deux précisions toutefois importent : l'adhésion en tant qu'UDAF à l'UNAF n'est possible que si n'existe pas

impérative. Surtout, la forme associative garantit à des interlocuteurs aussi puissants que les acteurs bancaires une maîtrise de la structure représentative, et prévient tout risque d'empiétement public ou fédératif sur les particularismes associatifs. C'est donc ici, à l'inverse des exemples précédents, un souci purement instrumental (assurer une représentation commune, essayer de faire travailler ensemble, sans toucher à un secteur privé fort) qui est à l'origine d'une structure plus nettement publique que celle de l'UNAF.

**363.** Ces deux exemples démontrent que le recours à une telle organisation ne peut être envisagé sans une réflexion préalable sur sa représentativité théorique, parce que de cette représentativité dépend l'objet représenté. S'agissant de l'UFAC, l'absence de représentativité réelle était un obstacle à la représentation des anciens combattants. A l'inverse, cette représentativité est un atout de l'AFEC dans la mesure où tous les sujets à représenter adhèrent directement ou indirectement à l'AFEC, et où ils n'entendent pas par l'AFEC assurer une représentation globale mais bien construire cette représentation dans un objectif limité, celui de la désignation de certains représentants.

Il nous faut voir alors la conception abstraite de la représentativité retenue pour les unions d'associations familiales, qui marque profondément la nature de leur représentation.

---

dans le département une union adhérente, cas d'école (s'agissant des ULAF, elles sont en fait créées sur demande des UDAF qui souhaitent se « décentraliser ») ; l'usage, par ailleurs, du nom *Union d'associations familiales* en dehors d'une adhésion au corps familial poserait un problème juridique.

## **§ 2 – Une représentativité postulée.**

**364.** La représentativité attribuée par la loi au « corps familial » est posée comme élément irréfragable de la structure. Elle est postulée, et n'autorise ni sa vérification, ni sa contestation. Elle ne fait pas référence à l'authenticité représentative, mais à l'efficacité de la représentation.

Très inspirée par un certain institutionnalisme (A), cette approche de la représentativité dégageée de toute procédure compétitive ne saurait être tenue pour neutre en démocratie, comme en portent témoignage les conceptions généralement mises en oeuvre lorsqu'il s'agit de vérifier la représentativité d'une organisation (B).

### **A – L'influence de l'idéalisme institutionnel.**

**365.** Le familialisme a été reçu dans le système institutionnel français dans la dynamique du « popularisme démocratique » (PDP et MRP principalement), dont Marcel Prélôt a montré que l'institutionnalisme était la source d'inspiration juridique <sup>1106</sup>. Les Semaines sociales et les Cahiers de la Nouvelle Journée ont constitué à cet égard un creuset d'idées, et un lieu de rencontre essentiel.

Si la famille est un thème fondamental des théories chrétiennes de l'institution de Georges Renard ou d'Emmanuel Gounot par exemple, l'institution apporte la conceptualisation juridique d'une représentation détachée des impératifs démocratiques <sup>1107</sup>. En montrant comment l'institution s'organise pour la réalisation d'une idée cohésive, l'institutionnalisme politique autorise une conception de la représentation qui ne s'inspire pas nécessairement du consentement direct du plus grand nombre de familles ou d'individus, mais de l'adhésion, expresse ou tacite,

---

<sup>1106</sup> M. Prélôt & G. Lescuyer, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, Paris, 1992, p. 559 et s.

<sup>1107</sup> Ainsi M. Hauriou rappelle-t-il, dans un cadre très général pour les institutions, que « la subordination de la volonté dirigeante à l'idée de l'oeuvre à réaliser peut se produire spontanément dans la conscience hautaine d'un prince absolu, comme dans la conscience assouplie d'un ministre soumis à l'élection populaire ; l'élection n'est pas de l'essence du régime représentatif, mais elle est un élément naturel de sa technique, parce qu'elle paraît une garantie de la communauté de vue entre les gouvernants et les membres du corps » (*Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée n° 23, réédition Université de Caen, 1990, p. 104). En dissociant l'essence du régime et les modalités techniques qui en assurent l'effectivité démocratique, le doyen toulousain montre très clairement qu'il n'y a pas incompatibilité entre le régime des institutions et la démocratie, non plus que concordance.

d'associations regroupant ceux qui parmi ces familles ou individus ont conscience de l'importance de l'idée familiale, à un pouvoir représentatif institué pour la réalisation de cette idée.

Il faut alors se rappeler la polysémie du terme « représentation » <sup>1108</sup>, qui oblige à chercher son essence dans l'analyse de l'espace <sup>1109</sup> : rendre présent ce qui est absent. A cet égard, l'idéalisme institutionnel, reprenant ces notions cardinales de la théorie juridique classique que sont le régime représentatif et la séparation des pouvoirs, déplace l'analyse du sujet représenté <sup>1110</sup>.

**366.** Pour Maurice Hauriou en effet, l'idée d'oeuvre, qui est au centre de l'analyse institutionnelle, est également au centre de la représentation. Proposant une approche temporelle de la séparation des pouvoirs <sup>1111</sup>, il fait intervenir successivement trois compétences <sup>1112</sup> : le pouvoir intuitif, qui a l'intuition de l'idée et va en faire une décision ayant vocation à être exécutée ; le pouvoir délibératif, qui va discuter l'idée pour en assurer la rationalité ; le pouvoir d'assentiment qui, à la fin du processus, va approuver ou désapprouver l'idée et les mesures prises. Dans cette perspective, le régime représentatif a pour fonction de réaliser l'adéquation entre les représentations que les différents pouvoirs se font de l'idée, et particulièrement entre les organes dirigeants du corps et les membres de l'institution. Il assure la subordination de la volonté des dirigeants à l'idée. Il assure véritablement la représentation, non des membres du corps, mais de l'idée, pour la réalisation de laquelle sont les organes et le corps.

Dans cette perspective, il n'est nul besoin que le pouvoir émane initialement des familles, s'agissant de la représentation familiale. Il faut, en revanche, que ceux qui ont l'intuition qu'une représentation des intérêts familiaux doit être assurée, agissent pour cette représentation, notamment en la réalisant juridiquement ; il faut que cette idée puisse être discutée par des familles organisées (les associations) ; il faut que les familles elles-mêmes puissent approuver ou désapprouver l'idée d'une représentation. Mais cette représentation n'est pas une représentation des familles. Elle est une représentation de l'idée pour laquelle ces familles sont organisées : elle est la représentation de leurs intérêts matériels et moraux <sup>1113</sup>.

<sup>1108</sup> Rappr. I. Poirot-Mazères, *La représentation en droit administratif français*, thèse droit, Toulouse, 1989.

<sup>1109</sup> Cf. J. A. Mazères, *Les collectivités locales et la représentation, essai de problématique élémentaire*, RD publ. 1990, p. 607 et s.

<sup>1110</sup> Cf. B. Denni, *Représenter : gouverner au nom du peuple ? la contribution de Maurice Hauriou à l'analyse de la relation gouvernants-gouvernés*, in F. d'Arcy (Dir.), *La représentation*, Economica, 1985, p. 73 et s. ; Y. Tanguy, *Associations et représentation dans la conception institutionnelle de Maurice Hauriou*, *ibid.* p. 195 et s.

<sup>1111</sup> L'analyse classique, à la suite de Montesquieu, s'attache à une présentation atemporelle et structurale, séparant dans le même temps trois pouvoirs.

<sup>1112</sup> Cf. *La théorie de l'institution et de la fondation*, in *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée n° 23 (numéro spécial), Bloud & Gay, 1933, réédition Université de Caen, 1990.

<sup>1113</sup> On trouvera une analyse de l'opération délibérative témoignant de cette conception et transposable au « corps familial dans l'article de M. Hauriou, *L'institution et le droit statutaire*, Recueil de législation, 1906, p. 161-168.

**367.** Les lectures d'une telle conception sont multiples. Celle-ci se prête assurément à une lecture démocratique, laissant aux membres du corps la possibilité de ne pas avoir la même représentation de l'idée que les gouvernants, et, par conséquent, les privant de toute légitimité représentative. La liberté d'adhésion, d'une part des familles aux associations, d'autre part de ces associations aux unions, est ainsi un élément indispensable de la construction <sup>1114</sup>. Mais il est aussi facile, à partir d'elle, d'exclure toute démocratie, et ce n'est certes pas un hasard si elle s'est imposée en droit positif en dehors de toute référence à la démocratie.

A une représentativité démocratique et plurielle est alors préférée l'efficacité d'un monopole de représentation <sup>1115</sup>. L'union d'associations est présentée ainsi, dans une vision pleinement politique et prescriptive, comme la modalité indispensable à la prise en compte publique du familialisme. L'ordre juridique des associations familiales, diverses, incapables de se constituer de manière autonome et unitaire dans la durée <sup>1116</sup>, est alors construit par l'Etat et grâce à lui, dans un mouvement de reconnaissance qui ne peut être que dirigé pour ses propres modalités constitutives.

De ce fait, le caractère représentatif du « corps familial » ne peut être envisagé par rapport à une logique unique de représentation démocratique, qui est étrangère à sa constitution historique et idéologique. Mais, parce qu'il a perduré dans un système démocratique, le familialisme apparaît tiraillé entre deux logiques, celle de son origine et celle de son fonctionnement.

## **B – La confrontation de deux logiques représentatives.**

**368.** La démocratie libérale repose sur une compétition des idées pour l'exercice du pouvoir, et donc exige un libre accès de ces idées auprès du pouvoir <sup>1117</sup>. C'est de ce point de vue que résiste le familialisme : l'absence de compétition représentative entraîne une ambiguïté juridique et politique.

---

<sup>1114</sup> Encore faut-il que cette adhésion soit consciente, et qu'elle porte sur l'idée directement, ce dont on peut légitimement douter, tant pour les familles qui recherchent majoritairement l'accès à des services proposés par les associations, que pour les associations, qui recherchent fréquemment les avantages que leur ouvre l'adhésion et dont elles ne peuvent bénéficier que par elle.

<sup>1115</sup> Rappr. des débats en droit du travail sur la représentativité en France et aux Etats-Unis : G. Borenfreund, *Propos sur la représentativité syndicale*, Dr. soc. n° 6, 1988, p. 476 et s.

<sup>1116</sup> M. Olson a montré les difficultés d'une mobilisation collective dans l'action : *Logique de l'action collective*, PUF, Paris, 1978.

<sup>1117</sup> Cf. J. P. Bizeau, *Pluralisme et démocratie*, RD publ. 1993, spécialement p. 537-538.

**369.** Le corporatisme est en lui-même une entorse à la logique démo-libérale puisqu'il favorise l'accès au pouvoir (consultation, gestion, etc.) de certaines idées, ou d'idées présentées sous une certaine forme. Néanmoins, ce corporatisme est parfois « démocratisé » pour être cohérent avec les valeurs libérales.

Si les interlocuteurs favorisés par les pouvoirs publics, les auxiliaires institutionnalisés pour mener aux côtés de l'Etat des actions d'intérêt général, bénéficient de privilèges exorbitants, il demeure que ces privilèges restent pour l'essentiel dépendants de l'examen de leur représentativité.

A cet égard, le corporatisme moderne traduit la reconnaissance par l'Etat d'une légitimité de représentation ou d'action, dont il paraît utile de favoriser et de pérenniser l'existence pour la satisfaction de l'intérêt général. Il permet aussi un contrôle sur des initiatives privées dont l'Etat se méfie <sup>1118</sup>. Cela est vrai quel que soit le statut de l'organisme considéré : organisme de droit privé ou organisme de droit public.

**370.** La technique de l'agrément des associations, largement utilisée par l'administration moderne, institue ainsi une véritable police de la représentation <sup>1119</sup>. Pour ne pas être arbitraire et contraire aux valeurs que l'Etat s'est donné pour objectif de défendre, cette police doit reposer sur des critères relativement objectifs, parmi lesquels l'appréciation de la représentativité est essentielle. Tel est le cas dans divers domaines : environnement, consommation, ou syndicalisme professionnel, par exemple.

Dans le domaine de l'environnement, l'agrément est d'abord subordonné à des conditions de longévité (l'association doit avoir été déclarée depuis au moins trois ans) ; mais il n'est ensuite accordé par l'administration que si l'association est reconnue représentative au regard de trois facteurs : un fonctionnement conforme aux statuts associatifs, une organisation fiable et une activité désintéressée en faveur de la nature, de l'environnement ou du cadre de vie <sup>1120</sup>. Il s'agit là d'une représentativité qualitative, que l'administration apprécie sous le contrôle du juge administratif, et dont l'octroi est entouré de garanties procédurales <sup>1121</sup>. Surtout, cet agrément n'est pas exclusif de la compétition associative. D'abord, il n'entraîne pas un monopole structurel. Ensuite, il donne lieu à un contrôle public pouvant aboutir à un retrait de l'agrément. Enfin, et c'est sans doute le plus important, si cet agrément confère à l'association un droit à la participation

---

<sup>1118</sup> On pourra rapprocher ce mécanisme du contrôle mis en place aux Etats-Unis pour l'action officielle des groupes de pression, même s'il se limite à un simple enregistrement : *Federal regulation of lobbying Act* (1946).

<sup>1119</sup> Il n'est pas indifférent de noter que, nonobstant la structure représentative familiale, les unions d'associations familiales, tout comme les associations elles-mêmes, cherchent fréquemment de tels agréments. Cela est vrai au plan national (agrément comme associations de consommateurs, dans le domaine de l'environnement, de la nature, du cadre de vie, de l'urbanisme et du logement, etc.). Mais cela est également vrai au plan international : communautaire (par l'intermédiaire de l'adhésion au Comité des organisations familiales auprès de la CEE – COFACE –, au Bureau européen des consommateurs – BEUC –) ou international (adhésion à l'Union internationale des organismes familiaux – UIOF –, ayant statut privilégié auprès de l'ONU, du Conseil de l'Europe, etc.).

<sup>1120</sup> D. du 7/7/1977.

<sup>1121</sup> V. M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1991, p. 97 et s.



(consultation, action civile, etc.), il n'interdit pas que des associations non agréées puissent participer pour leur part <sup>1122</sup>.

Une procédure semblable existe s'agissant de la consommation. L'agrément est accordé pour cinq ans à des associations ayant au moins une année d'existence, et il est renouvelable. Il permet essentiellement des actions contentieuses spécifiques du domaine consommériste <sup>1123</sup>.

**371.** Mais c'est en matière syndicale que la question de la représentativité se pose avec la plus grande acuité. Le caractère général des missions syndicales la pose d'ailleurs dans des termes identiques pour les syndicats et les associations familiales qui, pour certaines d'entre elles, définissent l'action familiale comme un syndicalisme hors production <sup>1124</sup>. Or, s'agissant des syndicats, la question de la représentativité n'a pas débouché sur la construction d'une représentation unitaire <sup>1125</sup>, et l'expérience de Vichy a été ici rejetée <sup>1126</sup>. La notion « d'organisations les plus représentatives » permet, certes, de contrôler l'accès à l'action représentative, notamment en matière de conventions collectives. Le recours à des critères divers pour apprécier la représentativité, parfois très nettement détachés de l'audience quantitative (nombre d'adhérents, résultats des élections professionnelles) tel le critère de l'indépendance, de l'ancienneté <sup>1127</sup>, ou de l'audience, ne fait pas obstacle cependant à l'existence d'une compétition dans le cadre d'une représentation pluraliste <sup>1128</sup>, même si le syndicalisme moderne n'évite pas toujours une certaine institutionnalisation <sup>1129</sup>.

**372.** Ces modalités qui tentent alors dans divers domaines de concilier corporatisme et démocratie, se caractérisent ainsi par deux traits : elles se déroulent au sein d'un secteur privé concurrentiel et elles prévoient des techniques de contrôle (administratif, juridictionnel, etc.) susceptibles de remettre en cause les privilèges accordés.

Or, ces deux traits n'ont pas été retenus s'agissant du corporatisme familial. Le monopole juridique qui en résulte invite alors à le rapprocher d'une autre forme de corporatisme, qui intègre

<sup>1122</sup> L'action civile devant les juridictions pénales est, en revanche, plus complexe et dépend des dispositions de textes spécifiques, les associations agréées n'ayant pas un droit général à agir, et des associations non agréées pouvant parfois agir, sous réserve d'être déclarées depuis une certaine durée (en matière d'installations classées par exemple).

<sup>1123</sup> V. J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, 1992, p. 390 et s.

<sup>1124</sup> Cf. F. Chamozi-Caroux, *La dynamique associative, émergence de nouveaux acteurs institutionnels : les syndicats hors production*, thèse, Ecole des hautes études en sciences sociales, Centre d'ethnologie sociale et de psychosociologie, Paris, 1982.

<sup>1125</sup> Cf. A. Arseguet, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse droit, Toulouse, 1976 ; J. M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, in Camerlinck G.H. (Dir.), *Droit du travail*, t. 5, vol. 1, Dalloz 1987. Quoique ancien, le *Traité de droit du travail* de P. Durand & A. Vitu (T. III, Dalloz, 1956) contient des éléments théoriques importants.

<sup>1126</sup> La Charte du travail instituait un syndicat obligatoire et unique.

<sup>1127</sup> Par exemple CE, 21/1/1977, CFDT & CGT, Rec. p. 39 (concl. Denoix de Saint-Marc).

<sup>1128</sup> Et corrélativement à une appréciation par les pouvoirs publics contestable devant un juge, d'autant que la représentativité s'apprécie concrètement, en fonction de la situation qui appelle la représentation (quel cadre juridique ? , quel niveau ? , etc.).

<sup>1129</sup> G. Adam, *L'institutionnalisation des syndicats, esquisse d'une problématique*, Dr. soc., n° 11, novembre 1983, p. 597 et s.

directement la représentation aux structures publiques : les chambres consulaires (Chambre de commerce et d'industrie, Chambre des métiers, Chambre d'agriculture). La question de la représentativité n'y joue pourtant pas le même rôle.

**373.** L'Etat crée, avec les chambres consulaires, des structures publiques qu'il va investir de pouvoirs exorbitants dans une mission d'intérêt général ; dans un tel cas, les structures vont être monopolistiques. Ces chambres sont des établissements publics qui, chargés d'importantes missions de gestion de services publics, ont néanmoins un rôle représentatif <sup>1130</sup> : elles représentent les intérêts de leurs ressortissants auprès des pouvoirs publics.

Nous trouvons donc bien ici une partie du schéma rencontré en matière familiale. Cependant, s'agissant de points fondamentaux, l'UNAF n'est pas réductible à cette conception de la représentativité.

Les missions de représentation des chambres sont en effet, en droit et en fait, fort différentes de celles de l'UNAF. En matière consulaire existent des syndicats actifs, qui s'investissent directement dans un rôle de représentation. Même si l'on a pu estimer par exemple que, aux côtés des syndicats, « les chambres de métiers sont représentatives des entreprises artisanales » <sup>1131</sup>, et assimiler ainsi ces chambres à des organismes représentatifs à l'occasion de la désignation de représentants au sein d'organes consultatifs, il n'y a nullement monopole de représentation au profit de la structure consulaire, qui n'a qu'un monopole d'existence. Au contraire, il appartient pratiquement à ces organismes consulaires de faire état de leur représentativité aux côtés des organismes traditionnels de représentation comme les syndicats, voire contre eux.

La représentation des chambres consulaires témoigne ainsi essentiellement d'une coopération entre la profession organisée et l'Etat, que traduit leur statut intégré à la sphère publique. Mais si cette conception n'est pas étrangère à celle que l'Etat met en oeuvre s'agissant de la représentation familiale, l'intégration n'est alors pas exclusive d'une volonté de rendre les chambres consulaires représentatives. De ce point de vue, le recours à l'élection des administrateurs des chambres consulaires par l'ensemble de la profession contraste avec les fonctions régaliennes dont elles sont investies, et tend à en assurer la compatibilité avec un fonctionnement démocratique.

Cela éloigne fortement de telles structures du modèle de l'UNAF. Il est probable alors, eu égard aux missions de l'UNAF, que des « chambres de la famille », inspirées du corporatisme consulaire, se concevraient dans notre système politique plus aisément que le statut actuel <sup>1132</sup>.

---

<sup>1130</sup> V. M. Bazex, *op. cit.* (n. 898) ; A. P. Nouvion, *L'institution des Chambres de commerce*, LGDJ, 1992.

<sup>1131</sup> Ass. CE, 17/4/1970, Fédération nationale de la coiffure et des professions connexes de France et de la communauté, Rec. p. 164 ; Dr. soc. 1971 (étude Bazex) ; AJDA 1970.441 (note Peiser).

<sup>1132</sup> Certains mouvements l'ont proposé, avec des aménagements. Cf. Famille rurale, *op. cit.* (n. 945).

Mais le choix d'une représentativité postulée dans le cas de l'UNAF n'est pas neutre. Bien au contraire, il participe de la construction d'un ensemble politique. L'absence de représentativité assurée de l'organisme, qui résulte du statut choisi, et qui ne trouve sa logique ni dans l'agrément, laissant subsister un secteur concurrentiel, ni dans l'élection ou le statut public tempérant la situation de monopole, affaiblit alors le familialisme politique au sein d'un Etat démocratique et permet à ce dernier de mener une politique de la représentation familiale.

### **§ 3 – Une politique publique de la représentation.**

**374.** La représentation de l'intérêt des familles par les unions d'associations familiales (A) permet à l'Etat d'établir un système d'échange politique (B).

#### **A – La représentation de l'intérêt des familles.**

**375.** Dès 1942, les unions ont reçu pour mission de représenter officiellement « l'ensemble des familles » <sup>1133</sup> et d'agir dans l'intérêt de celles-ci. La formulation est ambitieuse. Elle repose sur un fondement légal et s'oppose de ce fait notamment aux pouvoirs de représentation que les associations ordinaires, familiales ou autres, tiennent de l'acte d'adhésion. Les pouvoirs publics ont d'ailleurs, à plusieurs reprises au début de cette institutionnalisation, rappelé la différence de nature entre ces deux conceptions de la représentation <sup>1134</sup>. Ainsi sont dissociés l'objet représenté, que la loi détermine comme l'ensemble des familles de manière abstraite, et les sujets représentants, qui s'expriment grâce aux modalités de fonctionnement des unions.

**376.** Néanmoins, le processus de représentation légale n'est pas spécifique des unions d'associations familiales. Nous avons précédemment montré, à propos du groupe familial lui-même, que cette représentation devait, à la suite de Carré de Malberg, être analysée en réalité par rapport à l'institution d'un organe, duquel est déduit l'objet représenté <sup>1135</sup>. Mais paradoxalement, parce qu'il ne s'agit donc pas d'une représentation purement juridique, c'est-à-dire une représentation d'un sujet juridique par un autre, la représentation familiale ne peut pas déboucher sur une représentation politique des familles, et cela malgré la formulation retenue par le législateur.

Une telle représentation ne peut, en effet, au regard des conséquences de la théorie de l'organe, s'apprécier en fonction de l'objet représenté mais doit bien être centrée sur l'analyse des

---

<sup>1133</sup> Respectivement art. 2, 2° de la loi Gounot ; art. 6, 2° de l'ord. de 1945 ; art. 3-1 de la L. de 1975 (art. 3, 2° du C. fam.). Se pose alors la question d'isoler cet ensemble au sein de la Nation pour concevoir son intérêt comme collectif, c'est-à-dire comme simple partie de l'intérêt général.

<sup>1134</sup> Cf. par exemple : Circ. conjointe du ministère de l'Intérieur et du ministère de la Santé Publique et de la Population du 28/3/1950 (annexe).

<sup>1135</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 1, chapitre 2, section 1.

sujets, et particulièrement de leurs contraintes politiques. Si, par exemple, la souveraineté nationale peut se concilier avec la démocratie, c'est bien parce qu'aux côtés de l'objet représenté (la Nation), l'organe représentant (le Parlement) est dans un lien de dépendance institutionnalisé (l'élection) avec un corps électoral (le Peuple). Celui-ci existe alors indépendamment de l'objet et peut prétendre, du fait de sa participation à la désignation des représentants eux-mêmes, à la fois au statut de sujet « représentant » (par la désignation des parlementaires et/ou par le *référendum*) et à celui de sujet représenté (en absorbant le concept de Nation). Un raisonnement semblable vaudrait, toutes choses étant égales par ailleurs, pour les chambres consulaires par exemple.

A l'inverse, tel n'est pas le cas pour les unions d'associations familiales. Les familles y sont bien représentées – c'est là l'affirmation législative –, mais n'ont pas d'influence directe sur l'organe représentant que constitue le mouvement associatif familial unifié, sauf pour les familles à prendre délibérément l'engagement politique d'adhérer à une association familiale affiliée à l'UNAF, ou de la créer, ce qui suppose la conscience, d'une part, qu'une telle structure existe <sup>1136</sup>, et, d'autre part, qu'il est en démocratie des enjeux représentatifs en dehors de la sphère politique constitutionnelle. A cet égard, l'évolution est patente, au-delà d'un postulat de représentation identique, entre la loi Gounot et les statuts ultérieurs. Si en effet, dans le régime familial vichyssois, les familles qui le souhaitaient adhéraient directement aux associations en charge de représenter officiellement leurs intérêts, ce qui rapprochait de telles associations du système syndical et les inscrivait dans un rapport politique entre l'Etat et leurs membres, le système ultérieur aboutit à multiplier des médiations entre l'Etat et les familles qui, d'une part, privent les associations ordinaires d'un rôle politique de représentation directe et, d'autre part, privent les unions d'associations du poids que constitue l'adhésion directe et consciente des familles <sup>1137</sup>. Amorcée en 1945 mais contenue par la relative homogénéité du mouvement familial, cette évolution est accélérée, comme nous l'avons vu, par la réforme de 1975.

**377.** En définitive, le corps familial ne représente « l'ensemble des familles » que si l'on ne vise pas par là une réalité globale que constitueraient les groupes sociaux, mais un concept réifié, politiquement présenté comme « l'ensemble des familles » et qui, en réalité, est l'intérêt attribué à celles-ci par un organe en charge de les représenter. En ce sens, le mécanisme est le même que s'agissant de la Nation, dans le cadre de la souveraineté nationale ; mais le corps familial n'étant pas situé dans un système de contraintes identique à celui du Parlement, notamment par rapport

---

<sup>1136</sup> Or les sondages à l'initiative du « corps familial » lui-même montrent que tel n'est pas le cas. Rappr. T. Bizot & alii, *Rapport de synthèse : Etude pour la Confédération régionale des associations familiales d'Ile-de-France*, Junior entreprise des élèves de l'Ecole Supérieure des Sciences économiques et commerciales, Juin 1984.

<sup>1137</sup> De ce point de vue encore, le repositionnement d'une grande partie du familialisme sur des terrains plus porteurs (consommation, etc.) et l'ouverture en 1975 du corporatisme familial à des mouvements catégoriels, contribuent à séparer deux réalités. Si, sauf en ce qui concerne les associations idéologiquement familialistes, qui sont très minoritaires, l'adhésion des individus et des familles à des associations n'est souvent qu'indirectement liée au familialisme et trouve son motif dans les services que les associations offrent, il n'en reste pas moins que c'est cette adhésion qui institue les modalités de représentation de ces mêmes familles.

aux sujets réels (Peuple, familles), le mécanisme aboutit à un système de représentation radicalement différent.

Et c'est en fonction de cela que doit alors être appréciée la survie du corporatisme familial dans l'Etat démocratique et libéral : parce qu'en maîtrisant l'organe (système de contraintes), ce dernier maîtrise la représentation familiale dans son intérêt.

## **B – L'instrumentalisation de la représentation.**

**378.** Le secteur social ne bénéficie pas d'un statut clairement établi, pour les politiques publiques ou pour leur étude. L'association elle-même est souvent inscrite dans une sphère présentée comme autonome, « entre public et privé » <sup>1138</sup>. Or, l'Etat social dans lequel s'incarne l'Etat démocratique et libéral moderne <sup>1139</sup> restructure, grâce aux rapports qu'il institutionnalise avec certains mouvements associatifs, le tissu social ; loin d'être autonome, la sphère associative témoigne ainsi d'une « osmose entre l'Etat et la société civile, [...] qui étatisé la société et civilise l'Etat », comme l'a montré Jacques Chevallier <sup>1140</sup>.

**379.** Aux côtés d'un Etat régalien, une administration souple est mise en oeuvre, qui s'appuie sur la concertation et la consultation. Le phénomène est bien connu s'agissant de la gestion des services publics et, de ce point de vue, les unions d'associations familiales ou les associations elles-mêmes ne présentent d'originalité que parce que cette gestion n'est pas détachable de la représentation <sup>1141</sup>. Mais il prend sa pleine signification politique dans l'institution de relais associatifs, en apparence simplement consultatifs, qui remplissent en fait des fonctions extrêmement complexes.

Les impératifs institutionnels obligent les pouvoirs publics à une attitude de communication, tant pour la définition de la politique de l'Etat par rapport à une demande publique qui n'est pas directement lisible, que pour légitimer celle-ci. Le réseau associatif est utile à cette communication, mais ce réseau demande à être inséré dans l'organisation administrative elle-même pour pouvoir remplir cette fonction, soit par la reconnaissance d'associations structurées (syndicats, associations de parents d'élèves, etc.) dont les relations avec l'Etat peuvent

---

<sup>1138</sup> Cf. sur ce point les analyses de J. Chevallier, *L'association entre public et privé*, Rev. dr. publ., 1981, p. 887 et s. ; *La participation dans l'administration française, discours et pratique*, Bulletin de l'Institut international d'administration publique, n° 37, 1976, p. 85 et s. et n° 39, 1976, p. 497 et s. & (avec D. Loschak), *Science administrative*, LGDJ, Paris, 1978, spécialement t. 2 p. 195-232 & 363-396.

<sup>1139</sup> Ou post-moderne selon certaines analyses.

<sup>1140</sup> *L'association entre public et privé* (n. 1138) p. 911.

<sup>1141</sup> Cf. Titre 2 de cette partie.

être institutionnalisées, soit par la structuration du mouvement lui-même <sup>1142</sup>. C'est ainsi qu'en l'absence d'un mouvement familial fort, capable de formuler des revendications et de relayer une politique, l'UNAF est constituée comme relais pour cette communication.

**380.** Si l'Etat mène depuis la guerre une politique familiale liée à la conjonction d'un certain nombre de facteurs, historiques, idéologiques et institutionnels – et à ces trois points de vue, nous avons noté que le mouvement familial a joué son rôle <sup>1143</sup> –, le maintien de cette politique et de ses principes demande que son utilité, notamment en tant que réponse à une aspiration sociale, puisse être constatée et formulée. Dans cette optique, aux côtés d'études à vocation scientifique (expertise sociologique par exemple), aux côtés d'une demande institutionnelle (et notamment du réseau des caisses d'allocations familiales), l'Etat a besoin d'une structure lui permettant une autre approche <sup>1144</sup>, d'autant que peut s'exprimer un rejet de la politique familiale <sup>1145</sup> ou de ses modalités <sup>1146</sup>.

Une institution comme l'UNAF offre alors aux pouvoirs publics une collecte de l'information, grâce aux structures associatives qu'il fédère indirectement, et une formulation de la demande sociale qui, pour n'être pas nécessairement le reflet de la demande éventuelle du pays réel, a le mérite d'exister et par là d'être utilisable. Il apparaît ainsi une médiation entre l'Etat et la société civile, qui est d'autant plus utile à l'Etat que l'institution opérant cette médiation est dépendante de lui, statutairement et financièrement <sup>1147</sup>.

Surtout, la structure même choisie, qui, tout en demeurant sous un statut privé garant de son indépendance, assure une confrontation en amont des opinions familialistes pour dégager une formulation unique de la demande politique, joue un rôle de filtre qui écarte dès le départ des demandes minoritaires ou extrémistes ; si l'unanimité n'est pas nécessaire au sein de l'institution, en pratique, la formulation de la demande sera le plus souvent travaillée dans un sens consensuel <sup>1148</sup>. La stabilité des interlocuteurs au sein de l'institution, liée aux exigences du fonctionnement participatif et au poids de l'appareil associatif, a alors les mêmes conséquences que celles observées dans des instances comparables, comme le Conseil économique et social <sup>1149</sup>.

---

<sup>1142</sup> Rapp. Y. Mény, *La légitimation des groupes d'intérêts par l'administration française*, RF adm. publ. n° 39, 1986, p. 99 et s. ; les analyses fondatrices de Jean Meynaud restent également très éclairantes : *Les groupes de pression en France*, Armand Colin, 1958.

<sup>1143</sup> V. section précédente.

<sup>1144</sup> Cf. par exemple les propos de Mme Veil, ministre en charge de la Famille : JOAN, 16/6/1993 (question Isaac-Sibille) & 7/10/1993 (question Lenoir).

<sup>1145</sup> B. Lemenicier rappelle des arguments qui sont loin d'être isolés dans les milieux libéraux : *Le marché du mariage et de la famille*, PUF, 1988.

<sup>1146</sup> V. au titre suivant l'impossibilité de constituer une politique familiale sans présupposés sociaux, moraux et politiques (quant au travail féminin notamment).

<sup>1147</sup> V. chapitre suivant.

<sup>1148</sup> Rapp. R. Lenoir, *Groupes de pression et groupes consensuels, contribution à une analyse de la formation du droit*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, 1986, p. 31 et s.

<sup>1149</sup> V. section précédente.

**381.** Cependant, si cette institutionnalisation autorise un accès des mouvements familiaux à la sphère publique, la reconnaissance de l'Etat permet également, dans un processus réversible, de conforter la politique qu'il mène. Les relations privilégiées qui s'établissent entre le système administratif et le système familialiste permettent, sinon une concertation, du moins un échange de points de vue et des explications de part et d'autre. Les décisions publiques peuvent alors être répercutées auprès des citoyens, ce qui contribue à l'effectivité des mesures prises. L'accord ostensible de l'institution familiale, ou à défaut son absence de critiques, sur tel ou tel aspect de la politique publique, confère à celle-ci, en dépit d'une question de représentativité qui n'est pas évoquée, une légitimité d'autant plus forte qu'elle émane de manière formellement unanime d'un organe représentant un concept on ne peut plus global, « l'ensemble des familles ».

A cet égard, la structuration sociale résultant de l'institution corporative familiale a été amplifiée par la réforme de 1975, qui a considérablement modifié les données de la relation entre l'institution et l'Etat, en incluant dans l'institution des associations catégorielles, dotées d'une audience importante et d'une culture politique qui, pour être moins idéologique, est plus réaliste car imprégnée d'une logique gestionnaire <sup>1150</sup>. Ainsi, ce sont environ 7500 associations regroupant plus de 900 000 familles qui relayent l'Etat dans un rapport d'interdépendance <sup>1151</sup>. S'il est clair que ces chiffres témoignent d'un quadrillage social extrêmement fort, il ne fait aucun doute qu'en l'absence d'une structure unitaire voulue et modelée par l'Etat, ces associations, même regroupées en mouvements reconnus, n'auraient pas, pour l'essentiel, les moyens de servir sur le terrain familial la politique publique. L'utilité de l'UNAF pour l'Etat permet de comprendre qu'il investisse dans cette structure. Mais il faut également se demander si cet investissement n'a pas pour effet de susciter un mouvement familial, qui demeure attractif pour des associations par ailleurs peu familialistes – c'est sans doute le cas de nombre d'associations spécifiques – ou qui se repositionnent dans des champs plus en prise avec les problèmes quotidiens des familles adhérentes (consommation, aides et services, etc.), aux dépens d'un familialisme jugé parfois théorique ou peu mobilisateur, quand il n'est pas considéré comme dépassé. Ainsi, pour avoir incontestablement répondu à une revendication politique, le « corps familial » contribue à maintenir une question familiale dans des termes peut-être devenus artificiels : au-delà même de l'UNAF, l'existence de l'institution représentative familiale, parce qu'elle s'impose aux mouvements qui s'impliquent dans le champ familial, tend à leur imposer un cadre et des modalités d'action. Ces mouvements peuvent certes refuser ce cadre. Mais ils demeurent alors

---

<sup>1150</sup> Il suffit de penser aux secteurs de l'enfance inadaptée (UNAPEI), de l'aide à domicile (UNADMR) ou de la formation en alternance (UNMFREO) qui participent à l'UNAF et qui, par leurs services, ont un poids considérable.

<sup>1151</sup> Chiffres 1994 (Rapport de la commission de contrôle de l'UNAF, arrêtés au 31/12/1993 pour l'année de vote 1994) : 923 694 familles (dont 442 912 adhérent à des associations affiliées à un mouvement général, 283 203 à des associations affiliées à un mouvement spécifique et 197 479 à des associations non fédérées) adhèrent à 7668 associations (4088 adhérent elles-mêmes à un mouvement général, 2410 à un mouvement spécifique, 1170 n'étant pas fédérées).



dans une situation ordinaire et renoncent aux avantages que leur offre l'Etat par le biais du « corps familial » <sup>1152</sup>.

**382.** Cette attitude publique crée une situation qui relève indéniablement du phénomène corporatiste. On rencontre en effet dans les relations entre l'UNAF et l'Etat l'ensemble des éléments qui marquent le corporatisme : les associations familiales constituent les familles organisées pour la défense des intérêts familiaux ; l'Etat, en institutionnalisant ces associations, en fait des organes favorisés qui vont être intégrés au processus décisionnel par le biais de l'activité représentative. Qu'il s'agisse là d'un corporatisme particulier, nul n'en disconvient pour au moins deux raisons : il ne concerne pas directement des acteurs économiques et s'étend sur un domaine relevant tout autant de l'idéologie que de l'éthique <sup>1153</sup> ; il se constitue dans une forme juridique originale. Mais cette particularité n'exclut pas le « corps familial » de la problématique corporatiste pas plus qu'elle ne l'inscrit dans un néo-corporatisme dont la réalité reste fluctuante <sup>1154</sup>. Elle témoigne simplement de la capacité de l'Etat à répondre à des situations diversifiées par des modalités corporatives adaptées, qui, de la reconnaissance à l'intégration pure et simple, inscrivent les groupes d'intérêts dans une situation exorbitante du droit commun.

**383.** En aval des structurations juridiques apparaissent des conséquences que l'on observe dans toute institutionnalisation, depuis les syndicats <sup>1155</sup> jusqu'au Conseil économique et social <sup>1156</sup>. L'existence d'une bureaucratie associative, la construction de carrières participatives, la discrétion des modalités représentatives qui situent la discussion à la périphérie de la sphère publique, sont des phénomènes inévitables, que favorise cependant l'effacement de la question de

---

<sup>1152</sup> En outre, l'existence de ce cadre tend à inciter toute revendication familiale à se constituer dans une forme déterminée, celle de l'association familiale, et à réduire, voire exclure, une immixtion syndicale ou politique dans ce champ.

<sup>1153</sup> Mais il ne faut pas négliger la dimension économique de la famille. Si elle a perdu de son influence en tant qu'unité productrice, elle demeure une unité de consommation. Par ailleurs, les prestations familiales constituent un apport supplémentaire de revenus dont l'importance économique ne peut sérieusement être niée.

<sup>1154</sup> Le néo-corporatisme est défini comme « un système de représentation des intérêts dans lesquels les unités constitutives sont organisées en un nombre limité de catégories uniques, obligatoires, non compétitives, organisées hiérarchiquement et différenciées fonctionnellement, reconnues ou autorisées (si ce n'est créées) par l'Etat qui leur concède délibérément le monopole de la représentation à l'intérieur de leurs catégories respectives » (P. Schmitter, cité par Y. Mény, *op. cit.* n. 905 p. 151). On constate immédiatement que l'UNAF répond à ces critères, à l'exception de celui sur l'obligatorité. Mais on peut se demander alors la pertinence de ce dernier critère dès lors qu'une structure ouverte, c'est-à-dire acceptant les adhésions volontaires, existe comme filtre unique à la représentation et s'impose de fait comme obligatoire, puisque, hors d'elle, il n'est point d'expression possible. Surtout, on ne voit guère en quoi le néo-corporatisme serait essentiellement différent du corporatisme classique, sauf à réserver abusivement ce dernier aux seuls régimes autoritaires (Vichy, etc.). Cf. sur ce débat, outre les références citées note 898 : A. Cotta, *Le corporatisme*, PUF, 1984 ; B. Jobert & P. Muller, *L'Etat en action, politiques publiques et corporatismes*, PUF, 1987 ; P. Muller & G. Saez, *Néo-corporatisme et crise de la représentation*, in F. d' Arcy (Dir.), *La représentation*, Economica, 1985, p. 121 et s. Pour une application de l'analyse néo-corporatiste à l'UNAF, Cf. M. Chauvière, *Familialisme et régulation sociale ou aspects de la démultiplication du concept de famille*, Annales de Vaucresson, n° 27, 1987, p. 207 et s.

<sup>1155</sup> Cf. G. Adam, *op. cit.* (n. 1129)

<sup>1156</sup> Cf. G. & A. Merloz, *op. cit.* (n. 1043).

la représentativité <sup>1157</sup>. Dans le même temps, le filtre obligatoire de l'UNAF pour accéder à la représentation oblige les associations à des tactiques d'entrisme afin de pouvoir s'exprimer : elles doivent passer par l'UNAF pour l'obtenir, mais la recherche de cette obtention n'est pas dénuée d'un intérêt personnel à l'association <sup>1158</sup>.

Si de telles manifestations sont loin d'être propres au « corps familial », elles sont ici importantes car, à la différence d'un certain nombre d'autres instances corporatives, le familialisme ne dispose guère de moyens d'action extérieurs à ceux que lui offre l'Etat. Sa capacité de mobilisation est sans doute limitée, d'autant qu'il lui est difficile de mettre en oeuvre des moyens de pression efficaces, comme la grève <sup>1159</sup>. Dès lors cette institutionnalisation remodèle le champ familial, au détriment de l'expression ouverte d'un familialisme de conviction. Si les associations bénéficient incontestablement des prérogatives qui leur sont dévolues au travers du « corps familial », il demeure que ce statut profite de manière prioritaire à l'Etat.

---

<sup>1157</sup> P. P. Kaltenbach parle à cet effet de « nouveau clergé » (Cf. *La famille contre tous les pouvoirs, de Louis XIV à Mitterrand*, n. 945). La tendance oligarchique des démocraties est bien connue (Rappr. R. Michels, *Les partis politiques, essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, Flammarion, 1971). Il en va de même pour les institutions quand l'organisation, la phase juridique, ne devient plus un moyen au service d'une idée d'oeuvre, mais une fin en soi.

<sup>1158</sup> Les associations intervenant dans le social peuvent ainsi entrer au sein même des organismes qui les financent ou qui les contrôlent (CAF, MSA, etc.), d'autant plus aisément qu'elles sont souvent les seules à pouvoir désigner des représentants disponibles et qualifiés pour des représentations éminemment techniques.

<sup>1159</sup> Une des rares manifestations organisées par l'UNAF sur le mode protestataire a eu lieu le 15 mars 1958, contre la baisse des prestations familiales. Elle n'aurait réuni que 10 000 personnes. Depuis lors, l'ouverture de l'UNAF à des associations spécifiques, et le retour des associations dissidentes (CSF, etc.), rendent encore l'action plus improbable. Notamment, comme l'ont fait remarquer de nombreux observateurs, l'UNAF n'a été partie prenante d'aucune des grandes manifestations qui auraient pu, au premier chef, concerner les familles organisées : ni en 1984 pour la défense de l'école privée, ni en 1994 pour celle de l'école publique, le familialisme officiel ne s'est impliqué directement.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1.

**384.** En dépit d'une prétention de ses défenseurs de l'inscrire comme sujet politique, la famille ne parvient pas à s'imposer à l'Etat démocratique en tant qu'acteur institutionnel. Si cette question politique suscite avec le familialisme un courant de pensée original, en réaction à la formation de l'Etat démocratique sur des bases individualistes, elle n'a pas de cohérence suffisante pour perdurer comme thème autonome du débat public en dehors des milieux autoritaires.

Ce n'est ainsi qu'épisodiquement, lorsque l'Etat renonce à ses valeurs libérales, que la famille reçoit un statut immédiatement politique, quant au suffrage ou quant à la représentation. Néanmoins, ce rejet démocratique de la famille comme institution politique n'exclut pas totalement une prise en compte de la question familiale dans la sphère des institutions publiques.

Conscient de l'utilité d'une structure en charge de représenter la famille, l'Etat démocratique actualise à son profit le familialisme, et instrumentalise une représentation des familles conçue dans une logique politique autre que la sienne. Il favorise ainsi l' *Union des associations familiales*, issue de la période de Vichy, qu'il maintient dans un statut législatif privilégié, et avec laquelle il instaure un système d'échange politique.

Apparaît ainsi un corporatisme où la structure représentative prime la réalité représentée, et qui aboutit à la disparition d'une représentation politique des familles, au profit de la définition de la famille comme objet à représenter. L'institution corporative constitutionnelle qu'est le Conseil économique et social témoigne parfaitement de ce mouvement, puisqu'elle fait place à des représentants d'associations familiales multifonctionnelles, et non à des représentants des familles. C'est alors l'institution représentative elle-même qui doit être placée au centre de l'étude, car c'est son régime juridique, largement empreint de droit public, qui permet une telle politique.

## **CHAPITRE 2 : L'INSTITUTION REPRESENTATIVE FAMILIALE, LE « CORPS FAMILIAL ».**

**385.** Même si la représentation de la famille en France n'emprunte pas la voie d'une structure formellement publique, elle traduit un corporatisme qui ne prend sa signification réelle qu'en étant rapporté à la dynamique publique <sup>1160</sup>.

Dès lors, et quand bien même l'Etat, pour des raisons politiques, souhaite constituer le « corps familial » sous la forme associative, cette réalité publique ne peut être négligée, et imprègne fortement le régime juridique de l'institution.

Il résulte de cette connexion entre la forme juridique et le fond politique un organisme au régime hybride, que l'on a coutume, chez les juristes comme chez les familiaux, de qualifier, sans doute trop rapidement comme nous le verrons, de « semi-public » ou de « quasi-public » <sup>1161</sup>.

C'est de ce régime original qu'il nous faut rendre compte, en envisageant le statut du « corps familial » (section 1) et les pouvoirs de représentation dont ce corps est investi (section 2).

---

<sup>1160</sup> V. chapitre précédent.

<sup>1161</sup> Il n'y a guère d'études juridiques complètes sur le « corps familial ». L'optique de notre thèse ne nous conduit pas à livrer des réflexions prétendant à l'exhaustivité, mais à intégrer cette structure dans la construction globale de l'objet familial en droit public. On trouvera cependant une brève présentation des unions d'associations familiales chez F. Dimou, *La structure représentative des intérêts familiaux en France : l'UNAF*, mémoire DESS d'Administration Publique, Paris X–Nanterre, 1984. On pourra également trouver des informations dans : H. Doucet, *La fonction représentative de l'UNAF*, mémoire ENSP, 1970 ; M. Lagrave (Dir.), *L'action familiale associative*, ENA., Paris, 1981 ; F. Varene, *Histoire de l'UDAF des Bouches-du-Rhône de 1945 à nos jours*, mémoire, Aix-Marseille 1, 1978 ainsi que dans les nombreux écrits diffusés par l'UNAF (Cf. Bibliographie générale de la thèse).

## SECTION 1 : LE STATUT DU « CORPS FAMILIAL ».

**386.** Le concept de « personne privée gérant une mission de service public » est familier à la doctrine juridique, qui repère son existence, qui apprécie son usage, et qui étudie, principalement au contentieux, son régime juridique. Dans une première approche, on peut retenir ce concept pour présenter les unions d'associations familiales : même si les textes ou la jurisprudence ne précisent pas expressément <sup>1162</sup> qu'il s'agit d'une mission de service public, d'un point de vue prospectif et dogmatico-doctrinal, les tâches dont la loi investit les unions d'associations familiales, et les conditions qu'elle fixe pour leur réalisation, semblent devoir appeler une pareille qualification.

Cependant, si l'on établit, comme nous l'avons fait, un lien entre ce concept purement structurel tel qu'il est applicable au corps familial et les conditions d'utilisation de ce concept dans la dynamique qui aboutit au corps familial, on doit noter le caractère volontariste du recours au concept lui-même, forgé et voulu comme tel dans le cadre de la politique que l'Etat mène à l'égard de la question familiale : le concept n'enregistre pas qu'une personne privée gère un service public ici, mais est utilisé par l'Etat comme modèle intéressant, en ce qu'il associe la personnalité privée et les fonctions publiques pour réaliser une politique de la représentation.

C'est donc moins l'étude du résultat juridique statique, par lequel est réalisée une dépendance entre la forme privée associative et la politique publique de représentation, qui permet de comprendre l'institution représentative familiale, que la détermination de cette dépendance, selon des modalités juridiques associant le public et le privé. Une fois de plus, ce n'est pas l'objet construit qui est éclairant, c'est la construction de l'objet.

Dans cette perspective, on peut présenter les spécificités du recours à la forme associative (§ 1) et de la « mission de service public » dont cette association est investie (§2).

---

<sup>1162</sup> Rappelons que si la qualification « service public résulte très généralement d'un texte, *a priori* (la loi ou l'acte réglementaire qui crée le service, ou le contrat qui investit une personne privée, par exemple), il revient également au juge, *a posteriori*, d'interpréter le régime juridique comme révélant le service public. Or, si, ici, la loi n'utilise pas le terme de *service public*, il faut convenir que en l'absence de litiges, la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer : on ne peut donc en rien interpréter son silence comme équivalent rejet, ni acceptation tacite. C'est à la doctrine qu'il revient d'interpréter le droit positif, en fonction des critères habituellement retenus en la matière (organique, matériel et fonctionnel) : ce que nous ferons *infra*, § 404 et s.

## **§ 1 – Une association « mixte ».**

**387.** Doté par le législateur d'un statut d'association d'utilité publique, le « corps familial » est soumis prioritairement au droit privé. Cette affirmation statutaire n'est cependant pas exclusive d'une emprise publique (A), que l'étude du financement confirme (B) et qui révèle une structure que nous qualifions de « mixte » en ce que ce terme désigne une institution qui n'est pas à moitié publique et à moitié privée, ou presque publique, mais bien à *la fois* publique et privée (C).

### **A – Une association d'utilité publique particulière.**

**388.** Le recours à la forme juridique de l'association permet l'application technique de règles de droit privé et peut apparaître politiquement attractif pour les structures que l'union a charge de fédérer. Néanmoins, ce statut de droit privé ne signifie pas liberté complète : à cet égard, de nombreuses obligations limitent l'autonomie associative, de manière plus intense qu'il ne résulte habituellement d'une reconnaissance d'utilité publique, intervenant ici selon des modalités particulières.

**389.** En principe, l'union d'associations est donc soumise au droit commun. Tel est le cas du régime du personnel, qui résulte du droit du travail et des conventions collectives pertinentes <sup>1163</sup>, encore que rien ne s'oppose à ce que, dans le respect des règles concernant la fonction publique, des fonctionnaires puissent être détachés auprès de l'association ; les règles concernant les biens sociaux sont également des règles de droit privé.

Le régime des actes de l'union d'associations et de sa responsabilité ne dérogent pas non plus au droit ordinaire des associations ; mais il faut alors avoir présent à l'esprit que ce droit conjugue droit privé et droit public, selon que trouve ou non à s'appliquer la théorie des personnes privées gérant un service public <sup>1164</sup>.

Le fonctionnement est enfin, pour l'essentiel, autonome, et il faut à cet égard noter, à l'inverse de nombre d'associations dites administratives, l'absence de représentant de l'administration à l'intérieur de la structure institutionnelle familiale, sous quelque forme que ce

---

<sup>1163</sup> Une convention collective spécifique est applicable aux UDAF gérant des services (tutelles, etc.) à l'exception de celles qui assument uniquement des tâches de représentation.

<sup>1164</sup> V. § 2 de cette section.

soit (siège au Conseil d'administration, contrôleur financier ou contrôleur d'Etat par exemple). Il en résulte une définition pleinement associative des options politiques des unions et des moyens mis en oeuvre pour leurs réalisations, garantie juridique que l'organe ainsi institué puisse définir librement des intérêts familiaux à représenter.

Néanmoins, ce fonctionnement est encadré dans une organisation largement impérative.

**390.** En règle générale, la reconnaissance d'utilité publique constitue, selon une expression maintes fois employée, une « haute faveur » que les pouvoirs publics entendent accorder à un groupement associatif. Cette reconnaissance intervient par décret, pour un groupement existant, dont le statut répond à certaines exigences posées par la loi de 1901 sur le contrat associatif, et dont le fonctionnement est favorisé parce que l'existence de l'association ne répond pas au seul intérêt de ses membres.

S'agissant des unions d'associations familiales, la reconnaissance d'utilité publique participe d'une autre procédure et d'une autre logique. Tous les textes qui sont intervenus depuis la loi de 1942 prévoient en effet que les unions jouissent de plein droit de la capacité juridique des établissements reconnus d'utilité publique dès lors que leur statut et leur règlement intérieur auront été agréés par le ministre en charge de la Famille <sup>1165</sup>. La procédure est ainsi allégée par rapport à la reconnaissance ordinaire de l'utilité publique ; surtout, elle établit un lien direct entre l'utilité publique et les dispositions d'un statut et d'un règlement intérieur que la loi contribue largement à définir <sup>1166</sup>. Il ne s'agit alors plus de reconnaître l'utilité publique d'un collectif existant, mais bien de déterminer préalablement par la loi, les conditions dans lesquelles l'Etat considérera que la représentation des familles sera utile à la collectivité. Aussitôt que les acteurs privés accepteront de se couler dans le moule préalablement défini, les prérogatives liées à la reconnaissance d'utilité publique leur seront garanties, et cela aussi longtemps qu'ils resteront dans ce moule. En conséquence, il pèse sur les unions d'associations familiales de nombreuses obligations dérogatoires. A trois égards au moins, leur organisation dépend de dispositions législatives ou des textes administratifs, et échappent ainsi à la liberté associative.

**391.** En premier lieu, les unions d'associations ne sont pas libres d'accepter ou de refuser les adhésions comme elles l'entendent <sup>1167</sup>.

En aucun cas les associations familiales ne sont obligées d'adhérer à une UDAF prévue au Code de la famille, ou les mouvements nationaux à une UDAF ou à l'UNAF, et, à plus forte

---

<sup>1165</sup> En dernier lieu, art. 7 al. 6 du C. fam. Cette dernière rédaction est innovante en ce que l'agrément des unions départementales n'est plus l'oeuvre directe du ministre mais celle de l'UNAF. Nous reviendrons sur cette participation de l'UNAF, association privée, à l'exercice de prérogatives de puissance publique. Il est vrai que les UDAF étant constituées, pour l'essentiel, à la date de la réforme, l'agrément porte maintenant uniquement, sauf cas particulier, sur une modification des statuts.

<sup>1166</sup> Les statuts actuels de l'UNAF ont été agréés par un arrêté du 4/8/1976.

<sup>1167</sup> Afin de mieux comprendre ces propos, que la complexité de la structure retenue empêche sans doute de rendre jamais clairs, on pourra se reporter en annexe aux schémas présentant l'organisation du « corps familial ».

raison, nulle association n'est tenue de s'affilier à un mouvement <sup>1168</sup>. Mais les unions d'associations familiales sont, quant à elles, tenues d'admettre toutes les associations ou mouvements qui le souhaitent et qui répondent aux critères posés par la loi ; elles ne peuvent, de plus, admettre que ces seuls organismes. Il s'agit alors de toute association déclarée depuis plus de six mois, se donnant pour « but essentiel la défense de l'ensemble des intérêts matériels et moraux, soit de l'ensemble des familles, soit de certaines catégories d'entre elles » . Adhérent ainsi aux UDAF ces associations et leurs éventuelles fédérations départementales <sup>1169</sup>; adhèrent à l'UNAF les UDAF et les associations familiales nationales ou mouvements nationaux.

Les unions apparaissent bien comme la structure mise à la disposition des initiatives privées désireuses d'accéder à un statut privilégié et acceptant, pour ce faire, de participer à un organisme unificateur et intégrateur. Cet accès constitue alors un droit pour elles.

**392.** En second lieu, la pondération de l'influence de chaque adhérent aux unions – adhérent qui est donc nécessairement une personne morale – va dépendre de critères complexes.

D'une part, cette pondération n'est pas liée aux adhésions réelles dont se prévaut chaque groupement mais aux seules adhésions reconnues ici valides par la loi. Les associations familiales ne participent, en effet, dans la sphère des unions qu'avec une partie théorique de leur effectif <sup>1170</sup>. Aux termes du Code de la famille <sup>1171</sup>, les seuls membres « validés » pour l'organisation des unions sont :

- les « familles » – ce qui ne peut manquer de surprendre eu égard à l'absence de statut étatique directement relevant pour ce collectif –, constituées par le mariage et la filiation légitime ou adoptive ;
- les couples mariés sans enfant ;
- toutes personnes physiques soit ayant charge légale d'enfants par filiation ou adoption, soit exerçant l'autorité parentale ou la tutelle sur un ou plusieurs enfants dont elles ont la charge effective ou permanente <sup>1172</sup>.

Lorsque les personnes visées ci-dessus sont de nationalité étrangère, elles ne sont comptabilisées que si elles demeurent en France depuis plus d'un an, qu'elles disposent d'un titre

<sup>1168</sup> Le terme *mouvement* est employé au sein du « corps familial » chaque fois qu'une structure ordinaire regroupe des associations familiales (fédérations, confédérations, etc.) alors que le terme *union* renvoie à un regroupement dérogatoire (ULAF, UDAF ou UNAF).

<sup>1169</sup> Rappelons qu'existent également dans les dispositions législatives des unions locales d'associations familiales, créées sur propositions des UDAF, auxquelles adhèrent les associations familiales et qui, elles-mêmes, adhèrent aux UDAF. Elles se substituent localement à celles-ci pour leurs missions. Mais il semble que ce niveau est peu utilisé.

<sup>1170</sup> Il faut cependant admettre que, dans la pratique, cette partie pourra le plus souvent recouvrir l'ensemble des effectifs. Mais il demeure que les dispositions impératives peuvent exclure certains adhérents potentiels qui ont rejoint l'association pour des raisons diverses, sans rapport avec la question familiale (aide juridique en matière de consommation, etc.), ainsi que des personnes intéressées à cette question mais qui ne sont pas mariées et n'ont pas, ou plus, charge d'enfant.

<sup>1171</sup> Art. 1<sup>er</sup> du C. fam., dispositions issues de la L. de 1975.

<sup>1172</sup> On constatera la prégnance d'une conception idéologique de la famille, la loi réservant le terme famille au seul couple avec enfant officiellement sanctionné (mariage ou adoption), même si, à propos du suffrage familial, cette même loi qualifie les autres situations de « groupes familiaux ».



de séjour leur autorisant une résidence pour trois ans au moins, et qu'un ou plusieurs membres de leur famille résident en France sous couvert d'un titre de même durée <sup>1173</sup>.

D'autre part, la loi institue un suffrage familial pour le fonctionnement des assemblées générales des unions d'associations familiales et pour l'élection d'une partie de leurs administrateurs <sup>1174</sup>. Les associations adhérant aux unions disposent ainsi d'un nombre de suffrages calculé en fonction de leurs effectifs « validés » <sup>1175</sup>. Chaque famille ou groupe familial apporte alors à l'association familiale à laquelle il adhère un certain nombre de voix, calculé comme suit <sup>1176</sup>:

- Une voix pour chacun des père et mère, des conjoints, ou des personnes physiques exerçant l'autorité parentale ou la tutelle <sup>1177</sup>;
- Une voix par enfant mineur vivant ;
- Une voix par groupe de trois enfants mineurs (s'ajoutant à celle que chacun d'entre eux apporte <sup>1178</sup>) ;
- Une voix par enfant mort pour la France ;
- Une voix pour chaque enfant majeur handicapé demeurant à la charge de ses parents <sup>1179</sup>.

Les effectifs sont arrêtés au 1<sup>er</sup> janvier pour l'année de vote, par le président de chaque association familiale, qui les communique aux UDAF, celles-ci les communiquant à leur tour à l'UNAF <sup>1180</sup>.

L'application pratique de telles dispositions est délicate à apprécier. D'une part, il est évident que chaque niveau de la structure (association familiale, UDAF, UNAF) pèsera d'autant plus que ses effectifs seront importants. D'autre part, la vérification effective de la réalité des suffrages énoncés demande la mise en oeuvre d'une procédure lourde, et attentatoire à la protection de données confidentielles liées à l'adhésion à une association privée <sup>1181</sup>. En effet, les suffrages ne seront réels qu'à trois conditions : que l'adhésion soit effective l'année considérée (donc que l'on radie ceux qui ne sont plus adhérents, voire ceux qui ne sont pas à jour de leurs cotisations, et il n'est pas certain que tous les présidents accomplissent une telle radiation, qui

<sup>1173</sup> D. 76-272 du 26/3/1976 ; Arr. du 22/6/1976.

<sup>1174</sup> L'autre partie des administrateurs est désignée directement par les mouvements ou associations nationales ou départementales. En contrepartie, celles-ci ne participent pas aux AG avec voix délibérative, dont sont seules investies les associations familiales de base pour les UDAF, et ces seules UDAF s'agissant de l'AG de l'UNAF. Les conditions de vote sont déterminées par le décret de 1976 précité.

<sup>1175</sup> S'il s'agit donc d'un suffrage familial, le vote reste exercé par les représentants des associations membres.

<sup>1176</sup> Ne sont pas comptabilisées les voix qu'apporteraient une personne privée de ses droits civils et politiques. Une telle personne ne pourrait, d'ailleurs, exercer aucune responsabilité au sein des unions.

<sup>1177</sup> Une telle voix est également accordée aux veufs ou veuves même sans charge d'enfant, par une interprétation extensive de la loi.

<sup>1178</sup> Trois enfants mineurs apportent donc 4 voix, qui s'ajoutent à celles qu'apportent par ailleurs les parents, les enfants mort pour la France, etc.

<sup>1179</sup> Art. 8 & 9 du C. fam. Ainsi, par exemple, une famille monoparentale avec un enfant mineur apportera 2 voix et un couple marié ayant 4 enfants mineurs apportera 7 voix à l'association à laquelle ils adhèrent.

<sup>1180</sup> Décret de 1976 précité. Pour l'année de vote 1994, l'ensemble des adhésions (923 694 familles) représente 2 608 856 suffrages.

<sup>1181</sup> La CNIL a donné son accord au traitement de ces données dans des conditions liées à l'application de la L. de 1975.

diminue leur influence) ; que les adhérents ne soient comptés qu'une fois <sup>1182</sup> (ce qui doit aboutir à repérer les adhésions multiples et à ce que l'adhérent considéré détermine l'association bénéficiaire des suffrages <sup>1183</sup>) ; que les données concernant l'état civil ou l'âge, par exemple, soient actualisées (ce qui suppose un travail considérable, sachant que les adhérents d'une association ne vont pas livrer spontanément leur biographie, et ce qui pose des questions en termes de respect de la vie privée d'adhérents qui n'ont pas toujours conscience, en rejoignant telle association de consommateurs ou de défense de l'environnement, par exemple, des implications publiques de leur adhésion <sup>1184</sup>).

Destinée à refléter les réalités familiales, l'institution du suffrage familial constitue une originalité <sup>1185</sup> dont la constitutionnalité a pu être mise en cause. Cependant, le Conseil constitutionnel a implicitement admis la validité du vote plural dans certaines situations. S'il a en effet censuré un tel recours pour la désignation des membres d'une juridiction (conseils de prud'hommes), il a motivé cette censure par le fait que ce recours « n'est pas compatible avec la finalité de l'opération électorale [considérée] et est dépourvu de tout lien avec les considérations qui doivent présider à cette désignation » <sup>1186</sup>. Il n'est nul besoin de forcer l'argument pour considérer qu'il existe alors, au regard des modalités constitutives de la représentation familiale, un lien entre le suffrage familial et cette représentation.

---

<sup>1182</sup> Art. 5 du décret précité.

<sup>1183</sup> On sait que, relativement souvent, des personnes adhèrent à plusieurs associations, pour des motivations diverses (obtenir des services, soutenir la vie associative locale, soutenir des associations considérées comme proches idéologiquement). De telles adhésions peuvent alors être légitimement revendiquées par toutes les associations. Leur repérage est difficile car elles n'ont pas nécessairement lieu dans le même département, et car les associations ne souhaitent pas toujours que l'on s'engage dans une procédure de vérification. Les unions sont relativement dépourvues face à de tels phénomènes. Les adhérents, quant à eux, n'apprécient pas toujours d'être impliqués dans un conflit interassociatif qui les dépasse, et qui peut faire ressentir le choix qui leur est demandé comme portant atteinte à leur liberté d'opinion.

<sup>1184</sup> Puisqu'aussi bien nombre des associations familiales parmi les plus importantes disposent de ces agréments spécifiques et peuvent se présenter comme telles. Certaines associations parmi les groupements spécifiques ont d'ailleurs de légitimes réticences à communiquer ces informations en estimant que la discrétion est une des conditions liées à l'adhésion de leurs membres (notamment certaines associations regroupant des familles de personnes paralysées ou handicapées).

Par ailleurs, toute décision d'une personne d'adhérer à une association familiale a effet à l'égard de l'ensemble du groupe familial, puisqu'aussi bien telle est la rédaction que la loi a retenue, pour les raisons que nous avons signalées. Cela pose deux problèmes que le droit aura le plus grand mal à résoudre sans se livrer à des acrobaties intellectuelles. Si les époux adhèrent chacun à une association distincte, la famille ne pouvant être comptée qu'une fois, quelle association, en l'absence de l'autorité maritale, pourra maintenant revendiquer les adhésions ? Sauf à diviser théoriquement la famille en deux entités adhérent pour leur part, ce qui serait cocasse dans une perspective de familialisme et d'unité, on voit mal comment résoudre ce problème en respectant les énoncés juridiques. Ensuite, l'adhésion d'un membre de la famille l'amène – normalement, c'est-à-dire selon les dispositions législatives ; si tel n'était pas le cas, ces dispositions seraient ineffectives, mais alors l'ensemble du système, qui repose sur ces adhésions, devrait sérieusement être reconsidéré – à dévoiler des informations concernant d'autres membres de sa famille, qui peuvent n'être ni informés, ni surtout d'accord pour une telle adhésion et/ou une telle publicité.

<sup>1185</sup> Un suffrage familial est également prévu pour la désignation des représentants des parents au sein des Conseils d'école, où chaque famille dispose d'un unique suffrage, quelle que soit sa composition. La logique et les exigences sont comparables au cas des unions (art. 2 de l'Arrêté du 13/5/1985, JO 14/5/1985 p. 5421).

<sup>1186</sup> Déc. 78-101 DC du 17/1/1979.

**393.** En dernier lieu, c'est la composition des Conseils d'administration des unions qui échappe au droit commun. L'Etat a en effet imposé que siègent dans ces conseils deux catégories d'administrateurs. Les premiers sont issus de l'élection par les représentants des associations membres dans les conditions que nous venons d'énoncer. Les seconds, depuis 1975, sont désignés par les mouvements. Ce sont les statuts des différentes unions qui prévoient les proportions entre ces deux catégories d'administrateurs, et les modalités de désignations.

Pour l'UNAF, sur les quarante sièges du conseil d'administration, dix-huit sont pourvus à titre individuel grâce au vote des représentants des UDAF selon le suffrage familial, et dix-huit autres sont réservés aux représentants de mouvements nationaux ou associations familiales nationales <sup>1187</sup>. Ce sont les mouvements et associations nationaux qui ont dressé la pondération de chacun d'entre eux au titre des « désignés ». Afin de permettre une représentation de la pluralité, les mouvements sont convenus que cette pondération ne tiendrait pas compte du poids réel de chacun d'entre eux.

Les statuts des UDAF, approuvés par l'UNAF, reproduisent des dispositions identiques.

## **B – Des moyens financiers essentiellement publics.**

**394.** La question financière permet d'apprécier les conditions de l'action associative. Même si la reconnaissance d'utilité publique place les unions d'associations familiales dans un régime plus favorable que celui de l'association ordinaire, la structure associative retenue inscrit ces unions dans une situation financière précaire. La faiblesse quantitative de leurs membres, le fait que ces membres sont des associations aux facultés contributives limitées, et qui ont d'autres priorités que celle de subvenir aux besoins d'une institution qui, pour partie, leur échappe, contraste avec les coûts qu'entraîne la volonté d'assurer des missions représentatives nombreuses <sup>1188</sup>. Comme nombre d'associations, les unions d'associations familiales ne peuvent alors compter sur les seules cotisations ou sur leurs ressources propres (loyers que rapportent leurs biens immobiliers, diffusion de documentations, etc.) et sont dépendantes d'aides extérieures. Ces aides sont ici de trois ordres, dont un est spécifique des unions d'associations familiales, pour lesquelles il constitue un privilège garanti.

**395.** D'abord, les unions d'associations familiales peuvent recevoir des subventions publiques ou, en tant qu'associations reconnues d'utilité publique, des aides privées (dons et legs).

---

<sup>1187</sup> 4 autres sièges sont réservés à une liste d'administrateurs des UDAF, un de ces sièges étant réservé à la représentation de l'Outre-mer.

<sup>1188</sup> Même si ces missions sont exercées à titre gratuit, il est évident qu'elles ne peuvent être assurées sérieusement que pour autant que les frais de représentation ne sont pas laissés à la charge du représentant bénévole.

« Allocation forfaitaire décidée unilatéralement sans référence précise à l'évaluation d'un projet » <sup>1189</sup>, la subvention publique n'est guère adaptée à une institutionnalisation de l'action associative. Dépendante d'une volonté publique de la renouveler, accordée sans contrepartie véritable, elle ne peut atteindre, dans le cadre d'une bonne administration, des montants considérables, et ne peut donc subvenir aux besoins réels d'une structure dirigée vers l'activité publique. Une telle subvention relève alors de ce que l'on pourrait dénommer « le patronage administratif », à partir duquel ni l'administration, ni l'association bénéficiaire, ne peuvent mener véritablement une politique concertée. Néanmoins, particulièrement au plan local, certaines municipalités ou départements attribuent de telles subventions aux UDAF.

Les dons privés ne sont pas non plus inexistants. Mais, au-delà de leur octroi, se pose la question de leur motivation. Limité à de faibles montants, le don ne suffit pas à mener une action dans la durée ; plus important, il peut aboutir à inscrire l'association dans une dépendance à l'égard du donateur, sans doute incompatible avec les missions qui sont attribuées au « corps familial ».

**396.** Ensuite, les unions d'associations familiales reçoivent des financements publics destinés à leur permettre d'assurer la gestion des missions de service public déléguées <sup>1190</sup>. De tels financements résultent généralement de conventions, que les unions négocient, et dont elles ne sont pas tenues d'accepter les termes <sup>1191</sup>. Mais ils peuvent aussi résulter d'actes unilatéraux, comme en témoigne le système mis – difficilement – en place par le « décret Poinso-Chapuis » <sup>1192</sup> : le gouvernement avait attribué des fonds aux UNAF et UDAF afin qu'elles puissent distribuer des aides aux familles éprouvant des difficultés matérielles pour l'instruction de leurs enfants ; il s'agissait, en fait, de contourner les dispositions excluant de l'octroi de bourses les élèves fréquentant des établissements scolaires privés ; après un débat violent, où, pour la seule fois de son existence, l'UNAF a failli être remise en cause <sup>1193</sup>, le gouvernement a modifié la disposition, pourtant reconnue légale par un avis du Conseil d'Etat, afin que ces aides ne puissent être utilisées comme substitutifs de bourses pour les élèves du privé.

S'ils permettent aux unions d'agir en ce qui concerne les tâches supplémentaires qui leur sont proposées, ces financements ne sauraient couvrir les missions générales dont la loi a exceptionnellement investi le « corps familial », et qui appellent un régime spécifique.

<sup>1189</sup> T. Guillois, *Associations et subventions*, RF fin. publ., n° 23, 1988, p. 47.

<sup>1190</sup> V. la présentation de tels services *infra*, titre 2.

<sup>1191</sup> On a pu le constater essentiellement dans le domaine de la tutelle, où la Cour de Cassation admet que les UDAF puissent n'être désignées comme tuteurs ou curateur d'Etat que dans la limite des moyens financiers qui leur sont accordés. Cf. Civ. 1<sup>ère</sup>, 5/3/1991, UDAF de la Sarthe c/ X., D. 1991.393 (note Massip).

<sup>1192</sup> D. 22/5/1948 modifié par le D. du 10/6/1948. Le compte-rendu de ce « feuillet » parlementaire est retracé dans *Le Monde* des 29/5/1948 au 12/6/1948. On peut également se reporter aux développements présentés dans sa thèse par C. Olivier, *Le droit de la famille en matière d'enseignement*, droit, Paris, 1950.

<sup>1193</sup> Le PC demanda, en effet, l'abrogation de l'ord. du 3/3/1945. Paradoxalement, cette demande fut présentée par F. Billoux, celui-là même qui, ministre compétent à la libération, avait signé l'ord. du 3/3/1945.

**397.** C'est enfin ce régime qui a été mis en place en 1951, et depuis lors confirmé dans son principe et augmenté dans son montant.

La loi a en effet institué un « fonds spécial destiné à assurer le fonctionnement de l'UNAF et des UDAF » <sup>1194</sup>. Ce fonds est alimenté par un prélèvement sur les ressources des régimes généraux des prestations familiales. D'un montant initial égal à 0,03 % de ces ressources, il a été progressivement <sup>1195</sup> porté à 0,1 % <sup>1196</sup> pour représenter en 1993 une somme d'un peu plus de 115 millions de francs <sup>1197</sup>.

Ce financement est remarquable. D'abord, bien sûr, son montant est exceptionnel et son mécanisme original puisqu'il résulte d'un prélèvement forfaitaire sur les cotisations sociales versées par l'ensemble des actifs. Le Conseil d'Etat, dans son avis sur le projet de loi, l'a qualifié ainsi de taxe parafiscale, en critiquant par ailleurs ce qu'il considérait comme un « détournement des prestations familiales de leur objet » <sup>1198</sup>. Ensuite, prévu par une loi, il présente un caractère permanent, dès lors qu'à l'inverse des subventions classiques, le versement est garanti tant qu'il n'est pas diminué par décret ou que la loi n'est pas modifiée ; cela permet aux unions de mener avec un confort suffisant leurs actions représentatives dans la durée. Enfin, destiné à assurer le simple fonctionnement des unions, il est accordé sans contrepartie pesante qui limiterait l'autonomie politique des bénéficiaires.

Versé directement à l'UNAF après que son montant annuel a été déterminé par le ministre, ce fonds est ensuite réparti par arrêté ministériel entre l'UNAF et les UDAF en fonction de leurs activités <sup>1199</sup>.

Il faut ajouter à ce financement général un financement législatif spécial, destiné à prendre en charge le remboursement aux employeurs des salaires versés à des représentants d'union d'associations familiales requis pour des représentations durant leur temps de travail <sup>1200</sup>. Primitivement gérées au niveau national, ces sommes ont été décentralisées. Il semble néanmoins, eu égard d'une part à la spécificité de la procédure, d'autre part au faible nombre de représentants

<sup>1194</sup> L. n° 51-602 du 24/5/1951, art. 2 (annexe).

<sup>1195</sup> Le fait que les deux dernières – et substantielles – augmentations datent des 14 mars 1986 et 27 avril 1988, soit chaque fois quelques jours avant une échéance électorale importante (élections législatives du 16/3/1986, élections présidentielles de mai 1988), que la majorité parlementaire perdra, éclaire singulièrement l'influence, qu'à tort ou à raison, le pouvoir prête au « corps familial ».

<sup>1196</sup> D. 88-454 du 27/4/1988 (annexe).

<sup>1197</sup> 115 547 509 francs.

<sup>1198</sup> Cf. JO Conseil de la République, CR, 18/5/1951, p. 1743

<sup>1199</sup> La procédure d'attribution résulte du D. 51-944 du 19/7/1951. Il est tenu compte de divers éléments pour déterminer la part revenant aux UDAF : nombre de familles adhérentes, activités de l'UDAF appréciées sur la vue de ses rapports d'activité et de l'avis des organes d'Etat dans le département, population du département, difficultés propres au département. En 1993, les parts respectives de l'UNAF et des UDAF ont été les suivantes : 33 422 621,34 francs pour l'UNAF ; 82 670 028 francs pour l'ensemble des UDAF. Sur la part des UDAF, environ 5 % financent les URAF qui coordonnent l'action régionale des UDAF sans en avoir le statut privilégié, et 10 % sont reversés aux mouvements et associations adhérents. On ne saurait négliger ces éléments pour apprécier les motivations des adhésions d'une part, des tactiques associatives (multiplication d'associations locales, constitutions de mouvements, scissions, etc.) d'autre part.

<sup>1200</sup> L. 86-76 du 17/1/1986, art. 16 du C. fam.

en situation salariée qui peuvent dans les faits assurer des représentations durant leur temps de travail <sup>1201</sup>, que les sommes abondent le plus souvent des dépenses générales de fonctionnement, c'est-à-dire la part traditionnelle du fonds spécial. La modalité est néanmoins spécifique : si le droit au congé de représentation a été étendu en 1991 à des associations autres que les unions, seule une indemnisation forfaitaire a été prévue <sup>1202</sup>.

**398.** Si ces sources de financement placent incontestablement les unions d'associations familiales dans une situation privilégiée, elles ne sont pas exclusives d'un contrôle public.

Celui-ci est d'abord, bien sûr, le fait de la collectivité ordonnatrice du financement (subventions, conventions, fonds spécial, etc.). Il faut alors noter que si le ministre en charge de la Famille contrôle l'UNAF, celle-ci le relaie s'agissant des structures inférieures.

Mais ce contrôle est également financier, dans des conditions de droit commun dès lors que sont utilisés des deniers publics <sup>1203</sup> : il fait intervenir la Cour des comptes et ses chambres régionales, l'Inspection Générale des Finances et l'Inspection Générale des Affaires Sociales. Chaque union doit alors être en mesure de justifier par des pièces appropriées l'utilisation des fonds qui ont une origine publique <sup>1204</sup>. Par ailleurs, les dirigeants concernés sont justiciables en cas d'irrégularités de la Cour de discipline budgétaire et financière, dès lors que plus de la moitié des ressources de leur union proviendrait de subventions publiques, ce qui très généralement sera le cas. Il est cependant notable que ces unions, qui fonctionnent essentiellement avec des fonds publics ainsi définis, ne se voient pas imposer la présence d'un contrôleur financier. A cet égard encore, le « corps familial » révèle un caractère spécifique.

## C – Une nature ambivalente.

---

<sup>1201</sup> Même si la loi fait obligation à l'employeur d'autoriser cette absence sauf conséquence préjudiciable à l'entreprise ou à la production (refus à motiver et arbitré par l'inspection du travail), il n'est guère possible à un employé d'assurer durablement de telles représentations sans conséquence pour sa carrière. Une telle absence est, de plus, limitée à quarante heures par an, ce qui est peu lorsque la représentation est lourde (plusieurs réunions par mois) et éloignée. Ce sont alors essentiellement les salariés d'associations familiales qui en bénéficient lorsque, assurant la représentation de leur employeur au sein des unions, ils permettent à ces associations de transférer la charge de leur salaire sur l'union pour les actions qu'ils mènent pour le compte de celles-ci. Un tel mécanisme n'est alors pas sans conséquence sur la signification politique et la pratique de la représentation.

<sup>1202</sup> L. 91-772 du 7/8/1991 (annexe). Cette loi règle notamment les représentations que des associations familiales exerceraient indépendamment des unions. Le Conseil constitutionnel a alors eu l'occasion de préciser que ces règles ne portaient pas atteinte à la liberté d'association (2 août 1991, Déc. 91-299 DC – annexe)

<sup>1203</sup> D.L. du 30/10/1935 ; Ord. du 23/9/1958 ; L. du 2/3/1982 ; L. 93-122 du 29/1/1993 (art. 81).

<sup>1204</sup> Il existe à cet effet un plan comptable propre aux unions. La L. du 29/1/1993 oblige de plus les associations ayant reçu annuellement des personnes publiques des subventions dépassant un montant fixé par décret à présenter un bilan et un compte de résultat, et à nommer un commissaire aux comptes ; cette loi est bien sûr applicable aux unions.

**399.** Depuis longtemps déjà, les juristes sont habitués à ce que l'administration puisse recourir, pour accomplir une action administrative, à des organismes de droit privé. Un tel recours revêt alors plusieurs significations. Parmi elles, celle du démembrement administratif n'a cessé d'intriguer la doctrine de deux points de vue : puisque l'administration utilise pour agir une structure de droit privé qu'elle semble détourner à son avantage, quelle est, d'une part, la signification de cette utilisation et peut-on, d'autre part, continuer à qualifier la structure de privée ?

Du simple point de vue des techniques juridiques, il ne semble pas pourtant que la question du démembrement puisse suffire à dénier à l'association, par exemple, sa nature de personne juridique de droit privé. Au contraire, une réflexion sur l'utilisation d'une telle structure montre que c'est bien parce que l'association est une personne de droit privé, et que par conséquent elle est soumise largement au droit commun, que l'administration utilise cette formule. La doctrine a pourtant pu forger différents qualificatifs pour de telles associations, estimées publiques ou administratives <sup>1205</sup>. Ce faisant, elle mettait en avant l'utilisation raisonnée d'une technique juridique à des fins politiques, c'est-à-dire qu'elle s'intéressait à une politique du droit.

**400.** Un tel effort n'est pas inutile. Ces termes tendent cependant à enfermer la politique du droit dans une dichotomie technique dont on n'est pas certain qu'elle soit apte à rendre compte d'une réalité complexe. En effet, en parlant d'associations administratives, la doctrine semble raisonner sur la seule *summa divisio* public/privé, dont les avantages techniques sont sans doute clairs s'agissant de la structuration juridique, mais dont la réalité est largement illusoire. Il y a ainsi quelque paradoxe à refuser d'une part de s'en tenir à la qualification privée pour désigner une telle association, c'est-à-dire à une technique d'inscription du collectif dans le droit de l'Etat, sous prétexte que l'on veut montrer que sa réalité est autre, et à continuer d'autre part à se référer à cette division technique pour estimer que cette réalité, n'étant plus privée, ne peut être que publique <sup>1206</sup>.

Pour notre part, nous estimons que l'analyse institutionnelle peut permettre un autre point de vue en établissant le lien entre la technique juridique et la politique du droit. Le recours à une

---

<sup>1205</sup> S'agissant des appréciations portées sur l'UNAF, V. note 1092.

<sup>1206</sup> Or il semble bien, de ce point de vue, que même les juristes qui ont le mieux cerné à la fois la réalité de cette distinction privé/public, et sa relativité, ne parviennent pas à échapper à cette alternative. Charles Eisenmann par exemple, dans son cours de 1952-1953, nous indique ainsi : « Organisme privé et organisme de droit privé sont des notions tout à fait différentes. Ce qui compte avant tout, pour distinguer l'organisme privé et l'organisme public, c'est le caractère de la fonction qu'il exerce : pour le compte de qui agit l'organisme ». Mais reconnaissant alors qu'une activité peut être bénéfique à la fois au public et au privé, C. Eisenmann se voit contraint de considérer, en dernière instance, qu'il faut se référer à l'intérêt dans lequel l'activité est exercée « avant tout ». C'est bien là la preuve que le critère qui cherche la nature de l'organisme au-delà de son régime juridique (voire contre lui) n'est guère opérationnel : l'organisme est ainsi avant tout privé (pour suivre l'exemple de la concession de service public que choisit l'auteur), mais il est nécessairement aussi public, après tout ! C'est une question d'appréciation, mais qui ne peut occulter en fin de compte la mixité, c'est-à-dire le fait qu'il est inscrit de manière concomitante et totale dans deux logiques : publique et privée. Cf. C. Eisenmann, *Le droit applicable à l'administration*, in *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 695-696.

technique n'est en effet jamais neutre. Quand bien même ce recours serait inconscient ou aléatoire, ce qui devrait pouvoir être exclu dans nos démocraties modernes, il est nécessaire d'envisager ses conséquences.

A cet égard, même si l'administration crée de toutes pièces une association, l'autonomie au moins relative dont bénéficiera la structure par application d'un minimum de règles de droit privé ne peut que contribuer à inscrire cette association dans une logique du collectif qui n'est plus tout à fait celle de l'administration publique. Les critiques bien connues et répétées que le Conseil d'Etat et la Cour des comptes ont adressées au démembrement tiennent ainsi pour une large part au fait que de telles structures, voulues par la puissance publique, échappent à son contrôle <sup>1207</sup>.

**401.** Dans cette optique, ni le concept d' « association publique », ni celui de « personne privée véritable », ne nous semblent opportuns pour rendre compte d'un mécanisme associant de manière institutionnalisée les secteurs public et privé. Puisqu'il faut absolument recourir à un qualificatif, nous avons opté pour celui d' « association mixte », qui est pourtant loin de nous satisfaire, et dont nous reconnaissons les limites. Si on peut aisément lui adresser l'ensemble des reproches que nous venons de rappeler, il nous semble néanmoins permettre d'insister sur les trois seules certitudes que l'on puisse avoir en la matière <sup>1208</sup> : d'une part, il s'agit d'une mobilisation d'une technique juridique, celle de l'association, qui commande une application minimale de règles de droit privé ; d'autre part, cette mobilisation a lieu dans un contexte ambivalent, qui relève à la fois d'une logique publique et d'une logique privée, selon des modalités variables, qui ne peuvent être ramenées à une pondération telle que *pour moitié* publique ou privée, ou *presque* publique ou privée <sup>1209</sup> ; enfin, il n'existe pas au sommet de lien juridique de nature organique permettant de conclure à une intégration formelle, à la différence notamment de ce qui existe en matière d'organismes de sécurité sociale : l'intégration n'intervient que par une dépendance existentielle (création du statut par l'Etat, et création dans une forme qui postule une autonomie), fonctionnelle (tutelle) et financière.

---

<sup>1207</sup> V. en premier lieu le rapport de la Cour des comptes 1963 qui fait émerger la notion de démembrement, et depuis lors les remarques sur les associations dans chacun des rapports de la Cour ; V. également le rapport du Conseil d'Etat sur *La réforme des établissements publics*, adopté le 15 janvier 1971, Doc. fr., 1972.

<sup>1208</sup> On peut, s'agissant de l'étude, préciser également que ce concept de mixité renvoie à d'autres réalités juridiques qui ne sont pas toujours aisément perçues d'un point de vue théorique, comme la « société mixte », réalités qui « s'accommodent difficilement de la distinction classique du droit public et du droit privé et de la dualité juridictionnelle qui en est à la fois la cause et l'effet », au point de faire apparaître « des monstres ou des chimères » (G. Braibant, *Du simple au complexe, quarante ans de droit administratif*, EDCE n° 45, 1993, p. 418).

<sup>1209</sup> De ce fait, nous employons le concept de mixité dans un sens différent de celui qui est proposé par la « théorie des organismes mixtes », et qui prétend faire émerger du point de vue des techniques juridiques un troisième type de personne, ni publique, ni privée. V. les justes critiques adressées à cette théorie par A. Demichel (*Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés*, LGDJ, 1960, t. 2 p. 602 et s.) même si, à notre sens, le recours à la notion de *personne publique* que propose l'auteur, en dépit des techniques de droit privé appliquées et en raison du contrôle de l'Etat sur les organismes considérés, est loin de résoudre tous les problèmes. La notion d'*intégration* qui est mobilisée à titre secondaire nous semble potentiellement plus riche.



**402.** Ainsi, s'agissant des unions d'associations familiales, l'institution résulte de la prise de possession par des acteurs collectifs privés d'une structure de droit privé, créée par les pouvoirs publics, et que ceux-ci mettent à leur disposition <sup>1210</sup>.

D'abord si, à l'évidence, l'Etat y trouve, comme nous l'avons vu, un intérêt manifeste, il est certain que les associations qui adhèrent au « corps familial », dès lors qu'elles n'y sont pas obligées, doivent également s'estimer bénéficiaires <sup>1211</sup>. Ensuite, il convient de considérer que la réalisation de l'intérêt de l'Etat exige ce fonctionnement véritable de l'institution, et fait que les associations doivent y trouver leur compte. L'attitude de l'Etat qui, aux côtés d'une structuration impérative, laisse à bien des égards les associations fonctionner avec une liberté totale et finance largement ce fonctionnement renforce une telle analyse. Il faut alors admettre que le recours à une forme associative qui permette à la fois une autonomie (droit privé) et des avantages (statut dérogatoire) devient impératif pour un tel fonctionnement, alors qu'en imposant une structure unitaire, et des règles qui vont induire un fonctionnement bureaucratique (multiplication des représentations, désignation d'une partie des administrateurs par les mouvements, c'est-à-dire par l'appareil associatif, exclusion des adhérents directs au profit d'une médiation associative, dépendance financière), l'Etat s'est prémuni contre une dérive politique de la structure <sup>1212</sup>. C'est ainsi moins la direction des activités de l'UNAF qui intéresse l'Etat, que l'assurance qu'une structure existe pour de telles activités. L'inscription législative des éléments nécessaires du point de vue public à une telle existence témoigne de cet intérêt, en lui conférant une reconnaissance qui, sans être constitutionnelle de l'Etat, la met à l'abri des aléas d'une simple politique administrative des pouvoirs publics.

**403.** Aussi n'est-il pas possible de porter un jugement univoque ou partagé sur une structure comme celle du « corps familial ». Techniquement, elle ne peut être que privée. A cet égard, l'expression « personnes de droit public » employée par René Savatier pour qualifier les unions mérite les plus extrêmes réserves <sup>1213</sup>. Mais une telle structure ne répond ni à un compromis entre le public et le privé, ni à un usage exclusif de l'un ou de l'autre. On ne peut alors que s'essayer à décrypter la structure, et constater son fonctionnement et ses implications, qui sont à la fois pleinement publiques dans la logique de l'Etat, et totalement privées pour la réalisation de cette logique, c'est-à-dire pour la mission de service public confiée au « corps familial ».

---

<sup>1210</sup> On pourra rapprocher cette double exigence (cadre public, volontarisme privé) de ce qui se passe en matière sportive, et notamment de l'incompétence pour l'administration à créer directement une fédération sportive agréée : Cf. CE, 19/6/1991, Fédération française de boxe américaine et disciplines assimilées, *in* Documents et études n° 6.04, 1992, Jurisprudence du Conseil d'Etat 1991, p. 29.

<sup>1211</sup> De manière directe ou indirecte (Cf. les tactiques associatives étudiées section 2, *infra*).

<sup>1212</sup> Ces considérations excluent alors de fait le recours à une structure du type des chambres de la famille, sous forme d'établissement public inspiré des structures consulaires (Cf. chapitre précédent).

<sup>1213</sup> *Du droit civil au droit public*, LGDJ, 1945, p. 23.

## **§ 2 – Un « service public » original.**

**404.** Les unions d'associations familiales sont investies de missions de service public. D'abord, les autorités peuvent les charger de la gestion de services d'intérêts familiaux <sup>1214</sup>. Surtout, la représentation de la famille auprès des pouvoirs publics constitue une mission d'intérêt général (A) qui, s'exerçant sous la tutelle de l'Etat (B), entraîne des conséquences de droit public (C). Elle révèle ainsi la conjonction des trois critères du service public : fonctionnel (intérêt général), organique (soumission à une personne publique) et matériel (droit administratif).

### **A – Une mission d'intérêt général, la représentation familiale.**

**405.** La notion d'intérêt général présente en droit public le double caractère remarquable d'être d'un emploi multiple et souvent fondamental en ce que cet emploi conditionne directement ou indirectement la mise en mouvement de techniques juridiques (service public, travaux publics ou domaine public, notamment), et d'être un standard indéfinissable <sup>1215</sup>.

Il n'est alors possible d'apprécier la notion d'intérêt général que par rapport à une attitude volontariste, en tenant compte du pouvoir normateur des différentes instances en charge de rédiger ou d'interpréter des énoncés juridiques.

Dans la conception de l'Etat libéral et démocratique, est d'intérêt général une activité utile, voire indispensable, à la collectivité publique. Cependant, cette utilité n'entraîne pas par elle-même un régime public.

Nombre d'activités d'intérêt général sont prises en charge par le secteur privé. Même lorsqu'elle n'est pas exercée spontanément par ces acteurs privés, il est toujours loisible aux autorités publiques de décider que telle activité n'est pas utile à la collectivité, ou plus exactement que, bien qu'éventuellement utile, elle ne présente pas une priorité telle que les pouvoirs publics doivent intervenir pour permettre sa réalisation.

La notion d'intérêt général relève donc de deux analyses complémentaires. Dans un premier temps, elle permet de définir la perception que l'Etat a des nécessités qui s'imposent à lui

---

<sup>1214</sup> Art. 3-3° du C. fam. Pour une présentation de tels services, V. titre 2, *infra*.

<sup>1215</sup> Cf. la thèse classique de D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, 1977.

pour sa propre constitution comme institution prétendant à la souveraineté : à cet égard, les autorités publiques sont amenées à effectuer des choix politiques entre des activités et des revendications afin de sérier celles-ci pour déterminer celles qu'il convient de voir réaliser, et orienter la sphère publique. Dans un deuxième temps, elle conditionne l'admission ou la création de règles juridiques, voire d'ordres juridiques au sein du droit étatique, pour permettre la réalisation de ces choix politiques : selon que l'activité est, ou n'est pas, prise en charge par des acteurs privés, selon l'importance qu'elle revêt pour l'Etat, diverses possibilités, du « laisser faire » à la régie, en passant par l'incitation et le recours aux organismes les plus divers, sont envisageables, qui commandent pour un temps le régime juridique de l'activité considérée.

**406.** C'est au regard de cette fonctionnalité de l'intérêt général que doit être appréciée la représentation familiale. Pour un Etat démocratique, la connaissance des intérêts pluriels, et donc leur représentation dans des formes stables, fortes et pluralistes, peut apparaître comme utile. Toutefois, pour ne pas saper les bases de la représentation démocratique, cette représentation ne saurait être susceptible de prétendre concurrencer la représentation politique et constitutionnelle.

N'étant pas assurée spontanément dans ces conditions par les syndicats, les partis politiques ou les associations familiales de droit commun, la représentation familiale ne peut alors exister que parce que l'Etat considère que son utilité est telle qu'il convient d'intervenir pour sa réalisation <sup>1216</sup>.

La représentation familiale est ainsi bien appréhendée par l'Etat comme une activité d'intérêt général : la famille comme objet à représenter. Il juge indispensable de doter une structure d'un statut et de pouvoirs tels que l'activité puisse être assurée, puisqu'elle ne l'est pas spontanément. C'est pourquoi il investit la structure d'une mission de service public administratif, en lui donnant les moyens, pour partie exorbitants, qui sont nécessaires à sa réalisation ; mais il la place aussi par là même sous son contrôle.

## **B – Un rattachement public, la tutelle de l'Etat.**

**407.** Si le fonctionnement interne des unions d'associations familiales est, comme nous l'avons dit, très largement autonome, il n'en demeure pas moins que, voulues et financées par l'Etat, ces unions sont placées sous le contrôle des pouvoirs publics, et plus particulièrement du ministre en charge de la Famille. Ce contrôle révèle toutes les composantes d'une activité de tutelle. Il s'agit, d'une part, d'un contrôle sur les activités d'un organisme privé, qui est prévu et encadré par un texte (article 13 du Code de la famille) et qui porte sur des actes exorbitants du droit commun confiés au corps familial par la loi. Les pouvoirs dont est investie l'autorité de contrôle, d'autre part, sont des pouvoirs de suspension, voire d'annulation, des actes de cet

---

<sup>1216</sup> Cf. chapitre précédent.

organisme. Surtout, ces pouvoirs ont pour objectif de faire correctement fonctionner le « corps familial » dans l'esprit qui a guidé sa création législative et l'octroi de prérogatives exorbitantes du droit commun. On retrouve ainsi l'idée qui caractérise la notion de tutelle selon René Chapus : « un pouvoir de contrôle qui permet à [l'autorité de tutelle] de veiller au correct exercice de leurs compétences par [les autorités sous tutelle] » <sup>1217</sup>.

Il convient, au-delà de cette qualification, de constater un fonctionnement dualiste des activités de tutelle, qui sont caractéristiques d'un mouvement intégrateur de la structure associative à la sphère publique <sup>1218</sup>. Dans un premier temps, une tutelle directe s'exerce sur l'UNAF, qui est l'oeuvre de l'Etat. Dans une seconde étape, l'UNAF est chargée de la tutelle sur l'ensemble du « corps familial ».

**408.** Matériellement, la tutelle ministérielle est relativement limitée, ce qui est dans la logique de l'institutionnalisation envisagée.

Cette tutelle porte d'abord sur les statuts et le règlement intérieur de l'UNAF, qui sont soumis à l'agrément du ministre en charge de la Famille <sup>1219</sup>. Eu égard au caractère unique de l'Union nationale, un tel agrément n'aurait à présent à s'exercer qu'en ce qui concerne une modification, soumise à approbation préalable.

Elle porte ensuite, de manière préventive, sur la répartition financière du fonds spécial attribué au « corps familial » <sup>1220</sup>. Nous ne revenons pas ici sur cet aspect de la tutelle financière <sup>1221</sup>.

Elle porte enfin, de manière importante, sur la possibilité pour une association d'accéder à l'instance représentative officielle. L'adhésion à une union d'associations familiales ne peut en effet être refusée à une association ou un mouvement dès lors qu'il remplit les conditions légales tenant à son objet, à sa durée d'existence, et à son implantation (locale, départementale, nationale, qui conditionne à quelle union il sera admis à s'affilier) ; elle doit, en revanche, être rejetée si l'association ou le mouvement ne remplit pas ces conditions. Le ministre tient alors de la loi les pouvoirs pour faire respecter ces dispositions s'agissant du caractère familial de l'association ou du mouvement, et il peut, à cet effet, « à la demande de tout intéressé ou d'office, suspendre ou, après avis du comité consultatif de la famille <sup>1222</sup>, annuler toute adhésion ou refus d'adhésion

<sup>1217</sup> R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1992, t. 1, § 259-c.

<sup>1218</sup> Un tel schéma fonctionnel témoigne alors parfaitement de ce que J. Chevallier & D. Loschak observent de manière générale quant aux relations de tutelle : « Une intériorisation par le tuteur des valeurs du groupe placé sous son contrôle », et « Une interaction constante du segment administratif contrôleur et du segment social contrôlé » ; « La tutelle entraîne la prise en charge par l'administration des intérêts du groupe sous tutelle et la transposition des antagonismes sociaux au coeur des structures administratives » (*Science administrative*, LGDJ, 1978, t. 2 p. 215).

<sup>1219</sup> Art. 7 al. 3 du Code de la famille.

<sup>1220</sup> D. du 19/7/1951.

<sup>1221</sup> V. § précédent.

<sup>1222</sup> Créé par le D.71-768 du 17/9/1971, ce comité faisait suite pour partie à la division du Haut Comité consultatif à la population et à la famille.

qu'il estimerait contraire aux dispositions de [la loi...] » <sup>1223</sup>. Cette disposition issue de la réforme de 1975 permet de contrôler, et éventuellement de diriger, la conception « familiale » de groupements divers <sup>1224</sup>.

Mais il est remarquable qu'à ces trois situations près, la loi dispose que « les contestations nées de la création ou du fonctionnement des unions départementales ou locales sont tranchées en dernier ressort par l'UNAF » <sup>1225</sup>.

A cet égard, des difficultés juridiques peuvent apparaître dans la mesure où l'activité de tutelle, activité publique s'il en est, s'exprime alors selon des modalités propres à la structure associative et qui pourraient se confondre avec les règles de fonctionnement d'un organisme privé. Ainsi faut-il déterminer si un tel fonctionnement traduit l'usage de prérogatives de puissance publique, et dans quelle mesure les juges administratifs auraient à en connaître.

## C – Une soumission partielle au droit administratif.

**409.** En s'interrogeant sur la nature du droit applicable à l'UNAF et aux UDAF, le juriste aborde pour partie une *terra incognita*, dont la lecture ne lui est pas donnée *a priori*. En effet, et il faut sans doute y voir un gage de bon fonctionnement du système tel qu'il est conçu, aucune décision de justice n'est susceptible d'éclairer l'interprétation <sup>1226</sup>. Dès lors, toute considération de dogmatique juridique en la matière ne peut être que prospective, et sans doute largement approximative. L'exercice n'est pourtant pas vain puisqu'il révèle un certain nombre de difficultés pour une analyse juridique <sup>1227</sup>.

**410.** En premier lieu, une ambiguïté doit être levée s'agissant des voies de recours contre les décisions de l'UNAF. Si, comme l'indique le Code de la famille, l'UNAF tranche en dernier ressort les contestations nées de la création ou du fonctionnement des UDAF ou des ULAF (Unions

---

<sup>1223</sup> Art. 13 al. 2 du C. fam.

<sup>1224</sup> Un problème se pose par exemple s'agissant des puissantes (et très politisées) fédérations de parents d'élèves, dont l'UNAF, se référant à leur activité très précise, n'admet pas le caractère familial.

<sup>1225</sup> Art. 13 al. 1 du C. fam.

<sup>1226</sup> Nous n'avons repéré aucun contentieux dans le champ qui nous occupe, et qui opposerait soit une association familiale à une union, soit une UDAF à l'UNAF, ou qui mettrait en cause l'exercice des missions générales des unions. Nous ne pouvons, bien sûr prétendre, que, localement, un tel contentieux n'a pu exister. Mais ni les rôles des juridictions suprêmes et des tribunaux parisiens, ni les ouvrages juridiques sur l'UNAF, ni en dernière instance l'UNAF elle-même, n'ont permis de le mettre en évidence. Il ne faut pourtant pas en déduire que tout fonctionne sans contestation. Cependant, l'institution a, semble-t-il, acquis, à l'inverse de l'UFAC (V. chapitre précédent), suffisamment de réalité pour pouvoir régler selon ses propres normes les éventuels différends.

<sup>1227</sup> On trouvera de stimulantes pistes dans une étude qu'Yves Gaudemet avait consacrée à une institution dont le rôle n'est pas, comme nous l'avons dit, très éloigné de celui du « corps familial », le syndicat : *Remarques sur le pouvoir normatif des syndicats (le droit public et le contentieux de la désignation des délégués syndicaux)*, in *Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline*, LGDJ, 1974, T. 2, p. 450 et s.

locales des associations familiales : formule démembrée des UDAF, très peu utilisée en pratique), nous nous trouvons en présence de trois catégories de décisions émanant des unions.

Les premières ont trait aux matières pour lesquelles le ministre est investi d'un pouvoir de tutelle. Il l'exerce par un acte administratif à caractère individuel, contestable par la voie du recours pour excès de pouvoir devant le Tribunal administratif de Paris. *Mutatis mutandis*, on peut considérer que les décisions que prendrait l'UNAF ou une UDAF en ces matières auraient la même nature puisque les unions agiraient alors par délégation – législative, certes – et sous l'autorité du ministre. En conséquence, il s'agirait d'actes administratifs, contestables devant le tribunal administratif territorialement compétent, sauf à estimer qu'en l'absence d'un recours administratif préalable, devant l'UNAF puis devant le ministre, la demande serait irrecevable : si une telle exigence procédurale ne ressort pas clairement des dispositions du Code de la famille <sup>1228</sup>, elle pourrait cependant être déduite de la structure même de la pyramide qui forme le « corps familial », et révèle un ordre juridique intégré.

Les secondes décisions ont trait au fonctionnement de l'UNAF. Ces décisions n'étant pas expressément visées par les dispositions légales, on doit supposer qu'elles sont soumises au droit ordinaire des associations, et contestables devant le juge approprié, selon que ces décisions présentent ou non, dans les conditions classiques sur lesquelles nous allons revenir, le caractère d'un acte administratif.

Les troisièmes décisions, enfin, sont celles ayant trait à la création ou au fonctionnement des UDAF, qui relèvent *en dernier ressort* du pouvoir de l'UNAF <sup>1229</sup>. A cet égard deux questions se posent. Premièrement, de telles dispositions législatives empêchent-elles que des contestations de cet ordre soient soumises à un tribunal avant que l'UNAF se soit prononcée ? Concrètement, il s'agirait de savoir si une personne ou une association ayant des griefs à l'encontre d'une décision ayant trait à la création ou au fonctionnement d'une union locale ou départementale peut saisir directement le juge territorialement compétent sans que l'UNAF ait préalablement tranché la contestation. Même si chaque union constitue une association autonome, une réponse négative semble devoir s'imposer dans la logique de l'institution hiérarchisée. Seule la décision de l'UNAF semble pouvoir alors constituer une véritable décision faisant grief. Mais, et c'est la deuxième question, cette décision est-elle elle-même contestable ? Il ressort clairement du texte législatif que le ministre ne saurait être compétent. Refuser par ailleurs qu'un juge puisse apprécier la légalité de cette décision mettrait l'UNAF dans une position exceptionnellement exorbitante, que le Conseil d'Etat est réticent à accorder à l'administration elle-même <sup>1230</sup>, et que

<sup>1228</sup> Le Code ne prévoit d'ailleurs pas expressément l'intervention de l'UNAF, qui résulte implicitement des statuts approuvés par le ministre, et surtout de la pratique du contrôle au sein de l'institution.

<sup>1229</sup> Les statuts de l'UNAF et son règlement intérieur prévoient à cet effet la constitution d'une commission spéciale dite d'agrément et d'arbitrage, comprenant 6 administrateurs désignés par le CA de l'UNAF, 3 présidents d'UDAF désignés par l'AG de l'UNAF, et 9 représentants des mouvements. Cette commission donne des avis au CA de l'UNAF qui décide.

<sup>1230</sup> Cf. Ass. CE, 17/2/1950, Dame Lamotte, GAJA n° 76 (avec bibliographie) : le recours pour excès de pouvoir « est ouvert même sans texte contre tout acte administratif ».

le juge du contrat associatif ne saurait tolérer. En ce sens, il convient de noter qu'à l'occasion de la réforme de 1975, des parlementaires qui s'opposaient au pouvoir de tutelle du ministre avaient souhaité que toutes les décisions des unions puissent continuer à bénéficier du même contrôle, celui du juge. Nous estimons en conséquence que l'ensemble des décisions des unions est susceptible de recours <sup>1231</sup>.

**411.** En second lieu, il faut déterminer le juge compétent, c'est-à-dire, pour l'essentiel, le droit applicable. Si les décisions prises comme autorité de tutelle relèvent incontestablement du juge administratif, si le régime associatif entraîne le plus souvent la compétence judiciaire, il reste que, s'agissant d'une activité de service public administratif, les actes unilatéraux pris dans le cadre de cette activité avec mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique seront des actes administratifs. Il convient alors d'apprécier les actes qui pourraient avoir cette nature.

**412.** Une première catégorie d'actes semble devoir inévitablement ressortir de la compétence administrative. Il s'agit des actes par lesquels le « corps familial » permet ou refuse l'accès à l'institution représentative. Nous avons vu que, pour une partie d'entre eux, ils relevaient des pouvoirs de tutelle publique. Mais plus généralement, il s'agit d'actes qui réalisent la mission elle-même en permettant ou refusant l'accès d'un groupe, et notamment des unions départementales ou locales, au « corps familial » : adhésion, exclusion d'une union ou d'une association, agrément des statuts et des règlements intérieurs (agrément qui, accordé par l'UNAF, conditionne l'octroi des privilèges aux unions : reconnaissance d'utilité publique, monopole départemental ou local, financement par le fonds spécial, etc.) <sup>1232</sup>. Un premier rapprochement doit alors être envisagé avec le régime des agréments associatifs, soumis au contrôle du juge administratif (environnement ou consommation principalement)

Surtout, une comparaison est à effectuer avec le régime des ordres professionnels <sup>1233</sup>. Si les missions semblent de prime abord différentes, nous sommes dans les deux cas en présence de structures qui ne sont pas publiques <sup>1234</sup> et qui, dans le cadre d'une mission de service public originale, assurent la police de leur domaine, et sont habilitées à agir sur le statut public de personnes privées : accès à une profession réglementée pour l'une, habilitation à rejoindre la structure dotée d'un monopole de représentation pour l'autre. La compétence administrative qui

---

<sup>1231</sup> Une hypothèse d'école doit être signalée, mais écartée : celle qui, se fondant sur les termes « dernier ressort », ferait de l'UNAF une juridiction. Ni le fonctionnement de l'institution, ni les conséquences d'une telle qualification n'incite à la retenir, alors même qu'elle pourrait être techniquement envisageable, par rapprochement avec les juridictions ordinales notamment.

<sup>1232</sup> Cf. pour une appréciation comparable J. P. Négrin & A. Laporte, *V° action sociale privée*, J.-Cl. Administratif, fasc. 228, n° 387.

<sup>1233</sup> Cf. M. Lascombe, *Les ordres professionnels*, thèse Strasbourg III, 1987 ; J. Puisoye, *Le contrôle juridictionnel de l'activité administrative des ordres professionnels*, AJDA 1963 p. 201 et s. ; J. Waline, *Les ordres professionnels en France*, Ann. Fac. Strasbourg, 1980, p. 53 et s.

<sup>1234</sup> Même si un débat perdure, la majorité de la doctrine s'est ralliée à la nature privée des ordres.

est alors retenue pour les ordres professionnels lorsque ceux-ci, inscrivant un individu au tableau, ou agissant en matière disciplinaire, modifient la situation juridique de cet individu, doit, à notre sens, être étendue aux actes par lesquels les unions d'associations familiales modifient le statut juridique de leurs adhérents ou de groupements souhaitant adhérer.

**413.** Une deuxième catégorie d'actes pose davantage de problèmes. Il s'agit de ceux qui ne sont pas tournés vers l'extérieur mais vers l'intérieur en ce qu'ils ont trait au fonctionnement associatif : élection ou composition des instances par exemple. Un rapprochement avec les ordres professionnels conduirait à estimer qu'il s'agit là aussi d'actes administratifs <sup>1235</sup>. Le fait que les dispositions régissant ces actes soient largement issues de la loi pourrait conforter une telle appréciation. Mais la compétence judiciaire ne nous semble pas devoir être écartée pour autant. La réalité institutionnelle du « corps familial », pour être complexe, ne fait toutefois pas obstacle à son fonctionnement dans une logique véritablement associative, fonctionnement ainsi recherché par l'Etat. Ce fonctionnement interne de l'institution représentative ne participe pas alors de la même logique que son ouverture externe. Si, dans ce dernier cas, le caractère d'unilatéralité de l'acte est patent, d'autant que cet acte transforme en tiers l'adhérent, ou en adhérent le tiers, le faisant changer de statut, il en va différemment s'agissant du fonctionnement. Alors est simplement mis en mouvement un corps de règles qui, pour ne pas être toujours statutaires et être fréquemment d'origine légale, n'en sont pas moins internes à l'institution. A la différence du cas des ordres professionnels, les groupements, qui ne sont pas tenus d'adhérer au « corps familial », ont nécessairement accepté ces règles et leur application en le rejoignant <sup>1236</sup>.

En l'absence de prérogatives de puissance publique, le contrôle de ces actes, notamment par rapport aux règles légales et statutaires qui sont la garantie des droits des adhérents, et donc de la réalisation du projet représentatif de l'Etat, ne saurait ainsi échapper au juge ordinaire des associations. Ce régime essentiellement privé, avec cependant quelques interventions du droit administratif, est dans la logique de la construction publique du « corps familial », et permet l'exercice des pouvoirs représentatifs dans le sens voulu par l'Etat.

---

<sup>1235</sup> Cf. s'agissant des élections au sein des ordres professionnels : CE, 19/1/1949, Deroide, rec. p. 22.

<sup>1236</sup> Le Conseil d'Etat a appliqué cette solution s'agissant de l'UFAC : Sect., 8/12/1950, Sieur Arnould (annexe).



## SECTION 2 : DES POUVOIRS REPRESENTATIFS COMPLETS.

**414.** L'institutionnalisation d'une représentation familiale auprès des pouvoirs publics comprend l'attribution aux organes appropriés de pouvoirs spéciaux lui permettant d'exprimer cette représentation. Si la polysynodie semble une des caractéristiques de l'Etat moderne, il faut admettre que la situation des unions d'associations familiales est ici particulière <sup>1237</sup>.

En tant qu'organes représentatifs, les unions sont appelées à intégrer un certain nombre de conseils ou comités pour y faire entendre la voix de l'ensemble des familles. Elles le font en fonction d'un statut qui les privilégie comme leurs représentants uniques et officiels.

Mais surtout, en tant qu'institution monopolistique et unitaire, le « corps familial » apparaît lui-même, et directement, comme un conseil particulier, à qui sont alors confiés des pouvoirs représentatifs propres.

C'est ainsi que les unions d'associations familiales se voient dotées par le Code de la famille d'un triple pouvoir représentatif qui les habilite, avec une réalité variable, au conseil (§ 1) ou à la participation (§ 2), et qui leur permet d'entreprendre des actions judiciaires (§ 3) .

---

<sup>1237</sup> La participation des personnes privées au processus administratif par le biais de la consultation a fait l'objet d'études nombreuses et fondamentales. On se reportera par exemple (en étant conscient que l'évolution des structures est trop rapide pour que les parties descriptives ne soient pas partiellement datées) à : J. Chevallier (Dir.), *La participation dans l'administration française*, PUF, 1975 ; J. Chevallier, *L'association entre public et privé*, op. cit. (n. 1138) & *La participation dans l'administration française, discours et pratique*, op. cit. (n. 1138) ; J. Chevallier & D. Loschak, *Science administrative*, op. cit. (n. 1138) ; B. Gény, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Sirey, 1930 ; C. Heller, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse Strasbourg, 1961 ; G. Langrod (Dir.), *La consultation dans l'administration contemporaine*, Cujas, 1972 ; Y. Weber, *L'administration consultative*, LGDJ, 1968. Par ailleurs, les ouvrages de droit administratif, de science administrative, et les ouvrages portant sur la procédure administrative non contentieuse (notamment R. Hostiou, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, LGDJ, 1975, & G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, 1968), comportent des développements souvent importants sur la matière.

## **§ 1 – La représentation consultative, une attribution théorique.**

**415.** Le « corps familial » constitue immédiatement un conseil des pouvoirs publics. Il se suffit à lui-même comme conseil, sans avoir à intégrer une structure spécifique. Son existence permanente et garantie, ainsi que la mission qui lui est officiellement dévolue par le Code de la famille, lui permettent de se faire entendre sans devoir passer par la médiation d'une structure étrangère. L'affirmation formelle est séduisante. Elle traduirait incontestablement une grande originalité du corps familial, si elle était vérifiée dans la pratique, au-delà de l'énoncé juridique. Tel n'est pas le cas. Aussi faut-il nuancer cet énoncé qui habilite les unions d'associations familiales à donner des avis (A) et à faire officiellement des propositions (B), pour saisir le fonctionnement réel des pouvoirs publics.

### **A – Une consultation à l'appréciation des pouvoirs publics.**

**416.** La loi dispose que les unions d'associations familiales sont habilitées à « donner leur avis aux pouvoirs publics sur les questions d'ordre familial [...] »<sup>1238</sup>. Une telle affirmation appelle des précisions relativement aux autorités concernées, au domaine visé, à la procédure consultative et à la portée de l'avis.

**417.** « Couramment employée, l'expression *pouvoirs publics* n'a pourtant pas un sens fixé »<sup>1239</sup>. Dans une acception restreinte, elle désigne les organes constitutionnels supérieurs : Président de la République, Gouvernement, Assemblées parlementaires. Mais retenir ici une telle conception n'aurait aucun sens, dans la mesure où l'on ne voit pas alors à qui les UDAF pourraient donner un avis. Elles ne connaissent, en effet, pour leur circonscription, aucune autorité équivalente, sauf à estimer, dans une analyse centralisatrice, que leur rôle se borne à participer à l'élaboration des avis de l'UNAF, ou que la centaine d'UDAF sont habilitées, chacune pour ce qui la concerne, à prétendre être un conseil des pouvoirs centraux. Dans un sens plus large, l'expression englobe une

---

<sup>1238</sup> Art. 3-1° C. fam.

<sup>1239</sup> O. Duhamel & Y. Mény (Dir.), *V° Pouvoirs publics*, Dictionnaire constitutionnel, PUF, 1992.

multitude d'institutions et recouvre l'ensemble des autorités, politiques et administratives, centrales, déconcentrées et décentralisées. C'est un tel sens que les unions et leurs interlocuteurs ont ici retenu. En conséquence, aucune autorité publique, quelle qu'elle soit, ne saurait être exclue des autorités habilitées à solliciter l'avis des unions <sup>1240</sup>. Cependant, cette constatation ne doit pas faire illusion. Rien n'interdit à ces mêmes autorités de consulter telle ou telle personne dont elles estimeraient utile de recueillir l'avis, dès lors que ces autorités ne s'estiment pas contraintes de recueillir cet avis, ni liées par son contenu. S'il y a pour le « corps familial » une spécificité tenant à l'affirmation législative, c'est ailleurs qu'elle doit être recherchée.

**418.** Les avis sollicités concernent les questions d'ordre familial. De ce point de vue également, l'affirmation législative se prête à plusieurs interprétations, qui dépendent moins de la conception que l'on veut avoir de la famille que de l'autorité que l'on confère aux unions. Quelle que soit en effet la conception retenue, restreinte à la famille légitime ou étendue aux situations familiales les plus diverses, l'énoncé peut légitimer toute demande d'avis puisque aussi bien il n'est guère de questions qui, directement ou indirectement, n'auraient ou ne seraient susceptibles d'avoir des conséquences sur les familles. Selon alors que les pouvoirs publics considéreront la représentation familiale comme une expertise, une autorité morale ou une représentation d'intérêts réels (économiques, sociaux ou autres), ceux-là solliciteront ou non celle-ci. Seules des conditions procédurales sauraient ainsi avoir des implications normatives amenant à une délimitation du domaine des questions familiales.

**419.** C'est donc finalement la question de l'obligatorité de l'avis qui seule peut éclairer l'énoncé législatif. Si, en effet, la consultation du « corps familial » est obligatoire pour toute question d'ordre familial, cette consultation est exceptionnelle et remarquable dans le processus politique et administratif ; elle exige alors une définition de ces questions d'ordre familial. Si, en revanche, la consultation n'est que facultative, l'originalité qui résulte de ce statut législatif est en pratique moins marquée qu'il n'y paraît. Il faut ainsi déterminer si l'énoncé discursif que constitue l'article 3-1° du Code de la famille – « les Unions [...] sont habilitées [...] à donner leur avis aux pouvoirs publics sur les question d'ordre familial [...] » – implique un impératif dans la procédure législative et administrative.

Il est délicat de s'en tenir à une simple analyse grammaticale pour prétendre dégager, d'un point de vue dogmatico-normatif, le sens de cette phrase <sup>1241</sup>, d'autant que l'emploi de l'indicatif se greffe sur un verbe (habiliter) qui, à la voix passive, se prête à toutes les lectures. En

---

<sup>1240</sup> Rien n'empêche d'ailleurs que des autorités privées sollicitent aussi, si elles le souhaitent, un tel avis. On pense ici aux organisations politiques ou syndicales, aux autorités religieuses, etc. Mais il s'agit alors d'une logique consultative entre personnes privées, qui ne peut avoir ni les mêmes conditions, ni les mêmes conséquences.

<sup>1241</sup> Cf. les problèmes épistémologiques semblables qui se posent à la doctrine pour l'interprétation de l'art. 13 de la Const. du 4/10/1958, rappelés par M. A. Cohendet, *L'épreuve de la cohabitation (mars 1986- mai 1988)*, Thèse droit, Lyon III, 1991.

revanche, et le point semble suffisant à emporter la conviction, force est d'abord de constater qu'il n'est pas fait référence à une procédure d' « avis conforme », qui rendrait, elle, la consultation certainement obligatoire.

On pourrait ensuite se demander si les unions doivent obligatoirement être consultées, sans toutefois que cet avis ne lie l'autorité publique. De telles consultations, si on les retenait comme obligatoires, se situeraient dans tous types de procédure, de la discussion des lois de finance ou de lois portant sur la famille, à l'octroi d'une réduction familiale sur les transports communaux, en passant par les sujets les plus divers. Cela n'est pas toujours juridiquement envisageable. En effet, s'il est vrai que les commissions parlementaires compétentes auditionnent fréquemment l'UNAF s'agissant de textes concernant la famille, on ne peut considérer qu'une simple loi – le Code de la famille – ait pu ainsi encadrer la procédure législative. Cette audition ne procède que d'une volonté politique du Parlement, non d'une obligation juridique.

Cependant, l'originalité de l'existence du « corps familial » et de son statut pourrait, malgré tout, nous faire incliner vers une interprétation impérative s'agissant de la seule procédure administrative. Si, en effet, la consultation facultative n'a pas besoin d'être prévue, l'institution par la loi d'une « représentation officielle de l'ensemble des familles auprès des pouvoirs publics »<sup>1242</sup> installe ces organismes dans une situation différente de celle des associations familiales, que les pouvoirs publics peuvent consulter par ailleurs. S'exerçant *notamment* par la désignation de représentants, elle doit donc s'exercer *également* par d'autres voies ; il pourrait de ce fait être tentant de considérer le « corps familial » comme un conseil permanent de l'administration.

Néanmoins, il faut admettre qu'une telle interprétation ne saurait pleinement nous convaincre. D'une part, il faut constater que le législateur, lorsqu'il prévoit une consultation impérative, utilise fréquemment le terme « obligatoirement », ce qui n'est pas ici le cas. Un tel usage n'est pas dépourvu d'importance pour l'interprétation normative : il semble que le Conseil d'Etat exige une précision de cet ordre pour estimer que la consultation est impérative, et qu'il estime déraisonnable d'imposer à l'administration des consultations qui ne résultent pas clairement d'un texte<sup>1243</sup>. D'autre part, il convient d'être conscient des conséquences d'une telle obligation pour en apprécier l'éventualité. Même en retenant une interprétation restrictive, tant des « pouvoirs publics » que des « questions d'ordre familial », les situations où les unions d'associations familiales seraient conduites à donner obligatoirement leur avis sont innombrables. Une consultation obligatoire alourdirait alors considérablement la tâche des pouvoirs publics,

---

<sup>1242</sup> Art. 3-2° C. fam.

<sup>1243</sup> Rappr. deux affaires portant sur les pouvoirs consultatifs du Conseil supérieur de l'Education nationale. B. Tricot, dans ses conclusions sur l'arrêt d'Ass. du 29/1/1954, Institution Notre-Dame du Kreisker (Revue pratique de droit administratif 1954.50), et la décision du 11/1/1963, Syndicat national des administrateurs de la France d'Outre-mer (rec. p. 16), s'en tiennent à une interprétation très restrictive, y compris lorsque la loi utilise les termes « donne obligatoirement son avis », en limitant alors par l'intervention d'autres critères (importance du texte, domaine d'application, etc.) les cas de consultation obligatoire.

rendant la consultation en réalité impraticable, alors même que, par la représentation consultative, les unions sont présentes dans une multitude d'autres conseils du parlement ou de l'administration, où elles peuvent s'exprimer <sup>1244</sup>. Et surtout, on peut estimer que si le législateur, conscient des difficultés que pourraient entraîner la formulation actuelle, avait véritablement entendu rendre de telles consultations obligatoires, il aurait préféré, notamment à l'occasion de la réforme de 1975, une formulation plus claire : par exemple, « les unions sont consultées sur toute question d'ordre familial ». On doit dès lors considérer que les unions ne bénéficient pas ici du droit d'être consultées sur toutes les questions qui toucheraient à la famille.

**420.** C'est ainsi que les pouvoirs publics et les unions ont compris le texte, qui ne souhaitent pas se référer à un modèle impératif. En dépit d'une affirmation législative, la consultation officielle des unions ne diffère donc pas dans ses effets de celle d'autres groupes de pression, même non intégrés à la sphère publique, et ne trouve à s'exercer qu'autant que les pouvoirs publics le souhaitent. Il faut alors se demander si la particularité du « corps familial » pourrait résulter de la reconnaissance d'un pouvoir de proposition.

## **B – Un pouvoir de proposition formel.**

**421.** Le Code de la famille habilite les unions, aux termes du même article 3, à « proposer [aux pouvoirs publics] les mesures qui paraissent conformes aux intérêts matériels et moraux des familles ». Jean Rivero estime que ce pouvoir « de prendre l'initiative de la proposition va beaucoup plus loin que le simple avis » <sup>1245</sup>. Cependant, cette proposition ne peut en aucune manière lier les pouvoirs publics, et on voit mal comment les unions, si elles le souhaitent, pourraient les obliger à tenir compte de ces propositions. La loi ne fait alors que mentionner le droit reconnu à chacun, citoyen ou groupement <sup>1246</sup>, de proposer des mesures de la manière qu'il estime opportune <sup>1247</sup>. Ne bénéficiant ni d'un caractère impératif, ni même d'une diffusion officielle comme c'est le cas, par exemple, de rapports remis aux pouvoirs publics par les personnes chargées explicitement d'une mission officielle, la proposition n'exprime qu'un pouvoir formel.

---

<sup>1244</sup> Cf. § suivant.

<sup>1245</sup> *Exposé introductif pour l'AG de l'UNAF du 6/11/1982*, Lettre Générale de l'UNAF 1701, ann. 1.

<sup>1246</sup> Droit de pétition (par exemple art. 147 et s. du règlement de l'Assemblée nationale) ; droit de manifestation ; liberté d'expression ; liberté d'envoyer des courriers ; etc.

<sup>1247</sup> Dans le champ familial, on se reportera, pour un exemple de cette activité fréquente, aux publications de l'Alliance nationale (*Pour un nouveau Code de la famille*, Population et avenir, n° 611, janv.-févr. 1993), qui présente spontanément aux pouvoirs publics des réformes en forme législative.

**422.** Au-delà de leur utilité évidente qui permet à l'Etat d'être régulièrement et complètement informé des revendications familiales – mais l'est-il moins dans les domaines où une telle structure n'existe pas ? –, et de la valeur intrinsèque des avis et propositions ainsi recueillis, qui finalement peut, seule, façonner leur autorité, il faut s'interroger sur les motifs de tels énoncés législatifs, et constater, par une lecture globale des dispositions législatives, leur fonction idéologique.

Ces énoncés contribuent en effet à la construction de la représentation des familles en confirmant son caractère officiel et spécifique ; l'Etat dispose ainsi « à volonté » d'avis et propositions auxquels il lui appartient de se référer comme il l'entend, en arguant alors de leur nature « familiale », et en les distinguant des revendications de groupes de pression (comme les associations familiales), partielles et partiales. Ces pouvoirs participent alors à la politique publique de la représentation. Ils installent un filtre qui, s'il ne dégage pas des affirmations nécessairement unanimes, fait cependant apparaître une opinion majoritaire, et les réserves qu'elle suscite. Dans le même temps, ils légitiment la participation du « corps familial » dans les instances consultatives, où celui-ci pourra exercer en pratique son habilitation à donner des avis et à émettre des propositions au nom des familles. C'est bien parce que les unions disposent de cette habilitation consultative, qu'elles désignent leurs représentants dans les instances officielles. Mais cette habilitation ne leur confère aucune autre prérogative juridique spécifique.

## **§ 2 – La représentation participative, un privilège essentiel.**

**423.** Par la fonction participative, l'administration permet à certains de ses interlocuteurs, non de définir directement l'intérêt général, ce qui reste la tâche exclusive des pouvoirs publics, mais « d'assurer la défense de l'intérêt collectif au sein même des circuits de décision publics et de se faire entendre aux différents stades de l'action administrative » <sup>1248</sup>. Parce que la nature représentative des unions d'associations familiales est officiellement reconnue, leurs actions participatives sont nombreuses, diverses et souvent importantes <sup>1249</sup>. Leur mécanisme traduit l'intégration de la structure associative à la sphère publique (A) et leurs modalités révèlent l'intérêt public porté à cette intégration (B).

### **A – Le mécanisme de la participation.**

**424.** Le Code de la famille habilite le « corps familial » à « désigner ou proposer les délégués des familles aux divers conseils, assemblées ou autres organismes institués par l'Etat, le département la commune » <sup>1250</sup>. Cette faculté est présentée par le Code de la famille comme une des modalités de la représentation officielle de l'ensemble des familles. Tout comme en matière de consultation directe, la formulation est très générale et appelle un certain nombre de précisions.

**425.** Même si aucune indication n'apparaît pour qualifier les instances dans lesquelles les représentants familiaux ont vocation à siéger, on doit convenir qu'il en va pour la participation comme pour la consultation, et que les unions d'associations familiales ne peuvent prétendre siéger dans toutes les instances que les pouvoirs publics mettent en place <sup>1251</sup>. Le privilège qui

---

<sup>1248</sup> J. Chevallier, *L'association entre public et privé*, op. cit. (n. 1138) p. 904.

<sup>1249</sup> A bien des égards, chacune des représentations assurées par les unions connaît un régime spécifique dont il n'est pas ici envisageable de rendre compte. En annexe est rappelé l'ensemble des représentations de l'UNAF avec leurs textes institutifs, et proposée une sélection des représentations ordinairement assurées par les UDAF.

<sup>1250</sup> Art. 3-2°.

<sup>1251</sup> A cet égard, il faut remarquer l'exclusion du niveau régional dans la définition des niveaux de participation. Cette exclusion avait été voulue en 1975, et n'a pas été remise en cause par la décentralisation. S'il existe bien des URAF regroupant au niveau régional les UDAF, cette structure n'a aucune existence légale en tant qu'échelon du « corps familial ». Il s'agit d'une association ordinaire. Cela n'a pas été sans soulever des difficultés lorsque le besoin s'est fait sentir de procéder à la désignation des représentants aux Comités économiques et sociaux régionaux. Cf. CE, 15 janvier 1986, URAF Rhône-Alpes (annexe).

leur est reconnu est lié à la nature familiale de leur représentation : les unions ont ainsi vocation à intégrer les seules instances où les intérêts matériels et moraux des familles doivent être défendus. C'est l'autorité, législative ou réglementaire, instituant l'organe et prévoyant la participation, qui est chargée d'apprécier l'opportunité d'y associer les représentants familiaux.

Toutefois, à l'inverse de la simple consultation, il ne semble pas que les pouvoirs publics aient une marge de manoeuvre sans limites. D'une part, la composition de l'instance consultative n'est libre qu'autant que l'autorité ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation : la juridiction compétente, administrative voire constitutionnelle <sup>1252</sup>, pourrait éventuellement s'opposer à la mise en place d'une institution qui, intervenant sur des questions d'ordre familial, ne prévoirait pas une représentation des intérêts familiaux. A vrai dire, la question ne se poserait que si, pour une question plus ou moins directement familiale, une participation était prévue qui ne laisserait pas de place à la représentation des familles. En effet, il est peu vraisemblable que le « corps familial » puisse avec succès forcer la mise en place d'une participation lorsque son principe n'est pas prévu. D'autre part, dès lors qu'une participation familiale est prévue, elle doit revenir, sauf raison particulière restrictivement appréciée si elle est d'origine réglementaire, à l'union d'associations familiales compétente. Le fait a été rappelé implicitement par le Conseil d'Etat à propos des représentants familiaux aux comités économiques et sociaux régionaux <sup>1253</sup>. Une affirmation plus explicite avait été proposée à propos du monopole comparable dont disposait l'UFAC : « Le législateur a entendu conférer à l'UFAC le monopole de la représentation auprès des pouvoirs publics [...] ; ceci exclut la faculté d'accorder dans les organismes institués en vue d'assurer la protection ou la défense des droits et intérêts [représentés par l'UFAC] une représentation directe à des groupements autres que l'UFAC » <sup>1254</sup>. La loi pourrait, en revanche, écarter cette obligation, qui résulte d'une seule disposition législative.

**426.** Une fois la représentation prévue, celle-ci doit être pourvue <sup>1255</sup>. Le Code de la famille prévoit deux grandes modalités à cet égard.

Le plus souvent, les unions d'associations familiales détiennent un pouvoir de proposition : les postes qui leur sont réservés sont attribués par l'autorité administrative en fonction des propositions qui lui sont faites par les unions <sup>1256</sup>. Ces nominations ne présentent pas de particularité par rapport au droit commun de la nomination et de la proposition. Notamment,

<sup>1252</sup> Mais il faudrait alors que le Conseil estime que la participation est liée à un objectif constitutionnel (al. 10 du Préambule de la Const. de 1946 par exemple), ce qui n'est pas acquis : Cf. 1<sup>ère</sup> partie, *supra*.

<sup>1253</sup> Cf. n. 1251.

<sup>1254</sup> Ass. CE, 28 juillet 1951, UFAC (annexe).

<sup>1255</sup> Afin de faciliter la disponibilité des salariés, un congé de représentation dans la limite de 40 heures est prévu, avec remboursement des salaires à l'employeur. Celui-ci ne peut y faire obstacle que pour des motifs limités et contrôlés (L. 86-76 du 17/1/1986 ; 3 arrêtés ont fixé la liste des représentations concernées). *Adde* pour une appréciation critique les observations note 1201.

<sup>1256</sup> Selon les cas, la qualité de membre d'une association pourra ou non être exigée. Des conditions d'âge, de domicile, de situation familiale, d'activité, etc., peuvent de plus être imposées pour « cibler » la représentation.



l'autorité administrative doit provoquer la proposition et ne peut nommer valablement une personne qui n'aurait pas été proposée <sup>1257</sup>. Les nominations ont lieu pour une durée généralement déterminée, et le bénéficiaire <sup>1258</sup> est alors assuré de ne pas voir ses pouvoirs remis en cause pendant cette durée <sup>1259</sup>. Néanmoins, le pouvoir de nomination de l'autorité administrative peut être uniquement formel, particulièrement si les unions ne sont pas tenues de proposer plusieurs candidats par poste à pourvoir de manière impérative <sup>1260</sup>. On tend alors vers la deuxième modalité prévue, celle de la désignation directe par les unions.

Il s'agit là d'une disposition originale au profit d'un organisme privé <sup>1261</sup>, qui réserve un ou plusieurs sièges de droit à des représentants que les unions désignent librement <sup>1262</sup>. Parfois l'union n'a pas le choix de la personne, notamment lorsque le siège est réservé à un de ses administrateurs *ès qualités*, le président par exemple. Mais le plus souvent, l'union désigne un de ses représentants sans condition de durée, et donc en ayant la possibilité de changer la personne qui la représente comme elle l'entend <sup>1263</sup>. Si une telle disposition peut être préjudiciable, dans la mesure où elle instaurerait une rotation trop fréquente des représentants, elle permet indéniablement un certain contrôle de l'union sur la représentation, qui est nécessaire à la réalisation des objectifs législatifs. Tout le système participatif est, en effet, construit ici à partir du lien entre le privilège de participation et la fonction de représentation officielle. Les sièges ne sont pas attribués à une personne ou à l'association à laquelle elle adhère, mais bien au « corps

<sup>1257</sup> TA Besançon, 19 octobre 1989, UDAF du Jura, req. n° 16333, inédit (annexe).

<sup>1258</sup> Notion qui doit être strictement entendue : en cas d'empêchement de la personne désignée, et à moins que des règles spécifiques aient prévu un suppléant, la personne nommée ne peut se faire remplacer, sauf à démissionner ou à être considérée comme démissionnaire. Cf. CE, 28 juin 1978, Ministre de l'Intérieur c/ dame Lartigue (annexe).

<sup>1259</sup> De nombreux textes prévoient cependant que la perte de la qualité ayant motivé la nomination entraîne déchéance du mandat : ainsi le fait de ne plus participer au « corps familial » pourrait conduire l'autorité investie du pouvoir de nomination à prononcer une démission d'office.

<sup>1260</sup> Pour prendre deux exemples, qui sont révélateurs et ne sont pas isolés : les délégués familiaux au Conseil de famille des tutelles de l'Etat sont désignés sur proposition d'une liste comprenant deux fois plus de noms que de postes à pourvoir (art. 3 & 4 du D. 85-937 du 23/8/1985) alors que pour le délégué familial au Centre communal d'action sociale, dans le silence des textes (un décret d'application devrait intervenir pour régler la question), et en raison des difficultés pratiques tenant au grand nombre de postes à pourvoir, les unions en sont parfois réduites à ne présenter qu'un candidat. Cela pose des problèmes pratiques, juridiques et politiques (Cf. la thèse exhaustive d'A. Darles, *Le CCAS*, droit, Tours, 1991, spécialement p. 406 et s.). D'une part en effet, la composition du Conseil des CCAS exige la présence d'un délégué familial et le maire ne peut guère invoquer d'arguments pour écarter (généralement en fait pour des raisons politiques) la personne qui lui est proposée. D'autre part, les unions ne sont pas directement investies d'un pouvoir de désignation, ce qui devrait laisser au maire une possibilité de choix. Mais si ce choix est simplement celui de nommer ou de ne pas nommer (et encore ce refus serait-il attaquant), l'institution risque d'être bloquée dès lors que le maire n'accepte pas la proposition et que l'union tente de forcer la nomination en maintenant cette proposition (tel est souvent le cas des CCAS, et nombre d'entre eux ne sont même pas installés).

<sup>1261</sup> Même si des sièges importants sont pourvus sur proposition, alors que d'autres touchant de très près au « corps familial » procèdent souvent de la désignation directe, dans une logique intégratrice, il n'est pas possible de dégager ici une règle, ne serait-ce qu'approximative, qui guiderait le recours à telle ou telle modalité.

<sup>1262</sup> Les unions engageraient leur responsabilité en ne procédant pas à la désignation. L'appréciation de cette responsabilité relèverait certainement du juge judiciaire, sur demande de la personne qui serait lésée par ce retard, selon les critères actuels de la jurisprudence : rapp. TC, 2/3/1987, M. Cohen c/ CNAM, Les petites affiches, 5/10/1987, p. 13. Sauf pour l'administration à exercer son privilège du préalable.

<sup>1263</sup> En respectant les dispositions statutaires qui prévoient normalement l'intervention du Conseil d'administration ainsi que les conditions procédurales exigées par l'instance (notification, etc.).

familial ». Le représentant est le mandataire de ce corps, non pas en vertu d'un mandat politique, mais simplement en vertu d'une convention, tacite, entre l'organe délibérant du corps – à qui revient le privilège d'être représenté et qui nomme – et le représentant ; l'union est alors fondée à contrôler son représentant et à lui imposer un mandat impératif ou une réserve politique par exemple <sup>1264</sup>.

**427.** Théoriquement claire, cette conception est pratiquement très difficile sinon impossible à réaliser. Trois points principaux y font obstacle, que l'on retrouve de manière générale, au-delà des distinctions fondées sur l'autorité de nomination et de l'étendue du contrôle qui en résulte, pour toutes les représentations assurées au travers des unions.

Tout d'abord, un tel contrôle demande une formation du représentant et une information réciproque. Si les unions entreprennent parfois des actions de formation à l'usage de leurs délégués et diffusent des éléments d'information (presse spécialisée adressée aux délégués au CCAS par exemple), cela reste souvent théorique au regard des questions concrètes qui se posent. Surtout, s'agissant du retour de l'information, des procédures longues et prenantes seraient à organiser (courriers, réunions fréquentes, etc.) qui paralyseraient sans doute l'institution. En l'état actuel, s'il est fréquent que le conseil d'administration de l'union soit informé et débattre lorsqu'une représentation est assurée par un administrateur, si une information au moins formelle est reprise annuellement dans le rapport d'activité, il reste que l'essentiel des représentations échappe au contrôle des unions. Deux raisons accentuent ce fait : il arrive couramment que, dans l'exercice de ses fonctions, le représentant ait connaissance de données confidentielles et soit pris entre un devoir d'information et une obligation de réserve ou de secret ; sauf s'il est administrateur, le représentant n'a aucun contact institutionnel avec l'union et il rend compte – lorsqu'il rend compte – uniquement à son association, seule institution du « corps familial » qu'il fréquente, ce qui ne va pas sans conséquences politiques.

Ensuite, la sanction pesant sur un représentant qui ne respecterait pas la politique définie par l'union est illusoire. En ce qui concerne les représentants désignés directement, il est loisible de les relever de leur représentation. Mais la réprobation est alors ostensible et, notamment si l'association à laquelle adhère le représentant en cause le soutient, la sanction débouche sur un conflit politique interne que l'on souhaite souvent éviter. Quant au représentant nommé par une autorité administrative, il n'y a guère qu'en lui faisant perdre sa qualité de membre d'une association familiale qu'on pourrait l'obliger à démissionner. Mais en raison de la structure de l'union, si l'association à laquelle adhère cette personne ne peut ou ne veut l'exclure, seule

---

<sup>1264</sup> Tel ne serait pas le cas si la représentation était attribuée *intuitu personae* à un représentant familial. Tel est le cas, d'abord puisque les dispositions constitutionnelles sont ici très claires, si une personne était élue au parlement, même au nom du mouvement familial (art. 27 de la Constitution) ; plus généralement, ce cas se présente lorsque, comme nous l'avons dit, l'autorité publique désigne directement le représentant familial : Cf. pour des nuances note 1259.

l'exclusion de ladite association aboutirait à ce résultat. L'hypothèse, grave, est évidemment théorique.

Enfin, il faut convenir de l'existence de fait d'une « clause de conscience ». Si la représentation est confiée, pour des raisons bien connues tenant à l'action collective bénévole, à des personnes qui sont parmi les plus engagées, et donc les plus convaincues, dans le mouvement associatif, on imagine aisément le conflit éventuel qui se poserait entre l'intérêt d'une union où leur participation est indirecte, et celui de l'association pour laquelle elles se sont volontairement engagées <sup>1265</sup>. Lorsque la participation impose des choix entre deux intérêts divergents, il est probable que l'intérêt associatif direct est mieux préservé que l'intérêt unitaire du « corps familial ». Cela se comprend sans difficulté et ne saurait être limité que par un contrôle effectif et permanent de l'union sur ses représentants, dont nous voyons qu'il est difficile à organiser.

**428.** Parce que cette participation est pour les associations l'enjeu réel, en termes de pouvoir, de leur adhésion au « corps familial », elle contribue à en fixer la nature. Toute tactique associative se déployant dans le champ familial, voire social, qui négligerait la dimension réelle des unions d'associations familiales et de leurs pouvoirs participatifs, serait considérablement limitée. L'exemple précité du décret Poinso-Chapuis <sup>1266</sup> l'a démontré et il n'est pas exagéré de voir dans cet épisode historique une des raisons de l'intérêt, tardif, du mouvement laïque pour l'action familiale <sup>1267</sup>.

Construire une institution unitaire sur un monopole consultatif et participatif débouche inévitablement sur une logique d'entrisme, comparable à ce que la pratique des sociétés d'économie mixte connaît sous le nom de « théorie des profits indirects ». Cette structure désignant prioritairement, voire exclusivement, des représentants au sein d'instances administratives, tout groupement qui souhaite peser sur le processus administratif peut – et doit dans sa logique propre – l'intégrer pour bénéficier, dans son intérêt, du privilège accordé aux unions <sup>1268</sup>. Si depuis 1975, un tel entrisme révèle essentiellement une logique technique et gestionnaire <sup>1269</sup>, il n'est pas exclusif d'une motivation pleinement politique, dès lors que nombre de représentations touchent des questions politiques essentielles <sup>1270</sup>. A cet égard, l'apolitisme de

---

<sup>1265</sup> Il faut également tenir compte de leurs propres convictions : politiques, philosophiques, religieuses, etc.

<sup>1266</sup> V. section précédente.

<sup>1267</sup> Cf. par exemple les propos de C. Durand, *Les laïques et le mouvement familial*, L'Ecole libératrice n° 33, 31/5/1957 : « L'essentiel, c'est de savoir quelle sera demain l'attitude de [nos] militants à l'égard des UDAF et de l'UNAF. Devront-ils lutter de l'extérieur ? Devront-ils au contraire, par une activité politique de présence, essayer de modifier de l'intérieur...? ».

<sup>1268</sup> Si le mécanisme représentatif impose un tel comportement associatif, il n'exclut pas par ailleurs la recherche d'un intérêt au moins partiellement collectif, d'autant que l'association ne bénéficiera pas automatiquement des pouvoirs qu'elle recherche et que, pour cette obtention, elle est contrainte au jeu unitaire.

<sup>1269</sup> Parmi les instances particulièrement utiles dans cette logique aux associations de service, il faut signaler les caisses de sécurité sociale, les anciennes commissions d'urbanisme commercial (antérieurement à la réforme de 1992), les offices HLM, le FAS (Cf. titre 2, *infra*), etc.

<sup>1270</sup> Par exemple : liberté d'expression (Commission de surveillance et de contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence, Commission de classification des oeuvres cinématographiques, Conseil supérieur de la télématique),

principe du « corps familial » ne doit pas cacher un réel engagement politique <sup>1271</sup>, au sens le plus respectable du terme, de nombreuses associations (ouvertement, ou parfois sous couvert d'une neutralité que nuance la lecture des thèmes défendus) <sup>1272</sup>. L'effondrement « des bases sociales du familialisme », parfois annoncé <sup>1273</sup>, mérite ainsi d'être analysé en fonction des nécessités d'un relatif désengagement politique lié à la construction publique de la représentation d'une part, et en tenant compte des jeux politiques au sein de l'institution représentative d'autre part <sup>1274</sup>.

## B – Les modalités de la participation.

**429.** Si c'est à l'aune des places occupées dans les instances publiques que doit s'apprécier le poids d'une institution, il ne fait aucun doute que le « corps familial » peut prétendre faire l'objet d'une attention particulière. Ce sont, en effet, environ 20 000 représentants familiaux qui sont associés à l'action des personnes publiques par ce biais <sup>1275</sup>. Il faut alors remarquer que cette participation est largement reconnue, d'autant qu'en dehors de toute disposition impérative, les pouvoirs publics peuvent demander à des représentants familiaux d'occuper ponctuellement certains sièges dans des organes publics. Quatre techniques le permettent : la représentation

---

questions liées à l'immigration (FAS, Conseil national pour l'intégration des populations immigrées) etc. Il faut y ajouter les « grands » organes consultatifs, dont bien sûr le Conseil économique et social.

<sup>1271</sup> On trouvera une présentation des associations familiales de ce point de vue dans un article un peu ancien de M. Chauvière : *La galaxie des associations familiales*, Informations sociales n° 6/7, 1978, p. 53 et s. On pourra compléter avec la lecture du rapport pour la MIRE de R. Lenoir, *Politiques et représentations sociales de la famille*, 1992.

<sup>1272</sup> Il faut alors rappeler la place importante que la procédure de désignation réserve aux mouvements, particulièrement aux mouvements généraux, qui fédèrent les associations familiales autour d'une conception du groupe familial et de ses relations au monde, c'est-à-dire en fonction d'une vision politique.

<sup>1273</sup> R. Lenoir, *L'effondrement des bases sociales du familialisme*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 57/58, Juin 1985, p. 69 et s. Adde nos remarques au chapitre précédent.

<sup>1274</sup> C'est ici une des implications de l'analyse institutionnelle de permettre une lecture politique de la structure juridique, en montrant que la famille est un enjeu dans le processus constitutif de l'Etat. Par conséquent, il est logique qu'un tel enjeu suscite une activité politique, qui s'exprime en fonction des impératifs structurels de l'Etat, donc des structures juridiques positivement instituées. Apparaît ainsi un « néo-familialisme » particulièrement bien saisi par M. Chauvière dans son intervention au colloque du CRESAL (*Les raisons de l'action publique, entre expertise et débat*, Saint-Etienne, L'Harmattan, 1993) : *La famille, nouvel espace public ? la construction d'une compétence politico-administrative*, p. 107 et s. Nous verrons au titre prochain que le « codage familial » (*ibid.*) de l'ensemble des activités publiques rejoint cette appréhension de la famille dans le mouvement normal de la discussion politique, pour laquelle les unions sont un lieu essentiel.

<sup>1275</sup> Sources du Conseil économique et social, citées par J. Massot, *op. cit.* (n. 1067). Il ne peut bien sûr s'agir que d'une estimation, mais le chiffre est tout à fait plausible. Les seuls chiffres vérifiés concernent l'UNAF : en 1994, la seule Union nationale assure 104 représentations, prises en charge par 116 personnes.

Cependant, au-delà du nombre impressionnant de représentations occupées, il faudrait pouvoir apprécier d'une part les représentations que les représentants familiaux ont vocation à occuper (ne serait-ce qu'avec les CCAS, et même en tenant compte des Conseils intercommunaux, on est loin du compte), et d'autre part les raisons qui font que de telles représentations ne sont pas réalisées : même si à cet égard, il ne fait aucun doute que certaines administrations, particulièrement municipales, ne sont guère soucieuses de mettre en place une structure qui pourrait leur porter ombrage, il demeure que le « corps familial » n'a peut-être pas toujours la possibilité de désigner un représentant qualifié et disponible.

indirecte, qui se produit lorsqu'un représentant familial au sein d'une instance publique est désigné par cette instance pour la représenter au sein d'un autre organisme <sup>1276</sup>; le recours participatif à une union en tant qu'organisme qualifié à raison de son action ou de son intérêt dans une matière <sup>1277</sup>; la nomination d'un membre du « corps familial » à titre personnel au sein d'une structure, en tant que personne qualifiée <sup>1278</sup>; enfin, la représentation en tant qu'organisme agréé en certaines matières (consommation par exemple) puisque nous avons vu que les unions pouvaient rechercher cette voie représentative.

Si l'on s'en tient aux représentations qui sont réservées à l'institution corporative familiale, on peut, sans s'essayer à dresser une liste exhaustive <sup>1279</sup>, établir un tableau des principales modalités participatives. Celles-ci doivent être appréciées en fonction de leur origine, du pouvoir qui en découle, de la nature de l'organisme et du domaine dans lequel il intervient.

**430.** Si la représentation au Conseil économique et social constitue une exception notable en étant prévue par une loi organique <sup>1280</sup>, la majeure partie des dispositions instituant une participation familiale résulte logiquement des textes, moins solennels, instituant les instances concernées. De ce point de vue, si la compétence législative n'est pas exclue et trouve à s'exercer pour des organismes importants <sup>1281</sup>, il arrive fréquemment qu'elle renvoie à une disposition réglementaire le soin de fixer la composition ou les modalités de la participation ; par ailleurs, nombre de ces instances sont directement créées par l'administration <sup>1282</sup>. Enfin, des organismes de droit privé, créés par les pouvoirs publics, ou autonomes, peuvent instituer statutairement cette participation <sup>1283</sup>.

**431.** Ordinairement, le représentant familial dispose d'une voix délibérative dans l'institution à laquelle il est convié. Un tel pouvoir lui permet une activité effective, tant pour faire connaître l'opinion des unions que pour peser sur les décisions arrêtées par l'institution où il siège. Ce principe important est battu en brèche uniquement en ce qui concerne les caisses de sécurité

<sup>1276</sup> Le phénomène n'est pas quantifiable, mais des sondages ont montré qu'il n'est pas rare, notamment au sein des Caisses d'allocations familiales. Si une telle représentation conforte la légitimité des représentants familiaux, en quelque sorte récompensés par cette reconnaissance, elle multiplie les difficultés d'identification de l'action représentative et de son contrôle.

<sup>1277</sup> Reconnaissance ponctuelle, elle n'est pas garantie par un texte mais résulte d'une appréciation de l'autorité publique. Attribuée au « corps familial », la représentation ouvre alors droit à un contrôle de celui-ci sur son représentant.

<sup>1278</sup> Si la qualification tient à l'évidence aux fonctions associatives, la représentation n'est pas accordée aux unions qui ne sont pas en droit de contrôler l'action de la personne (sauf considérations liées au fonctionnement de l'institution, c'est-à-dire à ses propres normes). On trouve un net exemple de cette représentation avec la nomination à titre personnel du Président de l'UNAF au Conseil supérieur de l'audiovisuel lors de l'avant-dernier mandat.

<sup>1279</sup> Nous renvoyons aux annexes pour un état des principales représentations.

<sup>1280</sup> L. O. du 27/6/1984. Mais l'intervention de l'UNAF est prévue par un décret. Cf. notre étude au chapitre précédent.

<sup>1281</sup> Par exemple Caisse nationale d'allocations familiales, L. du 17/12/1982. Cf. titre 2, *infra*.

<sup>1282</sup> Par exemple Institut de l'enfance et de la famille. Cf. titre 2., *infra*.

<sup>1283</sup> Par exemple l'Association nationale pour l'information sur le logement (ANIL) créée sous l'impulsion des pouvoirs publics.

sociale du régime général autres que celles de la branche familiale : assurance maladie et assurance vieillesse. Eu égard toutefois à l'importance de ces institutions, la présence au sein des conseils, même avec voix consultative, ne saurait être dépourvue d'intérêt, ou d'effet. En toute hypothèse, il va de soi que le résultat de la représentation sera essentiellement dépendant des actions et attitudes concrètes du représentant : compétence, pouvoir de conviction, assiduité, etc.

**432.** Les organismes au sein desquels le « corps familial » est invité à participer sont eux aussi très divers.

Nombre d'entre eux n'ont pas de pouvoirs juridiques propres. Simples conseils, sans personnalité juridique, ils sont seulement destinés à éclairer les pouvoirs publics. Dépouillées d'attributions garanties, ces instances ne sont pas pour autant privées d'influence : d'une part, le poids politique peut être tel, en raison, notamment, de la personnalité de ceux qui les composent, que l'investissement n'est pas vain <sup>1284</sup> ; d'autre part, de telles instances permettent souvent l'établissement de contacts entre l'administration et le milieu associatif, et la constitution de « passerelles » informelles <sup>1285</sup>. Il arrive toutefois que leur consultation soit une condition de la validité de l'acte ; exceptionnellement, l'avis ou la proposition peut lier les pouvoirs publics. L'utilité participative est alors évidente. Il arrive également que des organes non personnalisés soient dotés de réels pouvoirs <sup>1286</sup>.

Certains organismes sont cependant personnalisés et dotés de pouvoirs effectifs. Les statuts sont divers : établissement public ou association généralement <sup>1287</sup>. Les champs d'intervention le sont également. Certains établissements effectuent des études et disposent de moyens permettant d'acquérir et de diffuser la connaissance (comme l'organisation de colloques, d'enquêtes et de sondages, ou la possession de moyens de presse) : la participation permet alors d'orienter la politique de la recherche et de participer, dans toutes les acceptions du terme, à l'activité cognitive <sup>1288</sup>. D'autres disposent de moyens financiers souvent considérables ou de prérogatives juridiques au service d'une politique que, par la participation, le « corps familial » contribue à définir ou orienter : logement <sup>1289</sup>, action sociale <sup>1290</sup>, économie et consommation <sup>1291</sup>, etc.

**433.** Surtout ces organismes interviennent dans l'ensemble de la sphère publique, et permettent à la fois une expression généralisée des intérêts familiaux et un quadrillage social par l'institution. Si le « corps familial » est ainsi appelé à participer logiquement à la politique familiale et sociale,

<sup>1284</sup> Par exemple le Haut conseil de la population et de la famille. Cf. titre 2, *infra*.

<sup>1285</sup> Sur ces points, Cf. les ouvrages cités note 1138.

<sup>1286</sup> Conseil de famille des pupilles de l'Etat ou Commission de conciliation du surendettement par exemple.

<sup>1287</sup> Comme établissements publics, par exemple : IDEF, CNAF, Offices d'HLM.

<sup>1288</sup> Par exemple : INED, IDEF, Conseil national de l'information statistique. V. titre 2, *infra*.

<sup>1289</sup> Par exemple : Offices HLM.

<sup>1290</sup> Par exemple : Caisses d'allocation familiale, MSA, FAS, CCAS, etc.

<sup>1291</sup> Par exemple Office national interprofessionnel des céréales.

la conception extensive des intérêts familiaux lui permet de peser sur les actions les plus diverses : par exemple la prévention de la délinquance <sup>1292</sup>, la santé publique <sup>1293</sup>, l'enseignement <sup>1294</sup>, la moralité publique <sup>1295</sup>,

---

<sup>1292</sup> Conseils de prévention de la délinquance.

<sup>1293</sup> Conseil national du Sida, Conseil supérieur de l'information sexuelle, Commission nationale de médecine et de biologie de la reproduction et du diagnostic prénatal, etc. Une telle participation doit être appréciée au regard de prises de positions publiques, voire d'actions juridictionnelles, pour s'opposer à la diffusion de moyens contraceptifs ou abortifs, émanant de certaines associations familiales. Rapp. CE, Ass., 21 décembre 1990, CNAFC (annexe).

<sup>1294</sup> Par exemple : Conseil national de l'enseignement agricole, Conseil supérieur de l'éducation, Conseil supérieur de l'enseignement supérieur et de la recherche, etc. V. en annexe l'état des représentations.

<sup>1295</sup> Commission de surveillance et de contrôle des publications destinées à l'enfance et à l'adolescence, Commission de classification des oeuvres cinématographiques, Conseil supérieur de la télématique. Les enjeux en terme de liberté d'expression ne sont pas ici à démontrer. Il faut en conséquence là encore établir un lien entre cette participation d'une part, et les nombreuses actions judiciaires menées par ailleurs par des associations membres des unions à l'encontre d'oeuvres cinématographiques ou de serveurs minitel. On peut de plus rappeler qu'au cours de la discussion parlementaire sur la L. du 25/7/1994 relative à la famille, les députés avaient prévu qu'un représentant familial siégerait de droit à la Commission des avances sur recette aux oeuvres cinématographiques. Inquiets de ce qui, en raison de la place essentielle dans cette commission dans le financement de l'expression cinématographique, leur apparaissait comme l'instauration indirecte d'une censure, les sénateurs sont revenus sur cet amendement ; en revanche, ils avaient instauré la présence d'un représentant familial au Conseil d'administration des chaînes de télévision publique. Le texte de loi définitif n'a pas retenu ces propositions, s'en tenant à une obligation de consultation du Haut Conseil à la Population et à la Famille (Cf. *infra*, titre suivant) lors de l'élaboration du cahier des charges de ces chaînes.

l'environnement <sup>1296</sup>, les relations de travail <sup>1297</sup>, ou la consommation <sup>1298</sup>.

Une telle intervention globale résulte de la volonté publique qui associe les unions d'associations familiales à des instances multiples. Or, dans certains domaines (consommation ou environnement, notamment), la participation familiale se substitue ou s'ajoute à celle d'organisations spécifiques, qui sont ici écartées, ou dont l'influence est réduite ; la concurrence porte parfois directement sur des représentations revendiquées par des associations familiales affiliées à l'UNAF <sup>1299</sup>. Eu égard à la nature ambivalente des unions d'association familiale, il est alors permis de se demander si une telle participation ne vise pas à écarter ou à réduire l'influence de groupes de pression plus actifs et moins maîtrisables, sans que soit remise en cause l'approche participative.

Cette omniprésence dans la participation, et son inscription dans des textes qui, sans lui échapper nécessairement, obligent l'administration à tenir compte des pouvoirs représentatifs familiaux, distingue nettement le « corps familial » des autres groupes de pression et témoigne d'un corporatisme raisonné et construit. Les privilèges judiciaires reconnus aux unions complètent ce dispositif.

---

<sup>1296</sup> Par exemple : Comités de bassin, Comité national de l'eau, etc.

<sup>1297</sup> Par exemple : Conseil supérieur de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, Commission nationale de la négociation collective, etc. V. en annexe l'état des représentations.

<sup>1298</sup> Assurance, crédit, surendettement, etc. V. en annexe l'état des représentations.

<sup>1299</sup> Par exemple en matière de handicap, d'action sociale, etc. Cela ne peut alors que conforter les tactiques d'entrisme.



### **§ 3 – La représentation judiciaire, une pratique nuancée.**

**434.** Si l'intérêt à agir des associations en matière de contentieux administratif est admis avec libéralisme <sup>1300</sup>, il n'en va pas toujours de même devant les juridictions judiciaires. La possibilité d'agir en justice constitue alors, pour les groupements privés qui en sont dotés, un privilège (A). Mais, au-delà d'un pouvoir affirmé, une telle action est surtout mise en oeuvre en fonction de politiques du prétoire qui la conditionnent : à cet égard, la représentation judiciaire familiale est d'un usage restreint (B).

#### **A – L'action civile, un privilège lié à la représentation.**

**435.** Le Code de la famille habilite en dernier lieu les unions d'associations familiales à « exercer devant toutes les juridictions, sans avoir à justifier d'un agrément ou d'une autorisation préalable de l'autorité publique, notamment de l'agrément [prévu par la loi concernant les actions en justice des associations agréées de consommateurs], l'action civile relativement aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des famille » <sup>1301</sup>. Il convient pour apprécier cet article de bien situer le problème au regard des questions procédurales.

**436.** L'action en justice des associations devant les juridictions judiciaires ne pose pas de problème dès lors que celles-ci invoquent un intérêt personnel et direct ; elles peuvent également défendre collectivement les intérêts lésés de leurs membres si tel est – entre autres – l'objet du pacte social. En tant qu'association, une union d'associations familiales peut intenter ce type d'action sans avoir à se prévaloir des dispositions dérogatoires du Code de la famille. En revanche, celles-ci lui permettent d'intenter d'autres actions, habituellement interdites aux groupements <sup>1302</sup>.

---

<sup>1300</sup> A cet égard, le « corps familial » ne bénéficie d'aucun régime particulier. Cependant la définition authentifiée par la loi de l'objet associatif et des intérêts qu'elle défend permet d'autant mieux une large admission de l'intérêt à agir.

<sup>1301</sup> Art. 3-4°, rédaction issue des L. de 1975 et 92-1336 du 16/12/1992.

<sup>1302</sup> Cf. pour des analyses générales, outre les ouvrages de procédures civile et pénale : l'intervention de S. Guinchard aux Journées de la Société de législation comparée, *Le rôle et la participation des associations dans l'action en justice*, RID comp. n° spécial, vol 10, 1988 & F. Caballero, *Plaidons par procureur ! de l'archaïsme procédural à l'action de groupe*, RTD civ., 1985, p. 247 et s.

**437.** Lorsque l'action est liée à une infraction pénale, la constitution de partie civile, pour la défense d'un intérêt collectif, distinct de l'intérêt propre de l'association ou de celui de ses membres, est très strictement encadrée : malgré quelques volontés libérales des juridictions du fond, elle n'est admise par la Cour de cassation qu'en vertu de dispositions législatives, quelle que soit la voie pénale ou civile choisie pour agir. C'est cette habilitation qui résulte pour les unions du Code de la famille <sup>1303</sup>. Si de telles dispositions participent de la reconnaissance de l'utilité générale de l'association et de son action, il faut reconnaître qu'elles ne sont pas réservées au « corps familial », et que de nombreux autres groupements peuvent en bénéficier pour leur domaine <sup>1304</sup>. Sur ce fondement néanmoins, les unions d'associations sont alors autorisées à se porter partie civile lors du procès pénal et à demander par la voie civile réparation <sup>1305</sup> ; surtout, elles peuvent passer outre l'inertie du parquet et prendre l'initiative du procès. Si les deux premières facultés ont un caractère essentiellement pécuniaire et symbolique, la dernière voie est, quant à elle, remarquable, en donnant aux unions la possibilité de contrarier la politique répressive de l'Etat.

**438.** Concernant les actions qui ne sont pas liées à une infraction pénale, la solution est plus complexe et n'est pas fixée, pour ce qui est des unions, par la jurisprudence. Une interprétation stricte de la notion d'« action civile » a conduit la Cour de cassation à ne pas admettre l'action des associations pour la défense d'un intérêt collectif, distinct de leur intérêt propre ou de l'intérêt de leurs membres, alors même que ces associations seraient habilitées législativement à exercer l'action civile <sup>1306</sup>. Cette limitation de l'action civile ne connaît que deux exceptions.

L'une résulte de la loi du 5 janvier 1988 qui profite aux associations de défense des consommateurs agréées, auxquelles quatre voies sont alors ouvertes pour la défense des intérêts des consommateurs : action civile *stricto sensu*, action en suppression de clause abusive, action en intervention dans les litiges individuels et action en représentation conjointe <sup>1307</sup>. Ces dispositions sont explicitement étendues aux unions d'associations familiales, même lorsqu'elles n'ont pas reçu l'agrément spécifique <sup>1308</sup>.

---

<sup>1303</sup> Cf. J. Rubellin-Devichi, *L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général, réflexions sur l'autonomie, au pénal et au civil, du droit économique*, JCP, 1965, I, 1922.

<sup>1304</sup> Par exemple : ligues anti-alcooliques, associations de défense de la moralité publique, associations de lutte contre le proxénétisme, associations de défense de l'environnement, de protection animale et de défense de la nature, etc. On trouvera une liste quasi exhaustive avec de nombreuses références dans l'ouvrage de M. L. Rassat, *Procédure pénale*, PUF, 1991, p. 241 et s.

<sup>1305</sup> Cf. H. Périnet-Marquet, *L'ouverture du droit pénal à l'action civile familiale*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 281 et s.

<sup>1306</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 16/1/1985, D. 1985.317 (note Aubert) ; JCP 1985-II-20484 (note Calais-Auloy) ; RTD civ. 1985.769 (obs. Normand).

<sup>1307</sup> Cf. J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, 1992, p. 390 et s.

<sup>1308</sup> Art. 3-4° C. fam.

L'autre profite aux syndicats professionnels <sup>1309</sup>. Il est alors remarquable qu'en l'absence d'infraction pénale, la jurisprudence admette l'action syndicale en raison de la fonction du groupement syndical : la représentation, au-delà de ses membres, de l'ensemble de la profession <sup>1310</sup>. Une telle admission pourrait alors s'étendre à l'action familiale, si on lie les privilèges de l'action civile reconnus au « corps familial » à sa fonction représentative officielle et monopolistique. A cet égard, il n'est pas indifférent que les habilitations à agir en justice ne bénéficient pas aux associations membres des unions <sup>1311</sup>, sauf pour elles à disposer d'un agrément distinct <sup>1312</sup>. Il faut également noter une similitude dans la rédaction des habilitations entre les deux organismes représentatifs. S'il est vrai que, pour les syndicats, l'habilitation leur confère « tous les droits réservés à la partie civile » alors que le Code de la famille indique la seule « action civile », autorisant ainsi une lecture restrictive <sup>1313</sup>, il est prévu que cette action pourra s'exercer devant « toutes les juridictions » et qu'elle est ouverte relativement « aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession que [les syndicats] représentent » d'une part, « aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles », que les unions défendent et représentent, d'autre part. La jurisprudence pourrait alors accueillir avec bienveillance une requête civile des unions hors du domaine de la consommation. Mais cela dépend d'une interprétation à fournir, en fonction d'une politique juridictionnelle qui n'a pas toujours été favorable aux unions.

## B – Un contentieux limité.

**439.** Le jeu contentieux est tel que l'octroi d'habilitation à agir en justice par des énoncés juridiques ne suffit pas à rendre compte de la réalité judiciaire. A cet égard, il faut constater que l'habilitation prend place dans deux politiques qui ne se recouvrent pas nécessairement : une politique de gestion du flux contentieux et de l'ouverture du prétoire, qui est le fait des juridictions ; une politique de l'action en justice, qui est le fait de la partie civile. En matière d'action civile des unions d'associations familiales, la jonction de ces deux politiques contribue à limiter son usage.

---

<sup>1309</sup> Art. L. 411-11 C. travail.

<sup>1310</sup> Cf. notamment N. Alvarez Pujana, *Constitution de partie civile des syndicats*, RPDS n° 535, novembre 1989, p. 347 et s. ; P. Durand, *Défense de l'action syndicale*, D. 1960, chron. V, p. 21 et s.

<sup>1311</sup> Cf. Cass. Crim, 23 octobre 1979, UNAPEI (annexe).

<sup>1312</sup> En matière de consommation notamment. Un tel agrément ne sera cependant pas aussi large que celui prévu par le C. fam.

<sup>1313</sup> Mais la doctrine tend à considérer que cette disposition ne justifie pas à elle seule la différence de traitement entre les syndicats et les associations ordinaires : Cf. S. Guinchard, *op. cit.* (n. 1302) p. 25 et s.

**440.** Il faut avouer une certaine réticence des juridictions judiciaires à admettre la représentation de l'ensemble des familles en justice. D'une part, s'il est vrai que la défense des intérêts matériels et moraux des familles permet une intervention très large, cette absence de spécialité peut se heurter à la difficulté de distinguer cet intérêt de l'intérêt général, dont la protection est réservée au ministère public. Sans être toujours convaincants, les juges apprécient au cas par cas, de manière souvent sévère, cette autonomie de l'intérêt <sup>1314</sup>. L'évolution vers une appréciation simplifiée intervenue en matière d'intérêt collectif du syndicat pourrait être appliquée avec bonheur à la matière <sup>1315</sup>. D'autre part, les juridictions semblent avoir longtemps voulu cantonner le domaine familial à un domaine restreint, et ont exigé l'habilitation ou l'agrément *ad hoc* chaque fois qu'une procédure spécifique était prévue : ainsi, en matière d'outrages aux bonnes mœurs, les juges ont refusé l'action des unions en estimant que, n'ayant pas expressément une habilitation en la matière, elles ne pouvaient intervenir sur l'unique fondement de l'atteinte aux intérêts familiaux <sup>1316</sup>.

**441.** Cette politique jurisprudentielle permet de comprendre les multiples habilitations que le législateur a accordé au « corps familial » <sup>1317</sup> et les agréments que celui-ci recherche par ailleurs. Il n'est pas neutre à cet effet que la loi *portant entrée en vigueur du nouveau code pénal* ait expressément étendu aux unions la possibilité d'agir sur le fondement du nouvel article 227-24 réprimant la fabrication, le transport et la diffusion de messages à caractère violent ou pornographique visible ou perceptible par un mineur <sup>1318</sup>. De telles habilitations commandent surtout en retour une politique corporative du procès.

A bien des égards, c'est au plan national qu'une intervention des organismes familiaux dans un procès a une utilité politique. Pareillement, c'est en prenant l'initiative d'un procès pénal face à l'inertie du parquet que les unions jouent un rôle actif. Or, de ce point de vue, les organismes familiaux officiels doivent tenir compte de la réticence des juridictions à les recevoir. Si un échec judiciaire n'est pas dramatique, une succession de prétentions rejetées, soit parce que les faits en cause ne portent pas atteinte aux intérêts familiaux, soit parce que l'infraction n'est pas constituée, ne peut à terme que nuire à la crédibilité de la structure. Cela est sans doute la raison essentielle de la grande prudence des unions à user de leurs privilèges judiciaires.

D'une part, l'union nationale intervient de manière extrêmement rare, laissant pour l'essentiel les mouvements privés, lorsqu'ils en ont la possibilité, et les unions départementales qui

---

<sup>1314</sup> V. par exemple 3 appréciations divergentes de la chambre criminelle pour des affaires assez semblables : 20 décembre 1951, Kneib ; 17 juin 1954, Vigne & 26 mai 1971, Voeglin (annexe).

<sup>1315</sup> Cf. Cass. ass. plén., 7 mai 1993, Sté SNC CUUF et Cie c/ Syndicat de la nouveauté (particulièrement les concl. Jeol au D.1993.437).

<sup>1316</sup> Cass. crim., 10 juillet 1973, Le Guiader et autres (annexes). Des juridictions du fond avaient pourtant eu une interprétation autre (Cf. Lyon Pénal, 22 janvier 1964, Procureur général et UDAF c/ dame Lebart et Soc. Omnium cinéma – annexe).

<sup>1317</sup> Ainsi, en matière de bonnes mœurs par la réforme de 1975, ce qui explique le revirement des positions judiciaires : TGI Paris (17<sup>e</sup> chambre), 8 novembre 1976, Korber et autres (annexe).

<sup>1318</sup> L. du 16/12/1992, art. 3 C. Fam.

le souhaiteraient agir de manière ponctuelle ou locale. Cela ne permet pas la construction d'une politique de la représentation en justice des intérêts familiaux, qui seule peut avoir des conséquences juridiques positives (répétition de l'exemple que constitue la sanction ou appel d'une réforme législative, par exemple) au-delà de la satisfaction que constitue le gain d'un procès isolé.

D'autre part, nombre d'actions sont exclues parce qu'elles impliquent une prise de position politique qui, même si elle peut réunir une opinion majoritaire au sein de l'union, pourrait remettre en cause l'apolitisme que souhaite véhiculer la structure : on pense ici en priorité, bien sûr, aux questions portant sur les bonnes moeurs ou sur la santé publique (contraception ou Sida notamment).

L'action, lorsqu'elle est engagée, concerne alors des questions consensuelles (comme la consommation ou la sécurité routière), pour lesquelles des associations membres, lorsqu'elles sont directement habilitées à le faire, agissent déjà pour elles-mêmes. Si, à l'inverse de la représentation, il n'y a pas concurrence entre les groupements considérés, on peut s'interroger sur les conséquences réelles d'une constitution multiple et systématique de partie civile, par ailleurs souvent sans risque puisque ces associations interviennent généralement à l'audience, et qui ne sont pas indispensables, dès lors que la victime ou le ministère public a provoqué le procès.

Il est sans doute à cet égard logique que les unions s'attachent à ce qu'un comportement contraire aux intérêts matériels et moraux des familles soit sanctionné. Mais on ne peut tenir cette intervention pour indifférente au regard des principes de la répression <sup>1319</sup> et du poids réel de la sanction : les études montrent qu'en règle générale, une telle constitution de partie civile incite le juge à une sévérité accrue, et que, même si les condamnations aux dommages et intérêts ainsi que le remboursement des frais irrépétibles semblent limités par rapport aux demandes associatives <sup>1320</sup>, d'autres logiques que celles de la répression et de la réparation entrent en jeu.

Il faudrait ainsi apprécier dans quelle mesure une intervention associative à l'audience ne constitue pas un moyen indirect de financement, (réduit certes) se rapprochant d'une « subvention » en justice, ou un simple moyen de publicité. Le résultat pratique de l'action civile, qu'elle soit ainsi exercée ou non, est alors bien éloigné de la logique représentative qui a servi de base à l'habilitation des unions à agir en justice, et tend à se fondre dans l'intérêt personnel et direct que possède toute association. Mais après tout, n'est-ce pas là la conséquence de ce que recherche l'Etat dans sa politique de la représentation familiale : insister sur la structure représentante.

---

<sup>1319</sup> Echelle des peines, égalité devant la loi puisqu'aussi bien l'intervention des unions n'a pas lieu dans toutes les instances, etc.

<sup>1320</sup> Ces remarques finales ne sont pas propres aux unions. Elles valent également pour nombre d'associations habilitées ou agréées, par exemple dans le domaine de la consommation.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2.

**442.** Dans le cadre d'une politique qui appréhende la famille comme objet à représenter, l'effort de l'Etat porte essentiellement sur la mise en place, grâce au droit public, d'une structure qui soit à sa disposition, et puisse définir des intérêts ou des objectifs comme étant ceux de la famille.

Pour remplir son rôle, cette structure doit à la fois se maintenir dans un cadre que l'Etat maîtrise et oriente, et avoir une réalité propre, apte à dégager un concept familial, et des intérêts qui s'y attachent, différents de ceux que l'Etat perçoit directement, ou du moins différemment. La loi confie ainsi au « corps familial » une mission de service public administratif originale, la représentation des intérêts familiaux auprès des pouvoirs publics, et lui attribue, pour la réaliser, certains moyens exorbitants : monopole de représentation, agrément d'associations et pouvoir de tutelle notamment.

Un financement public et un fonctionnement autonome attirent les groupes de pression en matière familiale, alors que la pyramide associative permet une intégration à l'Etat de ces acteurs privés. Des pouvoirs de consultation, de participation et d'action judiciaire sont conférés aux unions d'associations familiales, qui imposent à l'ensemble des intervenants publics et privés la prise en compte de cette mission et de la structure qui la réalise.

Il en résulte une institution aux réalités multiples qui, pour servir l'Etat, doit permettre la réalisation d'intérêts associatifs divers, révélant ainsi une nature « mixte », et qui apparaît comme un point nodal des stratégies publiques et privées dans le champ familial.

## **CONCLUSION DU TITRE 1.**

**443.** Parce que, d'une part, la notion de normalité familiale, qui est au coeur de la politique étatique, n'est pas fixée *a priori* et fait l'objet de discussions qui en permettent l'évolution et l'adaptation, et parce que, d'autre part, certaines familles s'organisent pour faire pression sur une définition qui les concerne au premier chef, la question de la représentation politique de la famille ne peut être évitée par l'Etat. Si les valeurs fondamentales de l'Etat démocratique font obstacle à la reconnaissance d'un rôle politique officiel des familles, il n'en va pas de même dans une perspective instrumentale, et en apparence dépolitisée, pour relayer la politique publique.

L'Etat conduit alors une véritable politique de la représentation familiale, qui se traduit par l'institution d'un corporatisme original, axé sur la mise en place d'une structure officielle et monopolistique, susceptible d'intégrer à l'Etat les acteurs privés, et dotée de moyens d'action appropriés.

Transformation conjoncturelle d'une représentation héritée de Vichy, cette représentation s'inscrit clairement dans une politique unitaire, sinon toujours explicite, de l'Etat démocratique à l'égard de la famille, qui la construit comme objet : la représentation poursuit la relevance de la famille comme paradigme des fonctions individuelles, et annonce la gestion publique de la famille, une famille administrée.

Cependant, l'existence de cette représentation n'est pas sans effet dans la sphère politique et administrative. De fait, sinon de droit, elle constitue un pouvoir que l'Etat intègre, pouvoir dont il convient de tenir compte, d'autant que l'efficacité que l'Etat attend de son existence est liée à une autonomie certaine : cela doit conduire à relativiser l'objectivation de la famille à laquelle procède le droit public, en tant qu'elle émanerait d'une volonté publique unilatérale. Elle révèle la relation interinstitutionnelle, peut-être plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord, ce que confirme la mise en place par le droit public d'une administration de la famille, protéiforme et susceptible d'interprétations diverses.

## ***TITRE 2 : LA FAMILLE, UN OBJET ADMINISTRE.***

**444.** La famille est construite par le droit comme un paradigme, non comme un sujet ; elle n'est pas directement représentée au sein de l'appareil administratif et politique, mais bien objectivée par le statut conféré à cette représentation <sup>1321</sup>. Elle est ainsi, comme la définit Pierre Bourdieu, « un *mot d'ordre*, ou mieux, une *catégorie*, principe collectif de construction de la réalité collective » <sup>1322</sup>.

Elle acquiert de ce fait toutes les caractéristiques d'un objet pour la politique publique, ce qui permet alors aux autorités de l'Etat d'agir ou de ne pas agir sur cet objet, de tenter de le modeler et de l'orienter, de l'intégrer comme objectif spécifique, ou de s'en servir pour une politique générale. S'il est clair que la politique publique n'est jamais totalement déterminée par les seuls pouvoirs politiques, et qu'elle s'insère dans un réseau complexe de revendications, de déterminations et d'obligations – l'Etat, en tant que réponse rationnelle à une situation qui n'est pas donnée *ad aeternam*, mais qui évolue, ne peut rationnellement être une réponse cohérente que s'il s'adapte à cette évolution et admet, au moins de manière instrumentale, avoir ce caractère –, l'objectivation de la famille autorise l'Etat à gérer la question familiale par une politique appropriée.

La famille apparaît alors comme prise dans « un appareillage complet qui manifestement fait système depuis une cinquantaine d'années [...] C'est là un modèle presque achevé de politique publique, associant l'Etat à la société civile » <sup>1323</sup>.

Le droit public se met ainsi au service d'une gestion publique de la famille, non plus en tant que la famille est une réalité sociale, mais en tant qu'elle est construite comme une abstraction par ce droit (Chapitre 1). Cette gestion publique participe de la recherche d'une normalité des familles, c'est-à-dire qu'elle réalise pour partie, aux côtés d'autres instruments, la relation politique interinstitutionnelle dans le sens que fixe l'Etat comme utile et nécessaire pour sa propre constitution, pour la cohésion de la Nation : elle fait apparaître le droit public de la famille comme un instrument du contrôle social (Chapitre 2).

---

<sup>1321</sup> Cf. 2<sup>e</sup> partie, titre 1.

<sup>1322</sup> P. Bourdieu, *A propos de la famille comme catégorie réalisée*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 100, 1993, p. 32 et s. *Adde* : *Le sens pratique*, Les éditions de Minuit, 1980.

<sup>1323</sup> M. Chauvière, *La famille, nouvel espace public ? la construction d'une compétence politico-administrative*, in CRESAL, *Les raisons de l'action publique, entre expertise et débat*, L'Harmattan, 1993, p. 115.



## **CHAPITRE 1 : LE DROIT PUBLIC AU SERVICE D'UNE GESTION PUBLIQUE DE LA FAMILLE.**

**445.** Si tout Etat conduit nécessairement une politique à l'égard de la famille, parce que tout Etat est nécessairement impliqué dans une relation interinstitutionnelle avec elle, cette politique ne se traduit pas nécessairement par la mise en place d'interventions publiques explicites au service de cette politique, c'est-à-dire qui traduisent la Politique de l'Etat, en tant que cette politique le constitue, en politiques publiques, en tant qu'elles le réalisent <sup>1324</sup>.

Au contraire, tout au moins pour les Etats libéraux, la protection indirecte de la famille sous forme de paradigme des droits individuels devrait contribuer à dissoudre la question familiale, et à ne pas la faire apparaître explicitement et spécifiquement dans le cadre des tâches publiques : à cet égard, la modélisation de la famille par les normes de droit privé, qui règlent les relations entre individus dans le cadre familial, et la protection que le droit public lui confère, pourraient apparaître suffisantes. C'est sans doute là d'ailleurs une spécificité du système français d'avoir construit la famille comme objet d'action publique <sup>1325</sup>, en poursuivant la construction juridique de l'objet au-delà de la protection, dans une perspective de réification, qui autorise une véritable gestion publique de cet objet. Et on peut sans doute rapprocher ce mouvement, et le rattacher, à l'existence d'une représentation familiale officielle organisée par le droit public (même si, là encore, une dialectique existe, et qu'on ne puisse faire découler la représentation de l'administration, ou l'inverse).

Il faut alors envisager comment, d'un point de vue génétique et d'un point de vue de logique politique, la question familiale intervient dans l'espace public pour s'imposer à l'Etat comme objet de son action : à cet égard, l'administration de la famille procède d'une construction à la fois raisonnée et, pour partie, idéologique (section 1).

---

<sup>1324</sup> C'est-à-dire (pour adapter un schéma systémique réducteur, mais qui peut être ici explicatif), qui traduit la demande (*input* : nécessité de régler la question familiale) en réponse (*output* : intervention publique) Ne demandons cependant pas plus à ce schéma que d'aider ici à comprendre, en le caricaturant, un point sémantique délicat : distinguer la politique dans le champ social des politiques publiques dans le champ juridique. Pour le reste (l'essentiel), l'approche systémique ne se confond en rien avec une analyse institutionnelle de l'Etat. Notamment, raisonner ici en termes d'*input* et d'*output* ne doit pas occulter que l'Etat n'est pas extérieur à la demande et à la réponse, ni au-dessus d'elles : il *est* la demande et la réponse, dans le processus institutionnel.

<sup>1325</sup> L'extrême abondance des écrits sur la question interdit toute prétention de fournir une bibliographie complète. Comme introduction sommaire, on pourra se reporter aux ouvrages suivants, qui ont le mérite de proposer, au sein d'une lecture générale et juridique du social, des développements importants sur les enjeux publics liés à la famille : C. Debbasch & J. M. Pontier, *La société française*, Dalloz, 1991 ; J. Fournier, N. Questiaux & J. M. Delarue, *Traité du social*, Dalloz, 1989 ; M. T. Join-Lambert, *Politiques sociales*, Dalloz, 1994 ; M. Laroque, *Politiques sociales dans la France contemporaine, le social face à l'avenir*, STH, 1990.

Il faut ensuite s'attacher à observer comment l'Etat répond à ces questions, et présenter les moyens juridiques de l'administration publique de la famille (section 2).

## SECTION 1 : LA FAMILLE COMME OBJET D'INTERVENTION PUBLIQUE.

**446.** La construction de la famille comme objet d'intervention publique est relativement aisée à situer dans le temps. Même si l'on peut sans doute trouver auparavant des signes annonciateurs, c'est pour l'essentiel la décennie des années 30 qui inscrit définitivement la famille comme catégorie de l'action publique.

Au-delà de la constatation historique, il n'est pas inutile de s'attacher aux influences qui ont conduit à cette étatisation de la question familiale. On y trouve alors la marque d'une évolution de l'Etat. Mais on constate également que cette inscription n'a pas pour effet d'explicitement ces politiques. De ce point de vue, l'explicitation de l'objet ne dessaisit pas l'Etat de sa grande liberté d'action dans le rapport interinstitutionnel. Au contraire, il est clair que l'explicitation contribue à objectiver la famille, lui conférant un statut public (thème administratif) qui n'est pas son statut social (lieu de l'intimité), comme elle contribue à permettre qu'elle soit appréhendée par des politiques complexes.

Pour comprendre comment la famille inspire des politiques publiques générales dont l'identification est malaisée (§ 2), il faut ainsi suivre la genèse de la prise en compte par l'Etat de cette question. (§ 1).

## **§ 1 – La nationalisation de la question familiale.**

**447.** L'apparition de politiques publiques de la famille dépend de la conjonction d'éléments divers (A). La signification de cette apparition doit être située par rapport à l'évolution d'une certaine conception de l'Etat (B).

### **A – Les conditions de l'apparition des politiques de la famille.**

**448.** Il serait faux d'imaginer que l'Etat ne s'est préoccupé de la question familiale que récemment. On fait habituellement remonter la première action publique explicite à l'égard des familles à l'Edit de Saint-Germain de 1666, par lequel Louis XIV et son ministre Colbert souhaitaient « favoriser les mariages jeunes et exonérer d'impôts les familles nombreuses »<sup>1326</sup>. Poursuivie à l'époque révolutionnaire<sup>1327</sup>, cette politique relève cependant plus d'une problématique de la charité publique, issue au moins du Moyen-âge, que d'une action réfléchie sur la famille<sup>1328</sup>. Parallèlement se développent des mesures d'ordre public à destination des familles<sup>1329</sup>, qui traduisent une continuité fonctionnelle entre la famille et l'Etat, entre le public et le privé, et que remettra en cause au XIX<sup>e</sup> siècle, dans sa structure tout au moins<sup>1330</sup>, le libéralisme politique et économique. Le Code civil originel ignore formellement la famille<sup>1331</sup>. Ni la réglementation ni l'intervention ne la prennent directement pour objet. Seules les initiatives

<sup>1326</sup> D. Ceccaldi, *Histoire des prestations familiales en France*, UNCAF, 1957, p. 12.

<sup>1327</sup> Cf. tout particulièrement art 1 & 6 du D. du 28/6/1793 (secours de la Nation pour les familles indigentes). Mais il faut également noter dans cette perspective l'ensemble des textes qui, en 1793, vont étendre aux familles des défenseurs de la Patrie les droits de ces derniers. Pour replacer ces textes dans une problématique d'ensemble, Cf. M. Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français, le passé, le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, 1993, spécialement p. 80-210.

<sup>1328</sup> Cf. M. Messu, *L'action sociale : prestations et politiques familiales*, thèse sociologie, Paris X, 1980, p. 98 et s.

<sup>1329</sup> Cf. J. Donzelot, *La police des familles*, Editions de Minuit, 1977. Sur cette orientation de l'ordre public sous l'ancien régime, V. les documents réunis par M. Foucault & A. Fargé dans leur beau livre *Le désordre des familles* (Gallimard, 1982).

<sup>1330</sup> Mais sur le fond, cette coopération Etat/famille subsistera longtemps de manière explicite, et sans doute subsiste-t-elle encore pour l'essentiel sous des formes assouplies, dans les notions de fonction et de pouvoir parentaux. Cf. B. Schnapper, *La correction paternelle et le mouvement des Idées au XIX<sup>e</sup> siècle (1789-1935)*, in *Voies nouvelles en histoire du droit, la justice, la famille, la répression pénale (XVI<sup>e</sup> siècle–XX<sup>e</sup> siècle)*, PUF, 1991.

<sup>1331</sup> Cf. les travaux de J. Ray : *Essai sur la structure logique du code civil français, & Index du code civil, contenant tous les mots qui figurent dans le texte du code accompagnés des références à tous les articles où ils se trouvent et illustrés de citations qui peuvent en éclairer le sens ou l'emploi*, Alcan, 1926.

privées s'en saisissent, sous forme d'entraide ou de patronage (comme le sursalaire familial)<sup>1332</sup>, et/ou comme thème politique, ce que nous avons vu, notamment, avec la revendication familialiste de politiques matériellement familiales, aux côtés, voire parfois à la place, d'une revendication institutionnelle du type corporatiste<sup>1333</sup>.

**449.** Pour que l'Etat puisse agir dans un champ déterminé de la vie sociale de manière suffisamment réfléchie, constituant par cette action une véritable politique, il importe qu'une volonté apparaisse, qui détermine des types d'intervention et/ou qui conforte leur légitimité. L'action familiale publique ne déroge pas à cela ; elle est étroitement dépendante d'une conception moderne de la rationalité politique qui, aux côtés d'éventuelles revendications de certains groupes de pression, associe au pouvoir politique pour cette définition deux instances essentielles. D'une part, les scientifiques contribuent à la légitimité de l'intervention publique, en lui conférant durablement une apparence de neutralité politique (1). D'autre part, l'évolution des structures administratives rend l'appareil d'Etat prêt pour ce type d'intervention, et demandeur de celle-ci (2).

### **1 – L'INFLUENCE DE LA SCIENCE.**<sup>1334</sup>

**450.** Le familialisme en tant qu'idéologie comportait, dans sa phase originelle tout au moins, trop d'hypothèques politiques pour pouvoir s'établir comme courant de pensée hégémonique et pour pouvoir espérer, de son seul fait, influencer une intervention publique. Mais certaines des questions qu'il posait ont constitué, à partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le champ, direct ou indirect, de recherches et de discours scientifiques. C'est d'abord en tant qu'objet scientifique que l'action familiale est publicisée. Son importance pour l'Etat n'est plus affirmée mais démontrée. Ses implications politiques disparaissent sous les effets de la rationalité.

**451.** A l'inverse du familialisme qui centrait son approche sur la famille-sujet et sur une reconstruction sociale à partir de ce sujet, la science positive se place immédiatement dans une

---

<sup>1332</sup> Cf. entre autres l'historique qu'en propose R. Talmy, *thèse citée*, (n. 913).

<sup>1333</sup> Cf. titre précédent.

<sup>1334</sup> On trouvera une analyse globale des relations entre sciences et action politique sur la famille dans les ouvrages suivants : M. Chauvière, *L'expert et les propagandistes, Alfred Sauvy et le Code de la Famille de 1939*, Population, n° 6, 1992, p. 1441 et s. ; R. Lenoir, *L'Etat et la construction de la famille*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 91/92, 1992, p. 20 et s. & *Politique et famille en France*, Revue internationale d'action communautaire (Québec), n° 18/58, automne 1987, p. 17 et s. ; A. Prost, *L'évolution de la politique familiale en France de 1938 à 1981*, Le mouvement social, n° 129, Octobre-décembre 1984, p. 7 et s. ; F. Thebaud, *Le mouvement nataliste dans la France de l'entre-deux-guerres : l'Alliance nationale pour l'accroissement de la population française*, Revue d'Histoire moderne et contemporaine, avril-juin 1985, pages 276 et s.

perspective autre, qui se veut neutre sur la question du sujet, mais qui appréhende la famille comme objet social et fait apparaître sa fonction instrumentale.

De nombreuses disciplines scientifiques intègrent la famille dans leur cadre d'étude. Les sciences sociales sont à l'évidence les premières concernées, et il est certain que les analyses d'Emile Durkheim sur la famille et l'anomie <sup>1335</sup>, par exemple, ou de Frédéric Le Play <sup>1336</sup>, ont eu un impact polarisant <sup>1337</sup>. Ce ne sont cependant pas ces sciences qui ont eu la plus grande influence, et c'est au contraire à la médecine d'une part, aux statistiques d'autre part que revient, sans doute en raison de leur plus grande objectivité présumée, le rôle moteur.

**452.** La médecine s'intéresse d'abord à la famille comme modalité principale de l'environnement de l'homme, qui influe sur sa santé. A cet égard se constitue un courant hygiéniste, qui tend de prime abord à se servir de la famille comme vecteur d'un certain nombre de comportements à inculquer (alimentation, rythme de vie, etc.). Mais ce courant s'intéresse aussi à certains comportements dont il fait la critique médicale (comme l'alcoolisme ou les « mauvaises mœurs ») ; les conséquences sociales de ces comportements sont telles que l'importance pour l'ordre public et l'Etat d'une prévention est mise en évidence. De telles préoccupations rejoignent souvent celles des familialistes, en présentant la famille comme l'environnement normal, faisant obstacle aux comportements immoraux d'un côté, dangereux de l'autre. Le Code de la famille de 1939, premier instrument global et raisonné d'intervention publique à l'égard des familles, ne néglige alors pas cet aspect de l'ordre public <sup>1338</sup>.

**453.** La médecine s'intéresse ensuite à la famille comme lieu de la génération. Deux approches ici se complètent sans toujours se superposer.

D'une part, la médecine tend à agir sur la qualité de la génération humaine. Les préoccupations eugéniques ont marqué la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle plus profondément qu'on ne l'imagine souvent <sup>1339</sup>. Elles supposent une prise de position à l'égard des familles, objets de contrôle voire de sélection. Si le droit positif français a fait peu de place à ces préoccupations d'une partie du monde scientifique, son accueil en Allemagne nazie et en Italie fasciste, notamment, explique en partie la réticence que les démocraties retrouvées ont, dans ces pays, pour une politique prenant la famille pour objet.

---

<sup>1335</sup> Cf. par exemple *Religion, morale, anomie*, in *Textes*, Les éditions de Minuit, 1975, t. 2, p. 181 et s.

<sup>1336</sup> V. note 916.

<sup>1337</sup> On pourra se reporter à cet égard aux contributions actuelles sur « Le regard des sciences sociales sur la famille », dans l'ouvrage publié sous la direction de F. de Singly : *La famille, l'état des savoirs*, Editions La Découverte, 1991.

<sup>1338</sup> D. du 29/7/1939, chapitre III dit de la « protection de la race » (outrages aux bonnes mœurs, stupéfians, alcoolisme – annexe). Il n'est pas neutre que la première thèse soutenue sur cet instrument juridique soit une thèse de médecine, très favorable et moraliste : Y. Amilhou, *Le code de la famille, étude critique médico-sociale*, Toulouse, 1939.

<sup>1339</sup> Sur l'eugénisme, V. l'article de P. A. Taguieff, *Du fantasme au débat*, Pouvoirs n° 56 p. 23 et s., et les nombreuses références bibliographiques. Pour replacer l'eugénisme dans l'histoire des comportements scientifiques du début du siècle et de leurs relations avec le pouvoir politique, particulièrement en France et aux Etats-Unis, Cf. A. Drouard, *Une inconnue des sciences sociales : la fondation Alexis Carrel*, Maison des sciences de l'homme, 1992.

D'autre part, la médecine se préoccupe du mouvement quantitatif de la génération – ainsi que des décès d'ailleurs – . Elle partage cet intérêt avec d'autres sciences (géographie humaine, économie ou science politique, par exemple) qui vont se rejoindre autour d'une science instrument : la statistique <sup>1340</sup>.

**454.** Les progrès techniques <sup>1341</sup> et surtout l'apparition de services publics de statistique vont mettre en évidence, de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle aux années 30, ce que démographes, médecins ou publicistes <sup>1342</sup> dénonçaient depuis longtemps : la dépopulation française.

Les résultats de ces études sont repris dans le discours public. On s'attache ainsi, notamment du côté familialiste, à montrer que la famille est nécessairement un enjeu politique pris dans un réseau de mesures législatives, qui ne peuvent pas être neutres (statut civil du mariage et du divorce, pénalisation de l'avortement, ou de l'adultère, par exemple), et qui doivent être envisagées (pour les maintenir ou pour les modifier) dans une optique de protection de la famille et de la natalité. Et surtout, le nationalisme de droite ou de gauche <sup>1343</sup> s'appuie sur ces résultats pour revendiquer une politique directement nataliste, que relaient certaines formes d'économisme opposées au malthusianisme.

En outre, le courant nataliste, scientifique et non limité à une frange de l'échiquier politique, est lui-même politiquement actif <sup>1344</sup> ; il investit deux endroits-clés à l'approche de la dernière guerre, transposant la question familiale de la recherche à l'action politique : la fondation Alexis Carrel <sup>1345</sup> et le cabinet du ministre des Finances Paul Reynaud en 1938-1939, avec Alfred Sauvy. La première aura un avenir sous Vichy, et donnera naissance – entre autres – à l'INED de la libération <sup>1346</sup>. Le second sera à la source du code de la famille. De l'expertise, de la connaissance, de la revendication politique, la science est passée à la gestion et à la décision, s'installant dans la sphère administrative. Pour prendre des formes diverses <sup>1347</sup>, pour s'ouvrir à l'influence de plus en plus prégnante d'autres disciplines qui enregistrent et/ou provoquent le

---

<sup>1340</sup> Sur la « préhistoire » des utilisations statistiques publiques, notamment en matière démographique (Condorcet, F. de la Michodière, Laplace, etc.) Cf. E. Brian, *La mesure de l'Etat, administrateurs et géomètres au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Albin Michel, 1994.

<sup>1341</sup> Cf. notamment les mémoires d'Alfred Sauvy : *De Paul Reynaud à Charles de Gaulle*, Casterman, 1972 & le livre éponyme que lui a consacré M. L. Lévy (La Manufacture, 1990).

<sup>1342</sup> Jean Bodin déjà ne voyait de richesse « que d'hommes ».

<sup>1343</sup> V. pour une approche nataliste, même si la gauche est dans l'ensemble peu sensible, voire hostile, à ces questions, le premier des *Quatre Evangiles* d'E. Zola, *Fécondité*, in *Oeuvres Complètes*, T. 8, Le cercle du Livre précieux, Paris, 1968 (compléter avec les notes de Zola sur la genèse de l'oeuvre, *ibid.* p. 505 et s). Pour replacer dans le contexte historique et théorique, Cf. A. Dumont, *Natalité et démocratie*, Schleicher, Paris, 1898 & R. Hertz, *Socialisme et dépopulation*, Les cahiers du socialisme, n° 10, 1910.

<sup>1344</sup> Rapp. le lobbying de l'Alliance pour l'accroissement de la population, la mise en place de commissions extraparlémentaires de la dépopulation (1902 & 1913), etc. Cf. les références note 1334.

<sup>1345</sup> A. Drouard, *op. cit.*, (n. 1339).

<sup>1346</sup> Cf. *infra*.

<sup>1347</sup> Et notamment le Comité consultatif national d'éthique.

recentrage à la fois individuel et pédocentrique de l'action familiale publique <sup>1348</sup>, la science n'a pas depuis quitté cette sphère et contribue, aux côtés de la représentation familiale, à peser, de manière parfois dispersée – voire opposée <sup>1349</sup> – mais toujours directe, sur les choix politiques, au nom de la rationalité.

---

<sup>1348</sup> En premier lieu sociologie et psychologie.

<sup>1349</sup> Toutes les sciences ne se donnent pas la même conception du devoir-faire de l'Etat vis-à-vis des familles ; au sein d'une même discipline, les débats sont vifs (la démographie en constitue un exemple flagrant, comme le souligne fort justement le sous-titre que donne J. Véron à son *Arithmétique de l'homme* : « *la démographie entre science et politique* », Seuil, 1993), ce qui ne peut que conduire à relativiser toute prétention à une pureté de la science et ne saurait nous étonner. Cf. note 1374.



## 2 – LE ROLE DE L'APPAREIL D'ETAT. <sup>1350</sup>

455. C'est ainsi à la veille de la dernière guerre que la question familiale peut être publicisée de manière globale. Si les activités politiques et parlementaires <sup>1351</sup> comme les préoccupations scientifiques ont contribué à une telle prise de conscience, c'est l'évolution des structures administratives qui a favorisé directement cette reconnaissance.

D'une part, en 1906, apparaît un premier département ministériel autonome à vocation sociale : le ministère du Travail et de la Prévoyance <sup>1352</sup>. Les questions sociales qui relevaient de départements divers, sont maintenant centralisées. Cette structure génère une administration spécifique, qui elle-même développe une conception publique du social, différente de l'ordre public visé par le ministère de l'Intérieur, et capable de se saisir de la question familiale pour la formuler en termes de demande. La spécialisation se poursuit en 1920 avec l'autonomie d'un département « Hygiène, assistance et prévoyance sociales » <sup>1353</sup> puis de départements « Santé publique » <sup>1354</sup> et « Protection de l'enfance » <sup>1355</sup>.

D'autre part apparaissent dans le même temps, dans les milieux proches du pouvoir, différents réseaux d'hommes politiques, de statisticiens et d'économistes, qui vont investir ce champ administratif naissant : cabinets ministériels, administrations spécialisées de l'économie (comme la Statistique générale de France) <sup>1356</sup>. Ils peuvent alors peser sur l'orientation politique et constituent, par trois séries de textes, la famille comme objet homogène d'intervention publique : la loi de 1932 et les décrets de 1938 sur les prestations familiales <sup>1357</sup> ; le code de la famille de 1939 <sup>1358</sup> ; le décret du 5 juin 1940, transformant le ministère de la Santé publique en ministère de la Famille française. L'action acquiert alors un caractère systématique, à la fois structurel (ministère) et matériel (prestations, réglementation), qu'accentue la référence symbolique à la codification.

---

<sup>1350</sup> On pourra consulter, outre les références citées notes 1325 & 1334, la thèse précitée de M. Messu (n. 1328) et son ouvrage sur *Les politiques familiales, du natalisme à la solidarité* (Les Editions Ouvrières, 1992), ainsi que deux articles sur l'historique des services administratifs : M. Bargeton & A. Ziegler, *Historique des ministères du Travail, de la Santé publique, des Affaires Sociales*, RF aff. soc., 1971, n° 1, p.59 et s. ; P. Maclouf, *Eléments de la genèse de la direction de l'Action Sociale*, RF aff. soc., 1992, n° 4, p. 123 et s. On trouvera enfin en annexe de la thèse un historique des structures ministérielles ayant en charge la famille, ainsi que des organigrammes sur la répartition actuelle des services centraux traitant la question.

<sup>1351</sup> Cf. titre précédent.

<sup>1352</sup> Premier cabinet Clémenceau du 25/10/1906, titulaire : R. Viviani.

<sup>1353</sup> Premier cabinet Millerand du 20/1/1920, titulaire : J. L. Breton, très lié aux milieux natalistes et familialistes.

<sup>1354</sup> Deuxième cabinet Tardieu, 2/3/1930.

<sup>1355</sup> Premier cabinet Blum, 4/6/1936.

<sup>1356</sup> V. l'article de M. Chauvière (n. 1334).

<sup>1357</sup> Sur ces textes, Cf. le livre de D. Ceccaldi (n. 1326) & J. J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 1993, p. 40 et s.

<sup>1358</sup> Cf. note 1338.

Deux précisions s'imposent toutefois. La conjoncture historique ne peut d'abord être négligée dans cette émergence, et notamment la crainte nationaliste liée à la dépopulation est patente, spécialement dans l'aspect emblématique du décret de 1940, qui se poursuit avec la politique de Vichy (prétendant volontiers « expier les fautes » du libéralisme à l'encontre de la famille). Ensuite, même si l'action familiale a une dimension sociale, même si le natalisme essaime à gauche, c'est avec le gouvernement Daladier, et la réorientation politique vers la droite catholique, que la famille fait l'objet d'une politique publique. Néanmoins, il ne fait aucun doute que, sans la préparation administrative du champ familial, cette constitution n'aurait pu se faire dans les mêmes conditions.

**456.** La publicisation de la question familiale ne sera plus remise en cause. Vichy la poursuivra sans réelle innovation du point de vue nataliste, mais en faisant émerger une approche familialiste <sup>1359</sup>. La Libération partage de ce point de vue la même analyse. La question évoluera dans son contenu et ses modalités, certes, mais sans que son statut d'objet de politique publique soit sérieusement contesté <sup>1360</sup>.

Ce statut engendre en retour une administration spécifique. De ce point de vue, il faut être bien conscient que les départements ministériels sont l'enjeu d'une stratégie politique, tant pour leur attribution que dans leur dénomination et dans leur statut <sup>1361</sup>.

**457.** L'intitulé traduit tout d'abord une volonté politique gouvernementale. Le recours au substantif *population* ne renvoie pas aux mêmes valeurs que le recours à celui de *famille* ; la disparition de toute référence explicite au sein des *affaires sociales*, par exemple, est également significative. A cet égard, si le régime de Vichy manifestait ostensiblement son idéologie familiale <sup>1362</sup>, la IV<sup>e</sup> République semble insister davantage sur les aspects démographiques et sanitaires, alors qu'à partir du deuxième septennat de Charles de Gaulle, une approche « globalisante » des affaires sociales prévaut le plus souvent, correspondant d'ailleurs à l'évolution des structures administratives. Il faut attendre la fin des années 70 pour voir réapparaître explicitement le terme *famille*.

---

<sup>1359</sup> Cf. la contribution d'A. Coutrot : *La politique familiale*, in R. Rémond (Dir.), *Le gouvernement de Vichy, 1940-1942*, Armand Collin, 1972, p. 245 et s. Cette émergence nouvelle est très nette, comme nous l'avons dit, s'agissant de la représentation familiale, originalité vichyssoise.

<sup>1360</sup> Cf. cependant le point de vue du mouvement libertarien : B. Leménicier, *Le marché du mariage et de la famille*, PUF, 1988. La critique reste très minoritaire.

<sup>1361</sup> Il faut également avoir conscience que la réalité de l'action publique dépend des structururations internes au ministère : à propos de la famille, Cf. chapitre suivant.

<sup>1362</sup> La structure gouvernementale était alors telle qu'il faut tenir compte à la fois des départements classiques (ministères, secrétariat d'Etat), et de structures gouvernementales dotées d'une relative autonomie et d'un pouvoir certain : Secrétariat général à la famille et Commissariat général à la famille, dont de nombreux membres seront en poste jusqu'en 1944, et confirmés dans leur fonction à la Libération. Cf. A. Coutrot, *La politique familiale*, in R. Rémond (Dir.), *Le gouvernement de Vichy, 1940-1942, Actes du colloque des 6 et 7 mars 1970*, Armand Collin, 1972, p. 245 et s.

Politiquement ensuite, le ministère en charge de la Famille est attribué, en fonction des majorités successives, à des représentants de partis bien déterminés. La place centrale depuis la Libération du MRP d'abord, de ses successeurs ensuite (centristes), chaque fois qu'ils peuvent prétendre à cette attribution, doit être soulignée.

Enfin, la question familiale constitue rarement l'attribution unique du ministre : prise dans différentes optiques, parfois celle de la sécurité sociale et du travail, parfois celle de la santé, parfois celles des femmes, la question familiale voit souvent ses objectifs lui être assignés par association d'idées. Ce n'est, curieusement d'ailleurs pour ceux qui y voyaient un thème politique bien marqué, qu'avec le premier gouvernement Mauroy que la famille retrouve son autonomie de 1940, pour peu de temps il est vrai (1981-1983 ; 1988-1990). Encore faut-il remarquer qu'en ces hypothèses, l'autonomie est sérieusement nuancée par le statut du département lui-même : secrétariat d'Etat ou ministère délégué le plus souvent. En définitive, la spécialisation ne joue pour l'essentiel qu'au sein d'une approche plus vaste, correspondant dans la terminologie actuelle aux affaires sociales : tel est le cas aujourd'hui du *Ministère des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville*, qui a vocation à traiter de la famille, mais ne la vise pas dans son intitulé.

Il résulte incontestablement d'une telle organisation une difficulté pour mener une action politique cohérente à l'égard des familles, dès lors que le ministre n'a pas toujours sous son autorité les services mettant en oeuvre les mesures arrêtées. A cet égard, la constitution de la famille comme objet politique se heurte à un pouvoir administratif fort, qui contribue à la penser selon une structuration technocratique, et qui lui donne une coloration nécessairement implicite.

## **B – Interprétations de l'apparition de politiques explicites.**

**458.** Quelles sont les raisons de l'intervention publique <sup>1363</sup> ? Sans doute sont-elles complexes. Concernant la matière familiale, il est certain que si les demandes qui conditionnent l'apparition de l'action publique sont identifiables, la réponse de l'Etat correspond à de multiples considérations.

**459.** Le glissement de l'ordre public (droit civil et droit pénal principalement) à la gestion publique (prestations familiales, aides aux parents ou politique fiscale, par exemple) appelle de prime abord une réflexion sur les objectifs de l'Etat, et sur le passage du libéralisme à l'interventionnisme, de l' *Etat gendarme* à l' *Etat providence*.

---

<sup>1363</sup> V. par exemple les actes du colloque du CRESAL–Université Jean Monnet de Saint-Etienne, *Les raisons de l'action publique, entre expertise et débat*, L'Harmattan, 1993.

Il ne fait aucun doute que la généralisation de la protection familiale s'inscrit pour partie, notamment depuis la Libération, dans un mouvement de protection sociale lié à une telle évolution. Mais on ne saurait néanmoins tenir cette explication pour unique et totale. Notamment, les considérations liées à l'ordre public ne disparaissent pas, et, aux côtés des modalités classiques de la police des familles, il faut aussi se demander dans quelle mesure une politique volontariste à l'égard des familles ne participe pas des nouvelles modalités de définition de l'ordre public dans un Etat social. Ne relevant plus ni d'un domaine public individualisé ni d'un domaine privé réduit à l'intimité, la question familiale est subsumée dans un espace social que le pouvoir politique s'efforce de quadriller <sup>1364</sup>. L'intervention procède d'une définition préalable, sinon d'un modèle familial souhaité explicitement par l'Etat, du moins des modalités familiales à favoriser : l'approche rejoint bien ainsi celle des libertés publiques protégeant la vie familiale normale <sup>1365</sup>, même si sa connexion avec d'autres préoccupations (natalistes ou sociales notamment <sup>1366</sup>) ne permet pas de superposer totalement les deux lectures : la normalité protégée, celle qui ne nuit pas à l'Etat, est à cet égard plus large que la normalité recherchée, celle qui lui serait au mieux utile.

**460.** Surtout, pour une part non négligeable, cette constitution d'une politique publique néglige les familles comme destinataires pour ne les appréhender qu'instrumentalement. L'intervention, l'ordre public, ne se font pas tant vers les familles que par elles. Tel est le cas de tout l'aspect nataliste, qui répond à des exigences spécifiques (intérêt national ou intérêt économique). Mais tel est également le cas de toute une série d'interventions dans le champ social, pour laquelle l'Etat a pris conscience du rôle structurant de la famille (notamment par la stabilité environnementale qu'elle procure) <sup>1367</sup>.

**461.** Si la constitution de la famille comme catégorie relativement homogène répond à l'ensemble de ces objectifs, avec des pondérations variables, pour constituer l'intérêt général en la matière, il faut alors voir que cette constitution témoigne également de la dialectique liée au travail que peuvent effectuer des groupes de pression pour faire prendre en compte par l'Etat des pans de la vie sociale ; à partir de revendications plurielles et divergentes (nationalistes, moralistes et religieuses, sociales, médicales, etc.), l'appareil administratif et politique a construit son objet d'action, qui n'ignore aucune de ses revendications, mais qui ne les enregistre pas systématiquement. C'est aussi au regard de cette dialectique que doit être appréciée la fonction représentative des unions d'associations familiales <sup>1368</sup>.

---

<sup>1364</sup> Cf. par exemple J. Donzelot, *op. cit.* (n. 1329).

<sup>1365</sup> V. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>1366</sup> Cf. *infra*.

<sup>1367</sup> Cf. B. Fragonard (Dir.), *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion, rapp. préparatoire au XI<sup>e</sup> plan*, Doc. fr., 1993.

<sup>1368</sup> Cf. titre précédent.

Or, il faut pareillement souligner que les raisons de l'action publique se réfèrent, dans l'Etat moderne, à une action publique de la Raison, qui cherche véritablement en dernière instance sa légitimité dans la rationalité objective de la science <sup>1369</sup>.

En relation avec cette conjonction apparaît un triptyque fondamental qui reproduit à la périphérie de l'appareil d'Etat, pour la question familiale, les trois logiques de la politique moderne : la logique représentative (les unions d'associations familiales), la logique scientifique (les instituts spécialisés de l'Etat : Institut national des études démographique, Institut de l'enfance et de la famille) <sup>1370</sup>, la logique gestionnaire (les caisses d'allocations familiales) <sup>1371</sup>.

Le recours à la démographie et à des concepts qui n'apparaissent pas directement comme politiques, tels l' *optimum de population* – « position intermédiaire entre le surpeuplement et le sous-peuplement qui rendrait le niveau d'existence aussi élevé que possible » <sup>1372</sup> – ou la « taille normale de la famille » <sup>1373</sup>, permet ainsi une dépolitisation de l'action, la rendant « évidente », et donc acceptable par tous les pouvoirs. La position du parti socialiste dans les années 80, qui a pu surprendre d'un point de vue idéologique en faisant de la famille une de ses priorités, ne s'explique pas autrement, même si, une fois l'évidence de l'intervention publique admise, les modalités de mise en oeuvre et les objectifs divergent.

Mais il faudrait alors se demander si cette évidence ne constitue pas une démission du pouvoir politique face à la science : la question du statut politique de la science dépasse largement les considérations que nous pouvons ici présenter pour apprécier l'action publique <sup>1374</sup>. Les débats scientifiques, et pour s'en tenir aux plus simples en démographie, l'opposition entre malthusiens et anti-malthusiens <sup>1375</sup>, ou la querelle des indices de fécondité <sup>1376</sup>, incitent

---

<sup>1369</sup> Rapp. M. Kaluszynski, *Les bonnes moeurs, approche historique*, in F. de Singly (Dir.), *La famille, l'état des savoirs*, Editions La Découverte, 1991, p. 334 et s. et spéc. p. 336-338.

<sup>1370</sup> Cf. chapitre 2 du présent titre. On peut déjà souligner à cet égard qu'il n'est pas neutre qu'avec l'INED, la démographie échappe pour partie à la logique intégratrice de la recherche scientifique en France, via le CNRS et l'Université.

<sup>1371</sup> Cf. chapitre 2 du présent titre.

<sup>1372</sup> A. Sauvy, *La population*, PUF, 15<sup>e</sup> édition 1992. L'auteur est prudent dans l'affirmation d'un tel optimum, ce qui n'est pas toujours le cas de ceux qui se servent de la démographie pour définir une politique.

<sup>1373</sup> P. Vincent, *La famille normale*, Population 1950 p. 251 et s.

<sup>1374</sup> Sur cette question, qui ne saurait être négligée par les juristes du point de vue de l'objet comme de celui du sujet (les conditions épistémologiques de la science du droit), on pourra se reporter pour introduire le débat aux recherches de science administrative qui adoptent une approche critique (J. Chevallier & D. Loschak, *Science administrative*, LGDJ, 1978, spécialement t. 1 p. 80 et s. ; J. A. Mazères, *Cours de Science administrative*, Maîtrise en droit public, Université de Toulouse 1).

<sup>1375</sup> Cf. Malthus, *Essai sur le principe de population*, Flammarion, 1992. Parmi les nombreux ouvrages sur la démographie, sont particulièrement faciles d'accès pour le non-spécialiste ceux de J. Véron (n. 1349) et d'A. Sauvy (n. 1372), ainsi que : A. Jacquard, *L'explosion démographique*, Flammarion, 1993 & J. Vallin, *La démographie*, La Découverte, 1992.

<sup>1376</sup> Il faut, en démographie comme ailleurs, savoir ce que révèle un indice, ce que l'on peut attendre de lui. De ce point de vue, des débats sont parfois vifs entre démographes qui se réfèrent pour certains à un indice conjoncturel de fécondité, indicateur transversal qui décrit seulement une situation à un moment donné, et la descendance finale, indicateur longitudinal qui décrit la descendance réelle. Ce dernier décrit, tardivement, une réalité alors que le premier donne, immédiatement, une indication qu'un comportement ultérieur des acteurs peut modifier. Ainsi, le retard à la maternité peut

cependant à ne pas tenir pour acquis tout discours à prétention scientifique <sup>1377</sup>, spécialement lorsqu'il porte sur l'homme <sup>1378</sup>. Surtout, il s'agit de déterminer si ces divergences ne cachent pas en fait une critique de l'action elle-même, c'est-à-dire qu'il convient de s'interroger sur l'identification de cette action une fois son objet, la famille, constitué.

---

faire baisser considérablement l'indice conjoncturel sans que l'on puisse être certain que la descendance finale soit réellement ou autant en baisse, puisque des enfants pourront peut-être naître plus tard.

<sup>1377</sup> Ce qui ne préjuge pas de la validité de la démographie, par exemple, comme science. Mais il n'est pas certain que l'analyse scientifique de faits avérés et la prévision scientifique d'événements en fonction de ces faits puisse constituer pour la conduite politique l'unique élément à considérer : on sait depuis Machiavel qu'être *Le Prince*, c'est se placer du point de vue de la totalité, ce à quoi aucune science, aucune technique, aucun expert ne peut prétendre *ès qualités*.

<sup>1378</sup> Le salutaire livre de S. J. Gould, *La mal-mesure de l'homme*, Ramsay, 1983, même s'il porte sur l'analyse qualitative de l'homme, et non sur l'analyse quantitative, devrait nous inviter ici à demeurer toujours en éveil à l'égard de toute prétention scientifique de réifier l'homme en tant qu'objet de calcul.

## **§ 2 – Une politique mal identifiée.**

**462.** Se devant d'être spécifique pour répondre à son objet (A), l'intervention publique en direction des familles ne peut être que globale pour tenir compte du caractère total de la famille (B). Au-delà de l'ambiguïté que cette double affirmation entraîne, il faut s'interroger sur les conditions de l'efficacité d'une telle politique (C).

### **A – Le vœu d'une politique spécifique.**

**463.** On parle couramment de *la* politique familiale. Ce singulier suppose une homogénéité de l'action qu'il est difficile en pratique de retrouver. Malgré une volonté de neutralité et de syncrétisme, qui se traduit dans « l'idéologie du libre-choix »<sup>1379</sup>, toute politique familiale oscille entre deux objectifs parfois contradictoires, la politique nataliste et la politique sociale. Selon les époques et les orientations politiques, l'un ou l'autre aspect sera privilégié, sans être toujours ouvertement assumé, et sans que l'autre composante soit totalement abandonnée<sup>1380</sup>. Par ailleurs, ces objectifs eux-mêmes sont susceptibles de plusieurs significations.

#### ***1 – POLITIQUE FAMILIALE ET POLITIQUE NATALISTE.***

**464.** La politique familiale peut d'abord répondre à des objectifs natalistes.

---

<sup>1379</sup> Cette conception tend à satisfaire conjointement action nataliste et action sociale de la manière suivante : en prenant en charge – au moins partiellement – le coût de l'enfant, en agissant sur les conditions de travail, ou par toute une série d'autres mesures (Cf. *infra*), l'Etat permettrait aux parents d'avoir les enfants qu'ils n'ont pas, et leur donnerait ainsi la possibilité d'exercer librement et effectivement leur choix. La vision est sans doute sociale – ou du moins correspond à une certaine vision du social –. Mais pour être *aussi* nataliste, elle suppose que, massivement, les parents n'ont pas le nombre d'enfants qu'ils souhaitent. L'affirmation mériterait au moins réflexion et critique : il n'est pas douteux qu'une proportion non négligeable des parents potentiels a fait un choix d'une descendance limitée ou nulle, pour des raisons diverses qui ne sauraient être ramenées aux seules considérations immédiatement matérielles. Dès lors, le libre-choix est illusoirement une réponse totale : ou il s'agit d'une mesure essentiellement sociale qui permet la réalisation des ambitions légitimes de parents défavorisés, mais qui ne joue pas sur des grands nombres pour pouvoir induire une politique nataliste ; ou il s'agit d'une mesure essentiellement nataliste, option légitime de l'Etat, mais qui force, eu égard notamment à la situation économique, au chômage, etc., le choix de certaines personnes, en rendant matériellement attractive la maternité, par rapport au travail féminin notamment.

<sup>1380</sup> V. comme illustration l'exposé des motifs de la loi « famille », Pj de L. n° 1201, 2/5/1994 ; Adde C. Codaccioni, *La politique familiale, rapport au Premier ministre*, Octobre 1993, inédit.

De prime abord, l'intervention sur les familles s'inscrit dans le cadre d'une politique de la population. Elle en constitue un des pans aux côtés de la politique de migration. La famille est alors prise comme pur instrument, et s'assimile étroitement à la filiation. En fonction de données démographiques vérifiées (la situation actuelle) et en fonction d'un projet démographique arrêté comme politiquement souhaitable, qui incorpore une appréciation quantitative (population à obtenir, rythme d'accroissement) et structurelle (structure de la population par âge <sup>1381</sup>, rapport des populations immigrées et indigènes), des mesures publiques sont proposées pour servir de modèle aux populations concernées et les inciter à adopter le ou les comportement(s) permettant l'obtention du résultat souhaité. Une telle politique est donc essentiellement marquée par le réalisme : elle suppose l'existence de moyens de connaissance <sup>1382</sup> et une adaptabilité à la conjoncture. Elle n'implique aucune forme *a priori* d'action, ni n'en réfuse, si ce n'est en fonction des valeurs constitutives de l'Etat <sup>1383</sup>. Ce réalisme conduit en France, à l'heure actuelle, à une redéfinition des priorités, qui ne postulent plus un modèle familial et qui ne mettent plus l'accent uniquement sur les familles nombreuses, mais qui tendent à restreindre les effets du retard à la première maternité <sup>1384</sup> et à favoriser l'arrivée du deuxième enfant (qui, en raison de l'importance quantitative des familles à enfant unique, a les conséquences arithmétiques les plus importantes) <sup>1385</sup>.

Mais une politique nataliste peut également correspondre à une autre logique que celle de la simple démographie, pour promouvoir un modèle familial, celui de la famille nombreuse. Cette conception du natalisme, très liée au catholicisme, a marqué la naissance de la politique familiale française et continue à l'imprégner, même si elle n'est certes pas son inspiratrice principale. A l'inverse du natalisme populationniste, le natalisme moral ne s'accommode pas de toute forme d'action : principalement, il s'attache à une redistribution horizontale des revenus et des services,

---

<sup>1381</sup> Cette structure détermine bien sûr d'abord la dynamique d'un pays et sa capacité à s'accroître, démographiquement et économiquement (Cf. G. F. Dumont *et alii*, *La France ridée*, Hachette, 1979). Mais elle conditionne également immédiatement la protection sociale : il suffit de penser au financement des retraites, même si le déficit structurel est davantage lié à l'allongement de la durée de vie (et donc de versement), qu'à la baisse des naissances (et donc au financement actuel et futur).

<sup>1382</sup> Cf. chapitre 2.

<sup>1383</sup> Dans les démocraties libérales, les comportements peuvent être encadrés ou favorisés, mais cela ne se traduit pas par un impératif comportemental. A l'inverse, certains pays, confrontés il est vrai à des problèmes différents (surpopulation, etc.) peuvent adopter des mesures plus contraignantes (planning familial obligatoire en Chine par exemple : art. 49 al. 2 de la Constitution chinoise du 4/12/1982).

<sup>1384</sup> Les femmes ont leur premier enfant en moyenne à 28 ans et demi en 1992. Ce retard est lié à différents éléments : allongement des études féminines, etc. ; plus le premier enfant arrive tard, plus l'éventualité de naissances futures est limitée.

<sup>1385</sup> On pourra se reporter à : G. Tapinos (Dir.), *La France dans deux générations, population et société dans le premier tiers du XXI<sup>e</sup> siècle*, Fayard, 1992 ; *La France et sa population*, Les cahiers français n° 259, janvier-février 1993 ; *La population de la France*, Séminaires de la promotion Jean Monnet de l'ENA, Futuribles, 1993. Rappelons que la France comptait au 1/1/1994 (INSEE première n° 294, février 1994) environ 57 803 600 habitants, qu'en 1993, il y est né 712 000 enfants soit 31 000 de moins qu'en 1992, que l'indicateur conjoncturel de fécondité est passé de 180 enfants pour 100 femmes en 1988 à 165 en 1993 (il était en 1992 de 209 en Suède, de 130 en Allemagne, de 123 en Espagne ; le remplacement des générations est effectif avec une descendance finale d'environ 210 enfants pour 100 femmes en Europe occidentale).



tendant à rendre neutre le coût des enfants, et à garantir aux familles nombreuses le niveau de vie qu'elles auraient sans enfant ; il comporte également la mise en oeuvre d'un système normatif moralisateur.

## **2 – POLITIQUE FAMILIALE ET POLITIQUE SOCIALE.**

**465.** Puisque la famille structure le champ social, la politique sociale ne peut négliger la dimension familiale <sup>1386</sup>. Toutes les approches de la question familiale, natalistes ou autres, s'accordent par ailleurs à considérer que les charges de famille constituent pour les individus un coût, que l'Etat peut être amené à compenser. Enfin, l'action familiale publique se réalise concrètement par une activité économique, publique ou privée, qui peut orienter l'économie. De ces trois points de vue au moins se produit une interférence entre politique familiale et politique sociale, sur laquelle il convient de s'arrêter <sup>1387</sup>.

**466.** L'action publique à l'égard des familles peut, dans une logique de redistribution horizontale, compenser les charges que rencontrent les familles du fait des enfants, pour établir l'égalité entre les situations que connaissent les adultes à revenus comparables. Une telle approche, comme nous l'avons dit, tend en fait à promouvoir un modèle familial de référence, la famille nombreuse.

Mais l'Etat peut également considérer que toutes les familles n'exigent pas une telle redistribution, et limiter son aide aux familles à revenus modestes ou en situation particulière (comme les familles monoparentales). Il substitue alors à la logique de redistribution horizontale des revenus une logique de redistribution verticale, en soumettant le droit aux prestations ou leur montant, l'accès aux services publics et la mise en oeuvre de leurs tarifs, par exemple, à des conditions de ressources.

Le choix est totalement politique et, sous réserve d'une interprétation restrictive de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946, qui énonce seulement que l'Etat offre les « conditions nécessaires au développement » – interprétation restrictive que ne retient pas la

---

<sup>1386</sup> Pour certains auteurs d'ailleurs, il existe une politique d'action sociale générale, qui est l'action familiale, et des actions spécialisées (enfance, vieillesse, etc.). Cf. B. Lory, *La politique d'action sociale*, Privat, 1975.

<sup>1387</sup> On pourra se référer notamment aux ouvrages de J. Bichot, *Economie de la protection sociale*, Armand Colin, 1992 & *La politique familiale*, Cujas, 1992, à l'article de J. Magniadias, *La politique familiale, genèse, développements, enjeux, actuels*, La Pensée n° 298, 2<sup>e</sup> trimestre 1994, p. 45 et s., ainsi qu'aux rapp. présentés au nom du Conseil économique et social d'une part par R. Burnel, *La politique familiale globale*, JO Cons. écon. et soc. 1981 n° 13, & d'autre part par H. Brin, *La Politique familiale française, 24 et 25 Septembre 1991*, JO Cons. écon. et soc. 1991 n° 23. Les ouvrages cités aux notes 1325 & 1367 permettent également d'apprécier ces interférences.

jurisprudence, comme nous l'avons constaté <sup>1388</sup> –, il repose sur une appréciation de situations objectivement différentes entre des familles à revenus différents, susceptible de justifier une différence de situation et d'intervention <sup>1389</sup>. L'action prend néanmoins une signification autre que celle qui apparaîtrait avec une politique indifférenciée : elle correspond sans doute mieux au concept de *subsidiarité*, qui a marqué le familialisme au travers du catholicisme social, ce qui rend par ailleurs curieuses les revendications d'une partie de ce mouvement en faveur d'une politique strictement familiale.

C'est cet aspect social qui a marqué profondément la politique familiale depuis les années 70, même si l'objectif démographique, au moins depuis quinze ans, reprend le dessus. En toute hypothèse, et au-delà des variations volontaristes qui guident la décision politique, il faut souligner l'extrême importance que représentent objectivement les prestations et services familiaux dans la lutte contre la pauvreté et l'exclusion <sup>1390</sup>, importance qui ne peut être négligée quels que soient les objectifs recherchés ; elle ne l'est d'ailleurs pas.

**467.** Si cette première conjonction entre le social et le familial repose sur des considérations d'équité et de justice sociale, un deuxième niveau intègre pleinement la politique familiale à la politique sociale pour constituer, au sens large, une action sociale vers les familles. L'exclusion sociale, la France à deux vitesses, génèrent une anomie, une perte de repères structurants ; elles en résultent également. Le combat social contre les conséquences de la crise économique, du chômage, du développement des banlieues ghettos et de la violence urbaine, passe immédiatement par la reconstruction d'un quadrillage social pour lequel la famille constitue un premier enjeu.

Alors que la fonction de socialisation du droit de la famille semble maintenant restreinte <sup>1391</sup>, c'est par une action directe sur les familles, par la fourniture de services (et particulièrement ici l'aide familiale : travailleuses familiales, conseillers en économie sociale et familiale ou aides ménagères, par exemple), par la responsabilisation qui associe les familles au développement social, que l'Etat peut enrayer l'exclusion : c'est ainsi que doivent être appréciés notamment le droit au regroupement familial ou les procédures de participation (comme les expériences de démocratie locale ou les procédures de développement social urbain). L'extrême importance de l'action sociale des caisses d'allocations familiales témoigne de la prégnance de cette optique <sup>1392</sup>.

<sup>1388</sup> Sect., 6 juin 1986, Fédérations des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique (annexe). V. pour l'étude de l'interprétation jurisprudentielle de l'alinéa 10 *supra*, 1<sup>ère</sup> partie, § 216 et suivants;

<sup>1389</sup> La jurisprudence est sur ce point maintenant bien arrêtée : Cf. pour mémoire de manière générale CE, Ass., 13/7/1962, Conseil national de l'ordre des médecins, RD publ. 1962.739 (concl. Braibant). Il faut toutefois noter que le lien avec la question familiale doit alors être tenu : si la discrimination est légale s'agissant de l'accès aux services familiaux comme les crèches (CE, 20/1/1989, CCAS de La Rochelle : AJDA 1989 p. 398 – obs. Prétot), elle ne l'est plus pour les services de loisir, comme les écoles de musique (CE, 26/4/1985, Ville de Tarbes : Rec. p. 119 & RFD adm. 1985.707 – concl. Lasserre ; AJDA 1985.409 – chron. Hubac & Schoetl ; D. 1985.593 – note Hamon)

<sup>1390</sup> Cf. le rapport Fragonard précité (n. 1367) et la thèse de J. Fierens, *Droit et pauvreté*, Bruylant, 1992, spécialement p. 241 et s. On estime que hors prestations familiales, 800 000 familles disposeraient en France d'un revenu inférieur à 50 francs par jour et par personnes ; 600 000 d'entre elles dépassent grâce à ces prestations le seuil officiel de pauvreté (chiffres cités par A. Arseguet, *Les politiques familiales en France*, Les petites Affiches 9/3/1994 p. 13).

<sup>1391</sup> Cf. C. Neirinck, *La fonction de socialisation du droit de la famille*, Les Petites Affiches, 23 juin 1993, p. 16 et s.

<sup>1392</sup> Cf. chapitre 2.

**468.** Enfin, comme pour toute politique publique, l'action de l'Etat envers les familles mobilise des sommes considérables, met en oeuvre des financements importants et induit des comportements économiques. Cette influence peut alors être utilisée dans le cadre d'une politique active sur le marché. Deux exemples actuels en fournissent la démonstration.

D'une part, dans une perspective d'allègement du coût du travail, l'exonération partielle ou totale des charges sociales peut être recherchée. Parmi elles figurent les cotisations familiales, qui financent une partie non négligeable de la politique familiale. Celle-ci doit alors trouver d'autres moyens de financement (et particulièrement recourir à un financement par l'impôt), à moins que les sommes mises en oeuvre soient réduites. C'est à l'Etat de déterminer si les avantages en termes d'emplois qui résultent de telles exonérations compensent l'action directe sur les familles (en diminuant le nombre de personnes à aider par exemple) <sup>1393</sup>. Mais il doit, à l'inverse, avoir conscience du rôle redistributeur des prestations familiales ou de la politique familiale fiscale, qui n'est pas sans effet sur la consommation, et sur sa relance. C'est dans cette perspective que la *loi du 25 juillet 1994 relative à la sécurité sociale* a marqué l'engagement de l'Etat de compenser intégralement sur son budget les diminutions de ressources que subiraient les branches de la sécurité sociale du fait d'une décision d'exonération, totale ou partielle de cotisation ; dans le même temps, l'Etat s'est engagé, par la *loi du 24 juillet 1994 relative à la famille*, à financer les charges de la branche famille qui augmenteront du fait de la mise en oeuvre progressive des nouvelles dispositions adoptées en matière familiale (allongement de l'âge limite pour ouvrir le droit aux allocations, modification du régime de certaines prestations, notamment de l'allocation parentale d'éducation).

D'autre part, dans le cadre de la lutte contre le chômage, l'Etat peut chercher à diminuer le travail des mères de famille, soit en favorisant le travail à temps partiel, soit en favorisant la fonction maternelle par l'octroi d'allocations substantielles et d'une couverture sociale (retraite et maladie notamment). Les allocations parentales d'éducation <sup>1394</sup> ou les propositions de salaire parental <sup>1395</sup> visent ainsi, au moins partiellement, à inciter « un des parents à choisir de renoncer à l'exercice d'une activité professionnelle pour se consacrer à l'éducation de son ou de ses enfants » <sup>1396</sup>. Malgré la volonté affirmée de neutralité à l'égard du travail féminin et l'ouverture de l'aide à l'un des deux parents sans condition de sexe, c'est aussi une certaine conception de la place de la femme qui imprègne une telle politique, au moins lorsque cette dernière renonce à rechercher des

---

<sup>1393</sup> Cf. L. 27/7/1993 ; L. quinquennale sur l'emploi du 20/12/1993.

<sup>1394</sup> En dernier lieu L. relative à la famille du 25/7/1994. Le ministre chiffrait à 100 000 emplois libérés l'octroi d'une allocation au deuxième enfant de 2929 francs par mois (*Le Monde* du 23/3/1994).

<sup>1395</sup> Dans l'activité parlementaire récente, entre autres : PP L. n° 568 (7/10/1993, Wiltzer), 731 (18/11/1993, Mancel), 899 (21/12/1993, Guédon), 1050 (24/3/1994, Murat).

<sup>1396</sup> Titre de la PP Wiltzer.

modalités de conciliation entre vie familiale et vie professionnelle, et ne propose, en fait ou en droit, qu'une alternative <sup>1397</sup>.

**469.** Peu ou prou, tous ces objectifs contradictoires inspirent la politique familiale de l'Etat, avec une intensité variable selon les époques ou les mesures. Mais si « la confusion dans une même politique d'objectifs d'encouragement à la natalité, de compensation des coûts de l'enfant, avait un sens dans une société où le modèle familial était tout à la fois relativement stable et homogène » <sup>1398</sup>, il convient d'ajouter immédiatement que dans une société en crise économique et sociale, « il faut, dans les choix politiques, déclasser [...] tout ce qui n'est pas au coeur de l'enjeu de cohésion sociale » <sup>1399</sup>, ce qui peut – et doit – conduire à faire des choix globaux. Lorsqu'on parle ainsi d'efficacité d'une part, de recul, voire de « sacrifice » <sup>1400</sup> de la politique familiale d'autre part, encore faut-il savoir à quels objectifs on entend se référer et se demander si le sacrifice éventuel vient d'une volonté politique ou d'un changement social, c'est-à-dire d'un changement de l'objet auquel s'appliquent ces politiques : la disparition de l'hégémonie d'un modèle familial donne une tout autre signification aux objectifs de cette politique. Et il en va de même lorsqu'on présente, comme un lieu commun, la politique familiale française comme la meilleure, ou l'une des meilleures du monde : il n'est pas certain que son explicitation suffise à lui conférer cette qualité ; en toute hypothèse, une telle affirmation mérite d'être située.

## **B – L'ambition d'une politique globale.**

**470.** L'article premier de la *loi relative à la famille du 25 juillet 1994* établit un lien immédiat entre la famille comme une des « valeurs essentielles sur laquelle est fondée la société », sa place première pour « l'avenir de la Nation » et la nécessité de mener « une politique familiale globale » : c'est bien parce que la famille est une institution prioritaire de laquelle dépend à la fois la cohésion sociale et l'avenir national, tant d'un point de vue quantitatif (reproduction biologique) que qualitatif (valeurs culturelles et politiques), qu'elle se trouve au centre de l'intérêt étatique, et se déploie dans chacune des interventions publiques <sup>1401</sup>.

<sup>1397</sup> Cf. le rapp. du Haut conseil de la population et de la famille, *Mieux concilier la vie professionnelle et la vie familiale*, Doc. fr. 1992.

<sup>1398</sup> M. T. Join-Lambert, *op. cit.* (n. 1325) p. 451.

<sup>1399</sup> B. Fragonard (Dir.), *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion*, *op. cit.* (n. 1367) p. 9.

<sup>1400</sup> Cf. par exemple J. Bichot & D. Marcilhacy, *Le sacrifice de la politique familiale au printemps 1993*, Dr. soc. 1993, n° 7/8, p. 623 et s.

<sup>1401</sup> L'exposé des motifs du projet de loi (n. 1380) indiquait pour sa part de manière très directe : « La politique familiale se doit d'être globale, tant il est vrai que la famille est au coeur de la plupart des politiques publiques : politiques du logement, de l'emploi, de la santé, de l'éducation, de la communication, des transports, de l'aménagement du territoire, de la fiscalité ». La rédaction législative a préféré une approche plus idéologique du rôle de la famille, qui, telle qu'elle ressort

La globalité de l'intervention, quelle que soit par ailleurs l'optique arrêtée, est surtout une nécessité dès lors que toute prescription d'un comportement impératif est proscrite, ce qui est le cas dans un régime démocratique. Alfred Sauvy dénombre ainsi, à titre d'illustration, et pour le seul objectif de population, plus de 50 champs d'intervention, ne mobilisant pas moins de 12 grands départements ministériels <sup>1402</sup>, qui doivent être investis pour mettre en place une intervention efficace.

Une telle globalité demande alors que, pour chaque intervention, à tout moment, l'objectif familial soit apprécié – de là l'utilité pour l'Etat d'une représentation officielle de l'intérêt familial –. Elle commande aussi qu'à chaque fois soient arbitrés les éventuels conflits entre les objectifs familiaux et les autres impératifs que se fixe l'Etat : économie, libertés individuelles, et autres. L'exercice s'avère sans doute plus complexe que ne l'est la détermination de champs d'interventions spécifiques. Il est néanmoins la condition de la réalisation de ces objectifs dans l'Etat libéral moderne.

Or, si telle est la condition d'efficacité de l'action publique vers les familles, il convient de se demander s'il est encore place pour parler d'une politique familiale, et si cette référence ne renvoie pas plutôt à une approche familiale de la politique générale de l'Etat, c'est-à-dire aux valeurs familiales qu'il entend défendre ou promouvoir.

**471.** Cette interrogation quant à la spécificité d'une politique au sein de l'action publique se double d'un doute quant à la réalité même de son objet. La polysémie du concept familial, l'émergence et l'admission comme légitimes de nouvelles formes de cohabitations maritales et parentales, ne permettent pas d'isoler clairement les mesures à vocation familiale. Il ne s'agit plus désormais de promouvoir un modèle familial, fondé sur une conception limitée à la famille dite légitime, et tendant à favoriser l'existence de familles nombreuses. Au contraire, la politique familiale s'empare maintenant de toutes les situations vécues, le concept de normalité établissant la césure par rapport à l'anormal, qui n'est pas seulement ignoré, mais qui est surtout combattu <sup>1403</sup>, là où la légitimité servait à promouvoir une conception restrictive de la famille à aider, les autres bénéficiant au regard de l'Etat des statuts les plus divers, de l'indifférence à la condamnation.

De ce fait, de plus en plus, c'est l'individu qui est visé directement par la politique familiale, au moins dans ses formes les plus innovantes – c'est-à-dire autres que les prestations financières ou les avantages fiscaux : modes de garde d'enfant, aides à domicile, etc. <sup>1404</sup> –, et il l'est en fonction de l'appréciation de sa situation familiale, certes, mais aussi en fonction d'autres éléments comme sa situation sociale ou professionnelle, ou son âge. De ce point de vue encore, la

---

des travaux de la commission mixte paritaire, entend se référer au Préambule de la Constitution de 1946 : la référence, pour le moins lointaine (Cf. *Le Monde*, 25/6/1994), a été adoptée sans débat ni opposition.

<sup>1402</sup> *Op. cit.* (n. 1372) p. 119 et s.

<sup>1403</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>1404</sup> Cf. chapitre 2, *infra*.

famille est un paradigme pour les politiques de l'Etat, qui se traduit par des actions diverses, mais réelles.

## **C – Les difficultés d'une politique efficace.**

**472.** On peut, à propos de l'efficacité, se poser à l'égard des politiques familiales les questions générales de l'efficacité du droit, puisque aussi bien ces politiques mobilisent prioritairement une action normative <sup>1405</sup>.

On peut également s'inquiéter de savoir si une politique familiale fondée sur les prestations ou la mise en place de services publics peut être efficace : on s'est ainsi souvent demandé si les comportements humains, en matière de procréation spécialement, obéissent aussi rationnellement que l'on veut parfois le prétendre, aux choix que la politique publique tend à leur faire effectuer ; deux problèmes sont ici essentiels pour l'appréciation : l'absence de vérification empirique, et les nécessités d'intégrer des comportements mobilisant des grands nombres (catégories difficilement homogènes), sur des périodes de temps fort longues (il faut alors savoir à quoi attribuer les éventuelles modifications de comportement : à la politique familiale ou à d'autres données, telles l'évolution de la situation économique, de la conjoncture internationale, etc.) <sup>1406</sup>.

Mais on doit surtout se poser la question de l'efficacité d'une politique nationale (1) pour pouvoir apprécier sa réalité (2).

### **1 – L'EFFICACITE D'UNE POLITIQUE NATIONALE.**

**473.** Du point de vue de son influence démographique au moins, qui reste en France, quoi que l'on en dise, un axe fondamental de l'action publique sur les familles, la question de l'efficacité de l'intervention doit être nuancée par le lien indissoluble qui existe entre la France et son

---

<sup>1405</sup> V. section 2, *infra*.

<sup>1406</sup> On consultera sur ces points, classiques, les ouvrages de démographie précités (n. 1375). Précisons que la seule vérification empirique a eu lieu en Sarre, où s'est appliquée dans un premier temps la politique familiale française, puis la législation allemande bien moins arrêtée : de région la plus féconde de l'Allemagne, le Land est alors devenu le moins fécond alors que, par ailleurs, l'évolution des comportements n'a pas été celle constatée sur la même période en France. Cela permet de supposer une certaine efficacité de la politique familiale française, du point de vue démographique au moins. Comme exemple d'étude sur de tels effets, Cf. P. Lefebvre, L. Brouillette & C. Felteau, *Les effets des impôts et des allocations familiales sur les comportements de fécondité et de travail des Canadiennes : résultats d'un mode de choix discret*, Population, 1994, n° 2.

environnement. D'une part, quels que soient les légitimités et les résultats de l'action nationale, il faut être conscient qu'ils ne peuvent être que relatifs à l'échelle planétaire. D'autre part, l'émergence d'une zone institutionnalisée en Europe occidentale incite à situer les actions de la France par rapport à ses voisins, dans l'espace communautaire ou européen des droits de l'Homme.

**474.** En premier lieu, il faut convenir que si la vitalité démographique conditionne la situation générale en France, et celle de la France dans le monde, ses effets relativement aux mouvements démographiques planétaires sont réduits. Or, c'est essentiellement à cette échelle mondiale que la démographie doit actuellement être appréciée, et qu'elle appelle une politique spécifique, ne serait-ce que pour en évaluer les conséquences, et les maîtriser.

Approximativement, la population du globe a doublé entre 1950 (2 milliards et demi) et 1987 (5 milliards). Elle devrait doubler de nouveau d'ici la deuxième moitié du siècle prochain à en croire les démographes <sup>1407</sup>. Et cet accroissement devrait essentiellement être le fait des pays du tiers-monde. Les nouvelles données à gérer concernent alors les rapports géopolitiques (et notamment le rapport Nord-Sud), qui vont connaître un bouleversement sans précédent, la question économique (et notamment la question de l'alimentation et celle de l'emploi) <sup>1408</sup>, la question écologique (espace utile à l'activité humaine, gestion des déchets), etc. Une politique familiale qui serait uniquement guidée par des objectifs de démographie nationale, quelle que soit par ailleurs sa légitimité, pêcherait par excès de nationalisme, et serait condamnée si elle n'intégrait pas également les données de la nouvelle « révolution démographique » que nous vivons <sup>1409</sup>.

Les organisations internationales se préoccupent ainsi de la démographie et de la famille. L'Organisation des Nations Unies a organisé au Caire, en septembre 1994, une conférence mondiale sur la population <sup>1410</sup>, et gère un *Fonds pour les activités de population* (FNUAP) ; de nombreuses agences spécialisées sont également impliquées (OMS, UNESCO, OIT, FAO) ; enfin, l' *Union internationale des organismes familiaux* (UIOF), organisation non gouvernementale, regroupant à la fois des autorités publiques (comme les ministères) et privées (associations familiales notamment), dispose d'un statut privilégié auprès de l'ONU <sup>1411</sup>. L'efficacité de cette intervention est cependant liée aux difficultés d'instaurer un ordre normatif mondial, d'autant que

---

<sup>1407</sup> La plupart des démographes s'accordent sur une population mondiale comprenant, entre 2050 et 2100, de 8 à 10 milliards d'individus. *Contra* cependant, V. G. Mathews, *L'avenir de la population mondiale : quand les perspectives officielles se trompent lourdement*, Futuribles, Septembre 1994, p. 45 et s. L'auteur opte pour une progression très inférieure.

<sup>1408</sup> Certains craignent la surpopulation. Mais mêmes ceux qui jugent favorablement cet accroissement constatent que sa survenance dans des pays pauvres, loin de l'autosuffisance alimentaire, pose, au moins à court terme, des problèmes.

<sup>1409</sup> Révolution qui doit cependant être nuancée. Notamment, il semble qu'à l'heure actuelle, l'accroissement mondial de la population (1,57 % par an depuis 1990) soit inférieur aux prévisions pourtant récentes.

<sup>1410</sup> Pour un historique de telles conférences, Cf. *Population & Société* n° 290, mai 1994. Celles-ci ont lieu tous les 10 ans.

<sup>1411</sup> V. titre précédent.

la question implique la mise en jeu de considérations nationalistes et morales : l'opposition affichée de certaines autorités religieuses, catholiques ou islamiques, a montré à l'occasion de la Conférence du Caire qu'une approche unitaire et universelle de la démographie et de la famille est loin de se faire jour <sup>1412</sup>.

**475.** A l'échelle européenne, les données sont quelque peu différentes. Si tous les pays ont nécessairement une politique à l'égard du fait familial, le caractère explicite de la politique familiale française fait cependant figure de relative exception <sup>1413</sup>, ce qui explique en grande partie la timidité des politiques européennes en la matière.

**476.** Dans la plupart des pays européens, c'est au travers des politiques sociales et du droit civil qu'est traitée publiquement la famille <sup>1414</sup>.

Les démocraties qui ont connu dans un passé récent des régimes dictatoriaux manifestent des réticences à l'égard d'un engagement public dont les objectifs sont considérés comme potentiellement dangereux pour l'individu : l'Allemagne et l'Espagne, par exemple, sont ainsi très réservées au regard de tout ce qui pourrait toucher de près ou de loin à l'eugénisme, au racisme, voire au comptage des individus <sup>1415</sup>. Dans les pays anglo-saxons, c'est le concept de vie privée et d'intimité (*privacy*) qui fait obstacle à l'intrusion des autorités publiques dans les questions touchant – jusqu'à une certaine mesure, car on y retrouve l'opposition du normal et de l'anormal – les comportements familiaux. Ainsi, seuls la Belgique et quelques pays scandinaves (Suède et Danemark essentiellement) auraient une politique explicite comparable à celle qui prévaut en France.

Toutefois, l'affirmation n'est vraie qu'autant qu'on s'en tient au discours explicite. On constate, en effet, que l'ensemble des pays européens mènent une politique sociale qui intègre la famille. Mais cette politique se veut strictement sociale et récuse toute tendance nataliste qui viserait à promouvoir directement le modèle de la famille nombreuse. Ainsi, exception faite des aides ponctuelles à la maternité, les prestations versées (allocations familiales au sens commun) commencent dans tous les pays de la Communauté dès le premier enfant <sup>1416</sup>, alors que la France

---

<sup>1412</sup> On aura une illustration de ces difficultés en se référant au message du pape Jean-Paul II le 17 avril 1994 à propos de la Conférence du Caire (*Le Monde* du 19/4/94) : « Les Nations Unies veulent détruire la famille [...] ; l'année de la famille est en train de devenir une année contre la famille ». On trouvera un historique des oppositions présentes à une politique mondiale de la population et de la famille dans *le Monde* du 1/9/94 sous le titre « *La sainte alliance du Vatican et de l'Islam* ».

<sup>1413</sup> Rapp. F. Schultheis, *La famille : une catégorie du droit social ? Analyse comparative de la prise en compte des situations familiales dans les systèmes de protection sociale en France et en RFA*, Rapp. de recherche CNAF, 1993.

<sup>1414</sup> Cf. par exemple W. Dumon, *Les politiques familiales des Etats membres de la Communauté Européenne en 1991*, Commission des Communautés Européennes, Observatoire européen sur les politiques familiales nationales, 1992.

<sup>1415</sup> Il suffit de rappeler, par exemple, les manifestations en Allemagne contre le recensement (*Le Monde*, 17/5/1987).

<sup>1416</sup> Cf. Solidarité-santé n° 4, 1993, p. 10, tableau 2.



ne les verse qu'à partir du second. Cependant, ces prestations sont d'inégale importance, et parfois dérisoires, comme en Espagne par exemple <sup>1417</sup>.

**477.** Se référant à des pratiques très opposées, ces pays n'ont su s'entendre pour mener une politique commune. La question familiale échappe aux compétences communautaires. Ce n'est qu'à la marge que le droit européen l'envisage. C'est tout d'abord la question de la localisation des prestations (cotisations ou versement) qui a retenu l'attention communautaire <sup>1418</sup>. Mais au-delà, la construction européenne ne peut rester insensible aux questions familiales. L'approche se fait cependant de manière très sectorielle (politique en faveur des femmes, des enfants, politiques d'accueil, etc.), ce qui traduit en fait une approche sociale, et bute sur les difficultés de la mise en oeuvre d'une politique européenne de ce genre <sup>1419</sup>. L'existence d'une représentation familiale agréée (*Comité des organisations familiales auprès de la Communauté* : COFACE <sup>1420</sup>), et la mise en place en 1989 d'un *Observatoire européen des politiques familiales nationales*, souligne néanmoins l'intérêt des Communautés pour la matière, même s'il est pour l'instant limité à la collecte de l'information <sup>1421</sup>.

Le Conseil de l'Europe développe également une activité prospective, se traduisant par une conférence périodique des ministres chargés des Affaires Familiales, et par l'énoncé de recommandations <sup>1422</sup>.

## **2 – LA REALITE D'UNE POLITIQUE DES FAMILLES.**

**478.** En dernière analyse donc, l'existence d'une politique familiale est affaire de définition <sup>1423</sup>. En tant qu'action publique spécifique, la politique familiale met en jeu trop d'objectifs

<sup>1417</sup> Pour une famille d'un enfant, ces prestations varient en écu par mois en 1990 entre 0 (France) & 58,34 (Danemark). Pour une famille de trois enfants, elles atteignent entre 5,45 (Espagne) & 305,57 écus (Belgique). Mais les progressions sont très diverses : la Grande-Bretagne par exemple verse des allocations supérieures à la France tant que la famille n'atteint pas trois enfants ; au Danemark et au Portugal, la progression des allocations est linéaire alors qu'elle est très progressive en France ou en Allemagne par exemple.

<sup>1418</sup> C'est, notamment, la fameuse affaire *Pinna*, qui a défrayé la chronique ces dernières années. Sur cette affaire, où la France prétendait de manière dérogatoire, eu égard à son système de prestations et à un règlement transitoire devenu caduc, appliquer pour le calcul, non la loi du lieu de travail, mais celle du lieu de résidence des enfants (souvent moins favorable au travailleur, donc moins coûteuse à l'Etat), et qui a donné lieu à deux arrêts de la Cour de justice des Communautés, pour finalement retenir la loi du lieu de travail – solution confirmée par un règlement 3427/89 mais limité aux prestations *stricto sensu* –, Cf. A. & G. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, Dalloz, 1991, p. 237-238.

<sup>1419</sup> Cf. la contribution d'E. Zucker-Rouvillois in *Horizon Social, Politiques familiales*, n° 2, Juin 1991, p. 7 et s.

<sup>1420</sup> V. Titre précédent.

<sup>1421</sup> Cf. la Communication de la Commission sur les politiques familiale du 8/8/1989 (Com 89/363 final) & les Conclusions du Conseil et des ministres chargés de la Famille réunis au sein du Conseil le 29/9/1989 (89/C277/02 ; JOCE 31/10/1989).

<sup>1422</sup> La plus complète est la Résolution 68-37 sur les politiques familiales.

<sup>1423</sup> Cf. M. Villac, *La politique familiale, débats autour d'une définition*, in *Solidarité-santé*, op. cit. (n. 1416) p. 9 et s.

différents et parfois contradictoires pour être clairement identifiée. Tour à tour, et souvent conjointement nataliste, moraliste et sociale, elle n'est finalement que l'expression du rapport interinstitutionnel. Elle donne cependant lieu à un discours explicite, qui affirme la famille comme élément central des mesures mises en oeuvre. On ne peut alors exclure dans cette explicitation une volonté programmatique qui éclaire singulièrement le rôle idéologique positif que joue la famille. Si la réalité de l'action fait apparaître une politique transversale, qui « familialise » l'ensemble des politiques publiques, et si cette politique ne renvoie pas seulement à un type d'intervention publique déterminée, l'affirmation explicite de la famille comme objet de politique mérite attention. L'explicitation participe en effet de l'objectivation, d'une volonté d'inscrire la famille, au-delà de la relation interinstitutionnelle, comme un objet que l'Etat serait apte, par des politiques interventionnistes et volontaristes, à reconstruire dans un sens qu'il définit : la famille normale. La politique familiale dégage ainsi un objectif lié à la normalité de la réalité sociale, qui va au-delà de la normalité protégée, dans la mesure où il ne s'agit pas de garantir une intimité familiale vécue, mais bien d'essayer d'obtenir que soit vécue la normalité définie.

Que cette explicitation ne corresponde totalement alors ni à la réalité de l'ensemble des politiques menées, qui sont nécessairement dépendantes de la réalité politique des relations interinstitutionnelles dans le champ social, ni à la réalité des politiques qualifiées de familiales, elles mêmes dégageant des objectifs divers sous la même appellation « familiale » (natalisme ou moralisme, par exemple) ne doit pas étonner. La construction de l'objet « famille » n'a pas pour fonction de traduire l'être de la politique publique, mais bien d'agir sur le devoir-être social. Cette construction de la famille comme catégorie relativement homogène de la politique publique n'est pas ainsi une construction opératoire, décrivant ce que fait l'Etat, mais bien une construction intellectuelle. Sans doute, pour une grande partie, correspond-elle à des politiques réellement suivies ; mais surtout, elle a une fonction essentiellement idéologique : dégager dans l'espace public une conception de ce que l'Etat attend de la famille, ce qui suppose d'abord que l'on puisse dégager la famille comme objet sur lequel l'Etat a une légitimité à agir, malgré l'intimité et le droit à la vie familiale, et qu'ensuite soient précisés des moyens pour agir. Ce sont eux qu'il faut envisager maintenant, en tant qu'ils constituent la réponse à l'étatisation de la famille : la gestion publique de l'objet construit, pour normaliser en retour les familles, qui témoigne, au-delà d'une politique familiale explicite, d'une véritable politique des familles.

## SECTION 2 : LES MOYENS JURIDIQUES DE L'INTERVENTION PUBLIQUE.

**479.** On peut distinguer, avec l'ensemble des chercheurs sur la famille, deux voies principales par lesquelles l'Etat se saisit des familles : l'ordre public et l'intervention administrative <sup>1424</sup>. Ces deux axes ne sont jamais clairement séparés, et c'est le propre de l'Etat social de mobiliser un ensemble de modalités interventionnistes, qui servent tout autant le maintien de l'ordre que la réalisation d'une conception du bien-être <sup>1425</sup>. Il faut alors nuancer et compléter cette séparation simple entre ordre public/police et intervention/service.

Si l'on veut affiner la distinction, on dira ainsi que l'Etat moderne tente, par l'intervention normative, d'influer sur les comportements familiaux de plusieurs façons. Dans un premier temps, il met en oeuvre une réglementation, directement ou indirectement familiale, ayant vocation à servir de modèle aux individus (§ 1). Dans un deuxième temps, il se propose d'intervenir de manière plus directe en offrant aux familles des services, des aides ou des avantages qui ont pour ambition d'inciter les individus à infléchir leur comportement (§ 2). L'explicitation d'une action publique familiale le conduit alors à rechercher, sans toujours y parvenir, un instrument de synthèse approprié : la loi-cadre (§ 3).

---

<sup>1424</sup> Cf. par exemple W. Dumon, *La politique familiale en Europe occidentale*, L'année sociologique vol. 37, 1987.

<sup>1425</sup> Rappr. de l'analyse de J. Habermas, particulièrement dans la *Théorie de l'agir communicationnel*, Fayard, 1987. Adde notre développement dans la 1<sup>ère</sup> partie, page 233 et s.

## **§ 1 – Une politique de réglementation.**

**480.** Il faut ici souligner l'importance du recours au droit privé pour structurer l'espace social dans un sens que choisit l'Etat : droit privé dans son objet, mais droit d'origine publique, parce que droit, il est la première des politiques familiales (A). Mais pour pouvoir évaluer l'efficacité de cette réglementation dans le cadre de la gestion publique des familles, il faut s'arrêter sur la relative illisibilité qui résulte de la multiplication des réglementations pertinentes (B).

### **A – Le droit privé, premier instrument de la politique familiale.**

**481.** Les valeurs protectrices de l'individu qui fondent l'Etat libéral interdisent le recours à une ingérence dans la vie familiale, dès lors qu'elle répond au critère de normalité par rapport à ces valeurs <sup>1426</sup>. Ainsi, la première modalité par laquelle l'Etat peut intervenir sur la question familiale est la réglementation des activités privées, et non la prescription de comportements.

La règle de droit, en fixant le statut de situations juridiques, en habilitant certaines personnes à agir juridiquement par l'énoncé de normes qui s'imposent à d'autres personnes, en reconnaissant l'autorité juridique de l'accord et de l'échange équivalent, propose un modèle pour les comportements individuels et pour la résolution de leurs différends. En ce sens, toute réglementation, qu'elle entre dans le champ du droit public ou dans celui du droit privé, traduit la conduite politique de l'Etat.

**482.** La réglementation offre avant tout un modèle de référence, comme l'a montré Antoine Jeammaud <sup>1427</sup>. Si certaines règles sont également des règles de conduite, et on pense ici en premier lieu, mais non exclusivement, aux règles pénalement sanctionnées, qui non seulement doivent inciter leurs destinataires à s'y référer, mais qui de plus ne toléreront pas que la conduite de ces destinataires diffère de celle prescrite par la règle (encore qu'en la matière, la politique du ministère public, ou parfois de la victime, dans le déclenchement des poursuites, témoigne qu'il s'agit prioritairement malgré tout d'un modèle, au moins pour l'Etat, auquel il lui sera ou non

---

<sup>1426</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>1427</sup> Cf. A. Jeammaud, *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chron. p. 199 et s. ; *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993, chron. LV, p. 207 et s.

loisible de se référer), la réglementation en soi n'a d'effet que mobilisée <sup>1428</sup> par les acteurs juridiques (les destinataires ou les agents publics notamment), à la relative exception de règles fixant certains statuts obligatoires (comme s'agissant de la nationalité ou de la filiation) <sup>1429</sup>. Dès lors, modèle pour les individus et les agents, la règle, quelle qu'elle soit, est aussi et surtout expression du modèle que l'Etat souhaite voir mobiliser. C'est de ce point de vue que doit être envisagé le recours au droit privé, principalement, pour la réglementation familiale.

**483.** La soumission du droit de la famille au droit privé est tout sauf une évidence <sup>1430</sup>. Il ne s'agit pas en disant cela de contester que le droit de la famille relève essentiellement du droit civil. Il s'agit de remarquer que cela est uniquement la conséquence du statut de la famille dans l'Etat, et du rapport interinstitutionnel <sup>1431</sup> : il n'en est ainsi que parce que le droit de la famille ne concerne pas directement la famille, mais qu'il se saisit essentiellement des relations à l'intérieur de celle-ci, relations entre individus, relations entre personnes privées. Véritablement, ce recours au droit privé constitue la première des politiques familiales, peut-être la plus révélatrice d'ailleurs. Pour cela, elle mérite attention <sup>1432</sup>.

Le droit privé n'a aucune existence par nature. En premier lieu, il n'y a de droit privé que parce qu'il y a un droit public. Sans droit public, il n'y pas de droit privé, mais du droit, puisque de nos jours, en effet, le droit privé ne s'oppose plus au droit public selon l'axe antique « égalité des droits-absence de droit ». Si la division demeure, c'est qu'elle correspond sans doute d'abord à une réalité technique recouvrant largement la structuration des ordres juridictionnels <sup>1433</sup>. Matériellement, et peut-être de manière mythique, elle s'incarne ensuite dans le dogme du consensualisme et de son pendant politique, le libéralisme et l'individualisme. Mais l'existence

<sup>1428</sup> Dans deux sens complémentaires : mise en mouvement, et mobilisée comme modèle de référence.

<sup>1429</sup> Et encore pourra-t-on dire que si le destinataire principal de la règle n'a pas à la mobiliser, certaines actions antérieures des individus auront un effet sur la mise en mouvement de la règle. Pour la filiation par exemple, selon que les parents auront ou non mobilisé certaines règles concernant le couple, le statut qui s'appliquera à l'enfant dès sa naissance ne sera pas le même. Et selon que les parents naturels reconnaîtront ou non l'enfant, et dans quel délai, le statut variera. Donc il est incontestable que, même dans ce cas, la règle est un modèle pour l'action et l'attitude des parents. Sur ces points, Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>1430</sup> On se rappelle ainsi qu'une partie de la doctrine (Savigny, etc.) voyait dans ce droit une branche du droit public. Il est vrai qu'alors le droit public est conçu comme le droit absolu, le droit de l'Etat, le droit positif.

<sup>1431</sup> C'est ici que la doctrine semble plus affirmative que convaincante. Cf. par exemple *V<sup>o</sup> famille* au Rép. Civ. Dalloz, § 41 « Que le droit de la famille relève du droit privé, et plus précisément du droit civil, nul ne le contestera, mais deux points doivent être soulignés : au sein du droit civil, le droit de la famille manifeste une autonomie certaine et il entretient des liens étroits avec d'autres branches du droit ». Comment alors situer dans la structuration générale du droit un droit que l'on rattache au droit commun (le droit civil) avec un statut de spécificité et d'autonomie *au sein* du droit commun, et qui dépend, pour partie, de branches exorbitantes du droit commun ? Convenons que d'un point de vue topique, l'exercice est difficile. Il semble plus simple d'observer que le droit de la famille est placé par le législateur dans la branche du droit privé pour l'essentiel, et de s'interroger, non sur le moyen de l'y faire rester (ce qui suppose une définition par nature du droit privé et du droit de la famille), mais sur les raisons qui l'y ont fait placer, c'est-à-dire, en dernière instance, sur la notion même de droit privé dans la politique de l'Etat.

<sup>1432</sup> C'est ce à quoi nous invite un des artisans des principales réformes législatives du droit de la famille, J. Carbonnier. Cf. *Les trois piliers du droit*, in *Flexible droit*, LGDJ.

<sup>1433</sup> V. M. Troper, *L'opposition public-privé et la structure de l'ordre juridique*, Politiques et management, vol. 5, n° 1, mars 1987, p. 181 et s.

constatée de cette division du droit en droit public et droit privé, ou en toute autre division qu'il est éventuellement loisible à l'intelligence juridique de concevoir, n'a pas pour effet de faire disparaître cette identité première.

La division du droit en branches n'a ainsi qu'un intérêt et une importance relatifs et dérivés <sup>1434</sup>. Expression de la division du travail, elle permet en premier lieu une mise en oeuvre et une compréhension intellectuelle de la mécanique juridique posée par l'Etat, à un moment donné et dans un système donné. Elle est donc un outil des professionnels du droit (juges, législateur ou universitaires par exemple) ; elle forme la structure de tel système juridique donné. Mais elle n'est pas un donné naturel, une indispensable référence.

Dès lors, deux questions se posent.

L'une ici n'appelle pas de développement spécifique : quelle est l'utilité immédiate de cette division d'un point de vue mécanique ? Le système fonctionne-t-il mieux en étant ainsi spécialisé ? En ce qui concerne la famille, tel serait le cas incontestablement si ce droit constituait ou bien une branche autonome du droit, ou bien une composante dans son entier d'une seule discipline. Or tel n'est pas le cas, comme nous l'avons montré. Si le droit civil est la branche de référence, il n'est pas d'autre branche qui ne développe pour ce qui la concerne des règles familiales. La famille peut difficilement être ainsi à la fois un paradigme et un objet direct ; nous avons montré qu'elle est un paradigme <sup>1435</sup>.

La deuxième question est plus importante. Il s'agit de savoir pourquoi, en dépit de son absence d'identité juridique, la famille relève du droit privé. La réponse ne peut se concevoir qu'en tant qu'expression de la construction étatique et de la famille et du droit privé. Or, l'Etat ne construit pas de manière objective la division droit public–droit privé, parce que, ordre juridique, il est lui-même une construction juridique, que cette division structure.

**484.** Si l'on s'en tient à la définition classique de la séparation droit public–droit privé, on constate, très grossièrement <sup>1436</sup>, que la Nation construit, s'agissant de l'Etat démocratique et libéral, c'est-à-dire d'une idée d'oeuvre dégagée autour de la valorisation et de la protection de l'individu, le droit privé comme réglant les relations entre les individus, entre les institutions dont la relevance est assurée dans l'Etat, et entre les individus et ces institutions, alors que le droit public concerne les relations entre l'institution nationale et les individus ou leurs institutions reconnues.

La relevance institutionnelle, lorsqu'elle a lieu, peut alors être directe et assez complète : elle construit l'institution comme sujet ; elle peut être indirecte et incomplète : elle construit le droit relevant comme pouvoirs. C'est, comme nous l'avons vu, cette deuxième solution que la

---

<sup>1434</sup> Nous renvoyons sur ces points aux articles de C. Eisenmann, *Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle)*, RD publ. 1952, p. 903 et s. et M. Troper, *op. cit.*, (n. 1433).

<sup>1435</sup> Cf. Titre 1 de la première partie.

<sup>1436</sup> En faisant notamment abstraction ici des collectivités locales, qui ne sont pas utiles à la démonstration.

Nation retient en l'état pour la famille. Or, cette solution écarte la famille dans l'Etat comme sujet, et ne fait resurgir que les individus, ce qui, par définition – c'est-à-dire par cohérence interne de l'Etat –, renvoie le droit de la famille principalement au droit privé. La famille n'est pas une institution relevante entretenant des rapports avec l'Etat, et plus généralement les personnes-sujets ; elle n'entretient de rapports qu'avec les individus et la Nation, dans une sphère qui n'est pas interne à l'Etat (droit positif), mais qui est interinstitutionnelle, entre systèmes de normes, sous la réserve de la faire apparaître dans le droit positif comme objet porté par ailleurs par des sujets : en tant que paradigme des pouvoirs individuels (personnes physiques) ou en tant que paradigme d'autres institutions (UNAF par exemple <sup>1437</sup>). Il n'y a pas de rapport famille-Etat (droit public), mais il n'y a pas non plus de rapport personne physique-famille (droit privé) dans cette construction. Il n'y a de rapport qu'entre personnes physiques entre elles (droit privé intra-familial : le droit de la famille au sens académique), ou avec l'Etat (droit public). Cette construction participe alors de la transformation de la famille d'institution sociale en objet juridique, qui lui dénie le statut de sujet. Le recours au droit privé est ainsi bel et bien une manifestation de la politique familiale ; elle en est même la première eu égard aux valeurs de l'Etat libéral.

**485.** Certes, la construction du rapport interinstitutionnel dans l'Etat a des conséquences juridiques. L'Etat, comme organisation au service de la Nation, est structuré par rapport à l'idée cohésive nationale, et s'incarne notamment par des pouvoirs d'action ou de contrôle qui réalisent cette idée. La dualité juridictionnelle concrétise d'un point de vue organisationnel la division public-privé ; le contrôle de constitutionnalité, comme son nom l'indique bien, veille à la constitution de l'Etat comme construction juridique nationale et peut alors, par rapport aux valeurs à réaliser, imposer une certaine structuration juridique <sup>1438</sup>. Mais il s'agit fondamentalement d'une même problématique, qui est interne à l'Etat : droit privé, juge judiciaire, ne sont et ne peuvent être que des modalités d'organisation du contrôle public, de l'Etat, c'est-à-dire des instruments publics de, et pour, la réalisation de la Nation.

C'est ici que nombre de juristes, comme l'a parfaitement démontré Charles Eisenmann <sup>1439</sup>, commettent une erreur en voulant absolument que la famille soit soumise au droit privé et en s'inquiétant d'une publicisation du droit <sup>1440</sup>. Cette crainte dérive d'une attribution au droit privé de vertus naturelles qu'il ne peut pas avoir. Le droit privé n'est pas le droit de la liberté, contre le

---

<sup>1437</sup> Cf. titre 1 de cette partie.

<sup>1438</sup> Et notamment la répartition des matières entre droit public et droit privé, ou plus exactement entre juridictions judiciaires et juridictions administratives.

<sup>1439</sup> *Op. cit.* (n. 1434). *Adde* le cours de doctorat : *Régimes de droit public et régimes de droit privé*, in *Cours de droit administratif*, LGDJ, 1982, t. 1, p. 301 et s.

<sup>1440</sup> G. Ripert (*Le déclin du droit, études sur la législation contemporaine*, LGDJ, 1949, particulièrement le chapitre 2) ; R. Savatier (*Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 1945). Mais n'est-ce pas aussi cette vision qui inspire les réticences de la doctrine subjectiviste moderne quant à la notion de fonctions ? Cf. nos développements dans la 1<sup>ère</sup> partie, titre 1, chapitre 2.

droit public, qui serait le droit de la puissance. Le droit privé n'est pas le droit du marché contre le droit de l'interventionnisme étatique. Le droit privé, parce qu'il est du droit, ne saurait être cela. Le droit privé est d'abord, et surtout, du droit de l'Etat, tout comme le droit public, c'est-à-dire une modalité d'intervention et de construction juridique de la société.

Que cette modalité d'intervention ait quelque spécificité par rapport à celle du droit public, c'est peut-être le cas, encore que la séparation dépende essentiellement des acteurs en présence. Mais, en aucun cas, cette modalité n'est, par principe, plus protectrice de l'individu. La protection de l'individu est à rechercher dans la reconnaissance de ses droits et libertés statutaires, opposables à l'Etat ; mais cette reconnaissance est aussi protection contre les tiers, grâce à l'effet utile des droits, et grâce à la force publique <sup>1441</sup>. La protection de l'individu est à rechercher dans la participation au pouvoir politique. La protection de l'individu est à rechercher dans le statut des institutions par rapport à la Nation, c'est-à-dire dans le droit, public *et* privé, qui régit le rapport entre l'institution et l'individu d'une part, l'institution et l'Etat d'autre part <sup>1442</sup>.

L'Etat totalitaire n'a pas besoin de supprimer le droit privé, il le modèle différemment ; il s'attaque toujours en revanche aux droits publics, aux libertés publiques. Or l'existence et le contenu du droit privé sont étroitement dépendants de ce que l'Etat veut faire, c'est-à-dire d'une volonté normative qui n'est protectrice de l'individu qu'autant que les droits publics permettent à l'individu de s'y impliquer.

**486.** C'est alors par rapport à une question directement politique, qui est celle des valeurs de la Nation que réalise l'Etat, qu'il faut comprendre l'opposition public-privé <sup>1443</sup>. Dans l'Etat démocratique et libéral tel que nous le connaissons en France maintenant, c'est par rapport à la réglementation des relations individuelles d'une part (droit privé), des relations de l'Institution nationale avec ses membres ou les institutions concurrentes d'autre part (droit public) : juridiquement identiques, les deux interventions normatives se répartissent idéologiquement, dégageant de manière immédiate un modèle idéal, où l'Etat prétend ne pas intervenir d'un côté, intervenir de l'autre. Le rôle idéologique de la séparation comme garant du respect des initiatives privées doit alors amener à inscrire l'intervention du droit privé dans une étude plus générale de la politique du droit.

**487** Le statut de la famille, la réglementation des relations familiales, participent ainsi directement des politiques familiales. Ils en constituent la première modalité déterminée par rapport à un type institutionnel particulier, l'Etat libéral. La famille juridique, du point de vue

---

<sup>1441</sup> A propos des droits familiaux, Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>1442</sup> Statut relevant ou irrelevant, puisque aussi bien une institution en soi n'est ni bonne ni mauvaise. Elle est un phénomène social qui caractérise aussi bien l'association que la bande de voleurs, l'Etat démocratique que l'Etat totalitaire. La construction de l'Etat dépend de la compatibilité des valeurs entre la Nation et les autres institutions.

<sup>1443</sup> H. Arendt, *Condition de l'homme moderne*, op. cit. (n. 193) ; J. Habermas, *L'espace public*, op. cit. (n. 199). Pour la famille, V. 1<sup>ère</sup> partie, titre 1.



positif (qui résulte des textes et de leur application) ou dogmatique (qui résulte de l'interprétation explicative des textes), est une famille construite, qui propose alors un modèle pour la discrimination des comportements.

Mais paradigme transversal de l'ensemble des réglementations du droit privé comme du droit public, ce modèle ne peut se limiter aux seules dispositions traitant de la famille d'un point de vue universitaire (droit de la famille *stricto sensu*). Le modèle se dégage d'un ensemble de dispositions qui, pour le droit civil, doit également tenir compte, par exemple, des dispositions sur les successions <sup>1444</sup> ou sur les sûretés <sup>1445</sup>. Il est tout autant déterminé par les règles de droit rural (et notamment le statut de la famille de l'exploitant), de droit commercial (statut de la femme commerçante, de la société familiale, etc.) ou de droit du travail (statut des membres de la famille participant au fonctionnement de l'entreprise, dispositions protégeant la famille : congé maternité, congé pour événements familiaux ou congé pour enfant malade, par exemple). Enfin, et de manière contraignante, il dépend du droit pénal : protection de la natalité (notamment pénalisation ou dépenalisation de l'avortement ou de la contraception), protection des mœurs ou des obligations familiales. Cette modélisation pénale correspond au *minimum minimorum* éthique commun à la Nation, comme l'avait pressenti Emile Durkheim <sup>1446</sup>. Or, de ce point de vue, il faut reconnaître que le droit pénal ne véhicule plus un modèle nataliste <sup>1447</sup>, en dépenalisant contraception et avortement, ni trop directement moraliste, en renonçant aux incriminations particulières contre l'homosexualité ou l'adultère. Il se recentre au contraire sur la protection de l'individu, et dégage un modèle de responsabilisation fonctionnelle et individuelle, lié à la notion de pouvoirs <sup>1448</sup>.

La réglementation de droit privé traduit ainsi une neutralité apparente à l'égard des modèles familiaux, qui rend sans doute peu lisible pour les acteurs juridiques, de prime abord, la politique publique.

## B – Une réglementation peu lisible.

---

<sup>1444</sup> Ainsi a-t-on pu faire remarquer, au moins au XIX<sup>e</sup> siècle, à une époque où la richesse était essentiellement foncière, que la suppression du droit d'aînesse avait pour effet, en cas de pluralité d'héritiers, le partage des biens, et donc l'appauvrissement général ; un tel comportement aurait massivement conduit la paysannerie au choix d'une descendance limitée voire unique.

<sup>1445</sup> La création d'un bien de famille insaisissable, constitué au profit de la famille et non de certains de ses membres (L. du 12/7/1909 – art. 32 & 33 C. fam.), entre ainsi dans une politique visant à protéger l'institution. Mais, pour reprendre l'expression réaliste de Jean Carbonnier, elle a fait fiasco, type même de la loi totalement ineffective et impuissante (*Flexible droit, textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 1983, p. 126).

<sup>1446</sup> *De la division du travail*, PUF, 1991, spécialement chapitre 2. Plus généralement, Rapp. R. Lenoir, *Mœurs, morale et droit chez Durkheim*, Droits n° 19 (1994) p. 23 et s.

<sup>1447</sup> Sur l'utilisation du droit pénal dans une perspective nataliste, et particulièrement sur la L. du 31 juillet 1920 réprimant la propagande anticonceptionnelle, V. l'analyse de J. Pagès, *Le contrôle des naissances en France et à l'étranger*, LGDJ, 1971.

<sup>1448</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2, p. 222 et s.

**488.** Parler des normes comme modèle pour l'action fait immédiatement référence à la signification d'un modèle politiquement défini qu'incarnent ces règles. Cela permet une évaluation de l'effectivité de ces règles d'une part, de l'efficacité de cette politique d'autre part.

La question de l'effectivité n'a d'intérêt pratique que pour autant que la règle a vocation à être obéie. Or tel ne peut être le cas, au regard de ce qui précède, que si la règle contient un impératif statutaire (règles d'état par exemple) ou une conduite obligatoire (prohibition d'un comportement notamment). Dans les deux cas, l'effectivité de la règle permet l'efficacité de la politique. Nous avons vu que l'Etat se donne alors les moyens de cette effectivité <sup>1449</sup>, et tend donc à assurer lui-même l'efficacité de sa politique.

L'essentiel cependant de la réglementation n'implique pas cette vocation à être obéie, et suppose au contraire une mobilisation de la règle (en fait du modèle) par les acteurs concernés. L'efficacité de la politique publique qui s'incarne par la réglementation dépend donc étroitement de sa capacité à convaincre les destinataires de la norme de la mettre en mouvement <sup>1450</sup>. A cet égard, il faut apprécier l'absence de modèle se dégageant clairement de la réglementation.

**489.** D'une part, il faut ramener cette absence à l'émergence du droit à la vie familiale normale comme standard juridique de discrimination <sup>1451</sup>. Droit individuel, il incarne une vision centrée sur l'autonomie individuelle, en accord avec les valeurs fondamentales de l'Etat, qui autorise des conceptions diversifiées en fonction de situations données : sociales <sup>1452</sup>, civiles, ou professionnelles par exemple. L'absence de modèle explicite ne signifie pas alors une absence totale de modèle, mais plutôt un modèle neutre quant aux formes, l'effort portant sur le fonctionnement du modèle, voire sur des incitations ponctuelles, comme nous allons le voir. Or, c'est bien parce que la famille est saisie non pas globalement dans un statut immédiat, mais au travers de situations multiples par une pluralité de normes, que ne peut apparaître de modèle explicite. Ces normes n'ont pas pour vocation de participer à la définition d'un modèle, mais de résoudre des problèmes bien situés. On peut le regretter et il est certain que l'excès de norme peut légitimement apparaître critiquable au regard des exigences de l'Etat de droit <sup>1453</sup>. Mais c'est alors la politique générale d'objectivation de la famille qui doit être mise en cause, et non seulement l'absence de modèle résultant d'une réglementation peu lisible, car excessive en source et parcellaire au fond. Or, à cet égard, l'absence de modèle participe clairement à cette politique,

---

<sup>1449</sup> *Id.*

<sup>1450</sup> V. pour une problématique générale P. Lascoumes, *Normes juridiques et mise en oeuvre des politiques publiques*, L'Année sociologique, 1990, p. 43 et s.

<sup>1451</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>1452</sup> Cf. par exemple X. Prétot, *Quelle famille est prise en compte dans notre système de protection sociale ?*, RD sanit. soc. 1991 n° 3 p. 482 et s.

<sup>1453</sup> Cf. sur ce point les rapports du Conseil d'Etat pour 1991 et 1992, concernant respectivement de l'excès de norme en matière nationale et européenne.

en permettant une liberté politique à l'égard de l'objet « famille », présent pour la politique publique et le droit public sans être défini par la réglementation et le droit privé.

D'autre part, cette neutralité doit être rattachée à la possible efficacité du modèle en la matière. Or, comme le montrent juristes <sup>1454</sup> et sociologues <sup>1455</sup>, les acteurs ne se déterminent que partiellement en fonction des normes juridiques qu'ils ne considèrent pas comme contraignantes ; de nombreux autres éléments entrent en ligne de compte, individuels (telle l'appréciation de la situation par l'acteur), institutionnels (normes familiales ou religieuses par exemple), socio-économiques, etc. Dès lors, toute vocation des normes de droit privé à signifier un modèle est réduite d'autant, que cette vocation soit impuissante parce qu'elle n'est pas en phase avec les valeurs sociales, ou qu'elle soit superfétatoire, parce que, justement, elle est en phase avec ces valeurs. La neutralité apparente de la réglementation, tout comme la profusion de standards en son sein (intérêt de l'enfant, vie familiale normale) semblent permettre cette conjonction entre l'Etat et la Nation, le droit positif et le social <sup>1456</sup>.

Elle appelle en toute hypothèse, pour une politique volontariste, le recours à des modalités normatives directement incitatrices, où l'Etat est ouvertement partie prenante : des modalités de droit public.

---

<sup>1454</sup> A. Jeammaud et E. Serverin, *Evaluer le droit*, D. 1992, chron., p. 192 et s. ; A. Jeammaud, *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993, chron. LV, p. 207 et s.

<sup>1455</sup> L. Roussel, *Entre démographie et sociologie, la famille*, L'Année sociologique 1993, p. 319 et s.

<sup>1456</sup> Rappr. pour des difficultés semblables rencontrées par le droit lorsqu'il s'essaye à régir les comportements : D. Lochak : *Le droit à l'épreuve des bonnes moeurs*, in CURAPP, Les bonnes moeurs, PUF, 1994, p. 15 et s.

## **§ 2 – Des politiques d’incitation.**

**490.** L’Etat peut chercher à infléchir, par une politique incitatrice, les comportements familiaux. Par des mesures qui l’impliquent directement, il peut dégager un modèle familial prégnant grâce à la politique fiscale (A) ou grâce à des prestations financières (B). Mais il peut aussi se préoccuper de la famille dans la gestion des services publics, et tenter d’agir sur l’environnement familial (C).

### **A – La politique familiale fiscale.** <sup>1457</sup>

**491.** De manière explicite ou de manière implicite, la politique fiscale ne peut pas être neutre à l’égard de la famille. Même lorsque l’Etat ne semble guère s’en soucier, il résulte des règles fiscales un statut de la famille, qui joue comme une incitation envers tel ou tel comportement <sup>1458</sup>.

La famille n’est pas plus en droit fiscal qu’ailleurs un sujet. Elle est avant tout un fait pour la fiscalité, et l’Etat est amené à se méfier de l’institution familiale lorsqu’elle pourrait permettre de frauder l’impôt (en matière de droits de mutation notamment). Au-delà de cette méfiance traditionnelle, toute politique fiscale est obligée d’appréhender la question familiale pour déterminer si la famille est, pour l’individu, une charge qui réduit ses facultés contributives, et qui exige l’intervention d’un aménagement juridique pour rétablir l’égalité avec les contribuables ne supportant pas cette charge, ou si elle est une simple circonstance donnant lieu à un emploi ordinaire de son revenu par le contribuable, dont l’administration fiscale n’a pas à tenir compte. En raison des conséquences importantes qui en résultent en termes économiques, la réponse à cette question traduit déjà une politique familiale de l’Etat ; si celle-là n’est pas toute la politique familiale, sa place quant à l’efficacité de ladite politique doit être appréciée.

**492.** Prendre en compte la famille comme charge dans l’imposition revient alors à mettre en oeuvre une forme de justice fiscale, rétablissant une certaine égalité entre des contribuables placés

---

<sup>1457</sup> On consultera sur ce point les ouvrages de finances publiques, et plus particulièrement : G. Siat, *La famille en droit fiscal français*, thèse droit, Strasbourg, 1990 ; D. Ponton-Grillet, *La famille et le droit fiscal*, D. 1987, chron. XXIV, p. 125 ; M. Glaude, *L’originalité du système du quotient familial*, Economie et statistique n° 248, nov. 1991, p. 51 et s. ; Revue française de finances publiques, dossier « *La famille et l’impôt* », n° 14, 1986.

<sup>1458</sup> Il suffit de rappeler que dès l’antiquité, l’empereur Auguste avait – en liaison d’ailleurs avec un recensement – tenté de mener une politique nataliste qui s’appuyait notamment, au sein de mesures très complètes de récompenses pour le mariage et de mesures visant à freiner le célibat, sur l’impôt sur les successions : *vicesima hereditatum*.

dans des situations différentes. Une telle intervention est une réponse à l'exigence d'égalité en fonction des facultés, posée par l'article 13 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 <sup>1459</sup>, et confirmée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel <sup>1460</sup>. Mais elle suppose une intervention politique pour déterminer ces facultés, intervention pour laquelle la dimension familiale est apparue tardivement <sup>1461</sup>. C'était pourtant là une des revendications familialistes essentielles : on a fait valoir que les familles contribuaient par leur fécondité à la richesse collective, et qu'elles payaient lourdement, par la conscription ou par le sang, une contribution à la défense du pays, de laquelle étaient nécessairement dispensés ceux qui n'avaient pas fondé de famille. La réponse française à cette question présente ici encore une certaine originalité.

**493.** Diverses techniques permettent, seules ou combinées, de tenir compte de la famille pour déterminer, en fonction d'elle, les capacités contributives des redevables. Il est possible de recourir à des barèmes d'imposition différents pour les célibataires, pour les couples, et pour les personnes ayant charge d'enfants <sup>1462</sup>. L'Etat peut accorder des abattements pour conjoint ou enfant à charge <sup>1463</sup>. Il peut diviser forfaitairement les revenus ou doubler les barèmes pour tenir compte des charges de famille <sup>1464</sup>. Il peut surimposer les célibataires ou les ménages sans enfant <sup>1465</sup>. Il peut enfin accorder à certaines familles un crédit d'impôt (dit aussi impôt négatif), parfois remboursable, ce qui l'assimile directement à une prestation financière, ou venant en déduction de l'impôt dû <sup>1466</sup>, ce qui limite les bénéficiaires.

La France, seule avec le Luxembourg, a retenu, depuis 1945 <sup>1467</sup> – la date n'est pas neutre au regard de l'ensemble de la gestion publique des familles – la technique du quotient conjugal et familial. Dans le cadre d'une imposition des revenus par foyer, qui ne recouvre donc pas l'institution familiale directement, les revenus sont additionnés pour donner le revenu imposable ; celui-ci est divisé par un nombre de parts attribué en fonction de la composition familiale du foyer : une part pour le premier adulte, une part pour son conjoint, une demi-part par enfant à charge de rang 1 ou 2, une part supplémentaire par enfant au-delà du troisième ; le

---

<sup>1459</sup> « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ».

<sup>1460</sup> Déc. 81-133 DC du 30/12/1981 : valeur constitutionnelle du principe d'égalité devant l'impôt en raison des facultés contributives.

<sup>1461</sup> L'art. 37 du projet constitutionnel rejeté par référendum le 5/5/1946 prévoyait expressément qu'il soit tenu compte des charges familiales dans le calcul des contributions.

<sup>1462</sup> La différenciation entre couples et célibataires est retenue par les Etats-Unis, la Norvège ou la Belgique par exemple. Les données citées ici et aux notes suivantes sont extraites de l'article *précité* de M. Glaude (n. 1457), et portent généralement sur l'année 1988.

<sup>1463</sup> Pour conjoint : Suisse, Royaume-Uni, Pays-Bas, Japon, Grèce ; pour enfant : Allemagne, Etats-Unis, Norvège, Portugal, Suisse, Belgique, Japon, Grèce.

<sup>1464</sup> Allemagne, Irlande.

<sup>1465</sup> Art. 9 de la L. française du 25/6/1920.

<sup>1466</sup> Espagne, Italie, Suède, Danemark, Canada pour le conjoint, Espagne, Italie, Canada, Etats-Unis, Norvège pour les enfants.

<sup>1467</sup> L. du 31/12/1945.

barème d'imposition est appliqué au résultat obtenu, et on multiplie la somme résultante par le nombre de parts, afin de déterminer l'impôt effectivement dû. La progressivité de l'impôt sur le revenu permet alors d'appliquer aux familles un barème réduit par rapport à celui que supporterait, à revenu égal, un célibataire ou une famille de moindre importance.

**494.** La lecture de ce mécanisme fait apparaître des réalités contrastées.

D'une part, la notion de foyer fiscal, qui construit la famille autour de l'alliance ou de la filiation et lui applique alors le quotient familial ou conjugal, tend à avantager, à bas revenus et double salaire tout au moins <sup>1468</sup>, le concubinage sur le mariage, et, en toute hypothèse, la famille naturelle sur la famille légitime par octroi à chacun des concubins ou divorcés d'une demi-part supplémentaire pour le premier enfant <sup>1469</sup>. A cet égard, construite sur l'image traditionnelle de la famille légitime, où la femme ne travaille pas, la technique du quotient conjugal entraîne des effets imprévus, alors que le souci de venir en aide à des situations socialement préoccupantes, comme celle des familles monoparentales, provoque en retour une intégration des avantages fiscaux qui en résultent dans certains comportements familiaux <sup>1470</sup>.

D'autre part, la technique du quotient familial révèle une politique pleinement nataliste. L'octroi d'une part entière supplémentaire à partir du troisième enfant l'illustre. Mais il faut également noter que, malgré les plafonnements des avantages procurés par l'application du quotient, sa mise en oeuvre profite essentiellement aux familles à hauts revenus, pour qui cette redistribution verticale inversée constitue une aide substantielle <sup>1471</sup>. L'absence d'approche sociale n'est pas compensée par des avantages fiscaux divers, telles les réductions d'impôts pour garde d'enfant, les augmentations des déductions fiscales pour charge de famille, ou l'exonération des prestations familiales, qui n'ont d'effet sur les familles que pour autant qu'elles disposent de

---

<sup>1468</sup> Par l'effet de la décote notamment.

<sup>1469</sup> La commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale avait adopté le 1/6/1994 un amendement à la loi « famille » visant à supprimer ce que des députés considéraient comme des avantages fiscaux pénalisant le mariage. L'amendement n'a pas été repris, le ministre s'étant engagé par ailleurs à étudier séparément la question fiscale. Le 14/10/1994, l'Assemblée a par ailleurs adopté, contre l'avis du ministre du Budget, un amendement visant à réserver la demi-part supplémentaire accordée aux célibataires, veufs ou divorcés ayant élevé un ou plusieurs enfants majeurs à ceux qui en ont eu la charge effective pendant au moins dix années.

<sup>1470</sup> Rappr. l'article un peu ancien de J. P. Chevalier, *Concubinage et imposition des revenus*, in Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 105 et s.

<sup>1471</sup> Cf. l'étude du CERC : *Politique familiale et dimension de la famille*, Documents du CERC, n° 104, 1992. Pour l'impôt payé en 1990, le gain d'impôt, pour une famille de 3 enfants, par rapport à un ménage sans enfant, était (en pourcentage du revenu net) de 0 % pour un revenu primaire net égal au SMIC, et de 7 % pour un revenu égal à 10 fois le SMIC ; pour une famille de 6 enfants, il était respectivement de 0 % et de 12,8 %. En francs, la conjonction des aides fiscales, à taille de famille égale, était approximativement, pour des familles de 3 enfants, de : 0 francs avec 1 revenu égal au SMIC, 4 155 francs avec un revenu égal à 2 SMIC, 11 729 francs avec un revenu égal à 3 SMIC et 35 781 francs avec un revenu égal à 10 SMIC ; et, respectivement, pour des familles de 6 enfants de 0 francs, 4 155 francs, 18 816 francs et 65 741 francs. Les aides ne produisent donc leurs effets qu'à partir d'un seuil important de revenus, et produisent un effet progressif avec l'augmentation du revenu. Ces avantages ne font pas obstacle à ce que les familles à hauts revenus, bénéficiant de ces aides fiscales considérables, perçoivent également les allocations familiales dans les mêmes conditions que les familles ne bénéficiant pas de fait d'aide fiscale – à l'exception des prestations sous conditions de ressources, qui ne constituent pas malgré tout les prestations ordinaires ni les plus importantes –.

revenus suffisants pour en bénéficier, c'est-à-dire pour payer des impôts. A cet égard, l'absence d'impôt négatif ne peut pas permettre à la politique fiscale une approche autre que nataliste.

**495.** Or, cet effet limité doit être rapproché de la réalité de la pression fiscale, dont l'impôt sur le revenu n'est qu'un des éléments <sup>1472</sup>. De ce point de vue, la place prééminente de deux techniques fiscales en France doit être soulignée, parce qu'elles ne laissent pas place à une prise en compte des situations familiales : les impôts indirects, et notamment la TVA, qui pèse d'autant plus que la consommation est importante (et on peut alors supposer que la consommation dépend ici du nombre de consommateurs, fonction de la taille de la famille, et de manière parfois exponentielle) ; les prélèvements à la source, et notamment la Contribution Sociale Généralisée, prélevée à taux fixe. Ces impôts, acquittés quel que soit le revenu réel, frappent lourdement les familles, et proportionnellement d'autant plus que la famille est nombreuse et les revenus faibles.

Ainsi, en dépit des masses financières en jeu <sup>1473</sup> et malgré les volontés affichées d'une fiscalité qui profite aux familles <sup>1474</sup>, la politique fiscale est sujette à trop de contraintes structurelles pour dégager une approche totale de la question familiale. Mesure importante d'accompagnement, elle remplit pour partie une fonction incitatrice, mais devrait être réformée si l'on voulait lui faire jouer un rôle majeur.

## **B – La politique de prestations.** <sup>1475</sup>

**496.** Les prestations familiales constituent incontestablement le « bras armé » de la politique familiale, le pan qui, en dépit de sa complexité dénoncée, est le plus explicite. Sommes forfaitaires, sous réserve parfois de modulations tenant aux ressources de l'allocataire, versées à raison d'une situation familiale donnée à la personne qui a la charge de l'enfant, et librement utilisables par elle <sup>1476</sup>, elles tendent à compenser l'absence d'impôt négatif pour diminuer le coût des charges de famille.

---

<sup>1472</sup> Pour mémoire, rappelons que la L. de finances pour 1994 inscrit en recettes un peu moins de 300 milliards de francs pour l'IR, et un peu moins de 650 milliards pour la TVA.

<sup>1473</sup> En 1991, les aides fiscales aux familles (quotient familial, etc.) ont représenté environ 57 milliards de francs.

<sup>1474</sup> Tel est le cas notamment de la réforme simplifiant et allégeant les tranches de l'impôt sur le revenu par la L. de finances pour 1994.

<sup>1475</sup> L'introduction la plus claire et la plus complète sur le système de prestations est celle de P. Steck, *Les prestations familiales*, PUF, 1993. Adde : les ouvrages de M. Messu (n. 1350) et de J. Bichot (n. 1387), les rapports de C. Codaccioni (n. 1380) et d'H. Brin (n. 1387), l'article d'A. Arseguet (n. 1390).

<sup>1476</sup> Sous réserve de tutelle aux prestations sociales, Cf. *infra*.

Instaurées par certaines politiques patronales <sup>1477</sup> et par l'Etat employeur <sup>1478</sup>, elles ont été progressivement « nationalisées » par les pouvoirs publics, qui en ont reconnu la légitimité et permis l'efficacité : obligation faite aux employeurs d'adhérer à une caisse de compensation et au versement d'un sursalaire familial <sup>1479</sup> ; extension au secteur agricole <sup>1480</sup> puis à toute activité professionnelle, même non salariée <sup>1481</sup> ; inclusion dans le système de Sécurité sociale <sup>1482</sup> ; généralisation des prestations indépendamment de toute activité professionnelle <sup>1483</sup>. Cette nationalisation permet alors d'envisager les prestations en termes de droit pour l'allocataire, même si des débats subsistent pour déterminer qui, des parents ou de l'enfant, doit être considéré comme le titulaire du droit <sup>1484</sup>. Elle conduit également à ranger avec Jean-Jacques Dupeyrou la matière au sein du droit public <sup>1485</sup>.

**497.** Le financement de ces prestations est assuré par des prélèvements sociaux <sup>1486</sup>, et leur gestion par les caisses du régime général de la Sécurité sociale ou des institutions des régimes particuliers (dont l'Etat, pour celles versées aux fonctionnaires) <sup>1487</sup>. Cependant, la définition des droits reste de la compétence étatique.

Ces allocations sont versées, lorsqu'elles en remplissent par ailleurs les conditions, aux personnes résidant en France, nationaux aussi bien qu'étrangers en situation régulière <sup>1488</sup>. Une telle ouverture des droits conduit à nuancer le caractère nataliste que ces allocations peuvent avoir <sup>1489</sup>. Malgré tout, c'est ce caractère qui prédomine, au moins pour le « noyau dur » des prestations que sont les allocations familiales <sup>1490</sup>. On peut alors s'essayer, au travers des mutations qui ont marqué les prestations depuis leur « nationalisation », à suivre l'évolution de la politique explicite.

---

<sup>1477</sup> Cf. l'historique de D. Ceccaldi (n. 1326).

<sup>1478</sup> La L. du 7/4/1917 a étendu à tous les fonctionnaires une indemnité pour charge de famille.

<sup>1479</sup> L. du 11/3/1932, D. 12/11/1938.

<sup>1480</sup> D. du 31/5/1938 et du 14/6/1938.

<sup>1481</sup> Code de la famille de 1939.

<sup>1482</sup> L. du 22/8/1946.

<sup>1483</sup> 1/1/1978.

<sup>1484</sup> Cf. J. Hochard, *Le droit personnel de l'enfant aux prestations familiales*, Dr. soc. 1991 p. 51 et s.

<sup>1485</sup> *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 1993, p. 280.

<sup>1486</sup> Il faut cependant tenir compte d'une tendance récurrente, en relation notamment avec des considérations de politique économique – V. *supra* – ou de contrôle parlementaire sur les comptes de la Sécurité sociale, à une possible budgétisation du financement. Cf. par exemple les propos sur ce point du ministre actuel, JO AN CR, 12/5/1994, p. 375 (question De Broglie).

<sup>1487</sup> Cf. *infra*.

<sup>1488</sup> Rapp. Cons. Const., 22 janvier 1990, Déc. 89-269 DC : les droits sociaux ne sont pas garantis aux seuls nationaux et profitent également aux étrangers en situation régulière (annexe).

<sup>1489</sup> Du moins si l'on considère que le natalisme entretient nécessairement un lien avec le nationalisme ou le patriotisme, ce qui est très généralement le cas.

<sup>1490</sup> Art. L. 521.1 à 521.3 du code de la sécurité sociale. Ces allocations sont versées sans condition de ressource à toutes les familles ou personnes seules ayant au moins deux enfants à charge. Leur montant est de 32% de la base mensuelle servant de calcul pour le second enfant à charge, et de 41% pour chacun des suivants ; ce taux connaît des majorations en fonction de l'âge des enfants.



**498.** Après une période de mise en place (1939-1945) s'ouvre l'époque faste de la politique familiale (1945-1970). Les sommes distribuées sont importantes (40 % des dépenses de sécurité sociale). Les prestations sont simples et liées à la naissance (période prénatale, maternité), à la démographie (allocation familiale à partir du deuxième enfant) et au modèle familial traditionnel où l'épouse n'occupe pas un emploi (allocation de salaire unique). Leur montant connaît des revalorisations substantielles. Quelques aménagements interviennent, des allocations spécifiques apparaissent, qui ne modifient cependant pas l'économie générale.

A partir des années 60/70 et, en fonction de changements de cap politique (Nouvelle société et libéralisme avancé, état de grâce de 1981 et politique d'austérité de 1982-83, cohabitations, etc.), jusqu'à nos jours <sup>1491</sup>, le système va connaître une mutation <sup>1492</sup>. D'une part apparaît une pluralité de prestations spécifiques, adaptées à des situations particulières, qui ne visent ainsi plus tellement la ou les familles, mais des familles bien situées – allocation d'orphelin puis allocation de soutien familial <sup>1493</sup>, allocation de parent isolé (API) <sup>1494</sup>, allocation d'éducation spéciale s'agissant des enfants atteints de handicap <sup>1495</sup> –, ou qui viennent en aide pour la solution de problèmes ou situations spécifiques – allocation de rentrée scolaire <sup>1496</sup>, aide aux familles pour l'emploi d'une assistante maternelle agréée (AFEAMA) <sup>1497</sup>, allocation de garde d'enfant à domicile (AGED) <sup>1498</sup>, allocation parentale d'éducation (APE), allocation pour jeune enfant (APJE) <sup>1499</sup> –. D'autre part, nombre des allocations ne sont maintenant ouvertes que sous conditions de ressources, ce qui les inscrit dans une problématique d'intervention sociale bien arrêtée <sup>1500</sup>. Surtout, le caractère nataliste est accentué par redéfinition des taux des allocations familiales proprement dites en faveur du troisième enfant. Toutefois, ces évolutions doivent aussi être appréciées au regard de quatre éléments : la dévalorisation progressive des sommes engagées (13 % des dépenses de la Sécurité sociale en 1992), l'absence de garantie du maintien du pouvoir d'achat lié aux prestations à partir de 1989, les difficultés globales du financement de la protection sociale (baisse constante du taux des cotisations familiales, redistribution des revenus des branches de la Sécurité sociale, au détriment de la branche famille traditionnellement excédentaire

---

<sup>1491</sup> Cf. *infra* la présentation des tendances actuelles.

<sup>1492</sup> Pour le droit positif, Cf. J. J. Dupeyroux, *op. cit.* (n. 1357), p. 464 et s.

<sup>1493</sup> Art. L. 523.1 à L. 523.3 du Code de la sécurité sociale.

<sup>1494</sup> Art. L. 524.1 à L. 524.4 du code de la sécurité sociale.

<sup>1495</sup> Art. L. 541.1 à L. 543.3 du code de la sécurité sociale.

<sup>1496</sup> Art. L. 543.1 et 2 du code de la sécurité sociale.

<sup>1497</sup> Art. L. 757.4, L. 757.5, L. 841.1 à 4 du code de la sécurité sociale.

<sup>1498</sup> Art. L. 842.1 et L. 842.2, L. 843.1 à 3 du code de la sécurité sociale.

<sup>1499</sup> Art. L. 531.1 à L. 531.3 du code de la sécurité sociale. Cette allocation vise en fait deux situations. De manière dite courte, elle est versée sans condition de ressources durant la grossesse et les trois premiers mois de la vie de l'enfant. Au-delà et jusqu'à 3 ans, elle n'est plus versée que sous conditions de ressources (APJE dite longue).

<sup>1500</sup> Tel est le cas de l'APJE longue, du complément familial, de l'API, de l'allocation logement à caractère familial, de l'aide à la rentrée scolaire notamment. Il faut noter que des versements partiels permettent de compenser la brutalité des effets de plafond (allocations dites différentielles).

<sup>1501</sup>), le décalage d'un mois pour le versement des prestations (le mois où survient l'événement n'étant plus pris en compte à partir de 1982).

Malgré cela, les prestations familiales représentent encore environ 2,4 % du produit intérieur brut, et ont totalisé, en 1992, près de 155 milliards de francs, versés à plus de 5 millions de familles <sup>1502</sup>.

**499.** Même si la multiplication des prestations et des objectifs rend le tableau complexe, les auteurs s'accordent à dégager trois cibles prioritaires dans la politique de prestation, pour lesquelles les objectifs démographiques et sociaux se mêlent.

D'abord, la politique profite aux familles nombreuses <sup>1503</sup>. L'objectif nataliste est évident, même si, comme le montrent les études démographiques, il n'est pas certain que l'effort le plus rentable de ce point de vue porte sur le troisième enfant. Mais l'objectif social n'est pas pour autant exclu. La notion de coût de l'enfant n'est pas illusoire. Elle n'est pas non plus identique selon le rang et, à cet égard, les études montrent un surcoût du troisième enfant par rapport aux deux premiers, qui peut justifier du point de vue social la progressivité des taux. Cependant, cette politique redistributive reste une politique familiale, notamment parce qu'elle s'articule autour des allocations familiales *stricto sensu*, qui ne sont pas soumises à des conditions de ressources. Elle pose alors un problème d'équité et de rationalité politique. Comme le note très justement Jean-Jacques Dupeyrou à propos de l'allocation familiale versée au deuxième enfant – mais, avec des nuances qui conduiraient sinon à une suppression, du moins à des aménagements, le raisonnement mérite réflexion pour l'ensemble du système –, « le montant est trop faible pour présenter quelque intérêt pour les foyers à revenu élevé ; mais il est insuffisant pour les plus déshérités. Mieux vaudrait introduire une condition de ressources et consacrer le solde à une aide plus efficace aux familles en détresse » <sup>1504</sup>. Il conviendrait toutefois dans cette perspective de prendre garde qu'une telle politique n'engendre pas d'effets pervers quant aux calculs des acteurs juridiques, et qu'une aide sociale trop directement liée à la fécondité ne conduise les familles

---

<sup>1501</sup> La L. du 25/7/1994 relative à la sécurité sociale prévoit une autonomie des branches prévenant de tels transferts. L'excédent pour 1992 était de 6 milliards et demi de francs. Cependant, même si la branche famille est moins déficitaire que les autres branches, elle connaît à l'heure actuelle, selon le rapport de la Commission des comptes de la sécurité sociale du 5/7/1994 (*Le Monde* du même jour), « une impressionnante dégradation de sa situation financière » : la branche devrait connaître en 1994 un déficit de près de 10 milliards de francs, dû à des facteurs dont on ne sait trop s'ils peuvent être encore qualifiés de conjoncturels puisque liés pour l'essentiel au chômage (prolongation de la scolarité des jeunes, entraînant une prolongation de la perception des allocations ; baisse des ressources des allocataires permettant à un plus grand nombre de bénéficier des allocations servies sous condition de ressources, notamment l'allocation logement, etc.)

<sup>1502</sup> Sources CNAF pour 1992.

<sup>1503</sup> 20 % des familles ont 3 enfants ou plus, regroupant 43 % des enfants de France. Ces familles bénéficient de près de 52 % des prestations versées. Ces allocations d'entretien ont représenté en 1992 (source CNAF) 80 milliards de francs (Allocations familiales : 68 milliards ; Complément familial : 10 milliards ; Allocation de rentrée scolaire : 2 milliards).

<sup>1504</sup> *Op. cit.* (n. 1357), p. 500. Selon l'auteur (*Les mots sacrés des tartufes*, in *Le Monde* du 16/6/1994), en excluant de la distribution des allocations familiales les 15 % de ménages les plus fortunés en bénéficiant, on dégagerait environ 14 milliards de francs. Pour comparaison, le montant des allocations RMI versées par l'Etat en 1991 était de 12,1 milliards de francs, l'ensemble du dispositif (Etat et départements) n'atteignant pas 20 milliards.

déshéritées à rechercher délibérément dans cette fécondité une part prépondérante de leur revenu, d'autant que les voies normales d'accès aux revenus du travail peuvent leur sembler, en raison du chômage par exemple, illusoire.

Ensuite, la politique de prestations profite aux familles jeunes <sup>1505</sup>. Là encore, les objectifs natalistes et sociaux sont mêlés ; ils sont surtout indissociables. L'allongement de la durée de vie entraînent un retard à l'héritage, alors que le chômage des jeunes ou l'allongement de la durée d'études diminuent fortement les ressources propres des jeunes couples. L'aide publique peut alors permettre d'éviter le retard à la première naissance et, éventuellement, favoriser la constitution ultérieure d'une famille nombreuse.

Enfin, la politique profite aux familles monoparentales. L'aspect social est ici privilégié, en raison des difficultés propres, matérielles et parfois psychologiques, de ces formes familiales <sup>1506</sup>. Le rôle supplétif de l'Etat dans la continuité fonctionnelle famille/public est particulièrement marqué. On a parfois voulu voir dans ces aides un obstacle au mariage, qui en ferait perdre le bénéfice <sup>1507</sup>. La preuve n'en a jamais été formellement apportée. Mais si tel est le cas, et il n'y a pas de raison que les acteurs ignorent de tels avantages dans leurs calculs éventuels, il faudrait en déduire *a contrario* une efficacité de la politique incarnée par les modèles prestataires, qui doivent alors aussi jouer s'agissant des objectifs avoués (comme l'objectif démographique), et qui confortent, sinon les choix effectués dans le cadre de la politique familiale, du moins son existence comme modalité de la gestion publique des familles.

**500.** En définitive, pour être explicite, la politique de prestation n'échappe pas à ce que l'on peut considérer soit comme une ambiguïté des objectifs de l'intervention, soit, de manière plus réaliste, comme l'expression de la complexité de cette intervention. N'obéissant ni à une approche vraiment moraliste ni à une approche simplement nationaliste, cette politique tend à être tout à la fois sociale et nataliste. Elle se saisit alors totalement d'un objet dont elle tend à gérer des aspects contrastés, et pour lequel cette gestion ne saurait se limiter aux seules interventions explicites. De manière alors beaucoup plus diffuse, parce que la famille est au coeur de la réalité sociale et qu'elle est le cadre de vie le plus commun et le plus complet pour l'individu, c'est en jouant sur l'environnement familial que l'Etat parachève son intervention.

## C – La politique d'environnement.

---

<sup>1505</sup> 29 % des familles ont en charge un enfant de moins de 3 ans, regroupant alors 32 % des enfants de France. Ces familles bénéficient de 40 % des prestations versées. Au seul titre des aides à la naissance et aux jeunes enfants, 28 milliards de prestation ont été versés en 1992 (APJE sans condition de ressource : 5 milliards ; APJE sous condition de ressources : 15 milliards ; AFEAMA + AGED : 2 milliards ; APE : 6 milliards . Source CNAF.).

<sup>1506</sup> 13,2 % des familles sont constituées autour d'un seul adulte, regroupant deux millions d'enfants et bénéficiant de 16 % des prestations versées, dont 4 % au seul titre de la monoparentalité (ASF : 4 milliards, API : 5 milliards. Source CNAF.).

<sup>1507</sup> E. Sullerot, *Pour le meilleur et sans le pire*, Fayard, 1984.

**501.** La dernière modalité par laquelle l'Etat peut inciter les acteurs à opter pour un modèle de vie familiale est celle qui consiste à procurer un environnement favorable à la famille ou à un certain type de famille, en fonction de ses ambitions en la matière. Cette intervention est ainsi la conséquence du vœu pour une politique familiale globale. Elle se réalise au quotidien, par des mesures qui ne sont pas toujours explicites, qui ne semblent pas toujours fondamentales, mais qui, en fin de compte, jouent énormément dans la détermination des choix qu'effectuent les administrés.

**502.** L'inventaire de ces mesures est pratiquement impossible : peu ou prou, l'ensemble des interventions publiques, sous quelque forme que ce soit (police, service public, ou encadrement des activités privées par exemple), pourrait être étudié sous l'angle de ses conséquences familiales, et il est douteux que l'on trouve beaucoup d'actions qui en soient dépourvues. Il n'y a pas à s'étonner de cette omniprésence, la famille étant, comme nous l'avons vu, l'institution primaire de la société, dont l'Etat doit tenir compte au moins comme fait social ; il faut, en revanche, ne pas négliger ceci lorsqu'on évoque une politique des familles.

Pour nous limiter à des schémas d'intervention, on peut considérer que deux axes au moins permettent de décrire cet aspect familial de la politique publique : la mise en place de services spécifiques et l'aménagement familial de l'activité publique.

L'Etat peut, directement ou indirectement, veiller à ce que soient assurés des services utiles aux familles. La dimension familiale s'inscrit ainsi comme composante de l'intérêt général. Certains de ces services sont alors ostensiblement familiaux : accueil des jeunes enfants (crèches publiques ou aide aux modes de garde privés, Protection maternelle et infantile, etc.). D'autres sont tellement communs que l'on oublie parfois leur importance dans une politique familiale : il suffit d'évoquer le service de l'Education nationale ou de la Santé publique, le secteur du handicap ou des personnes âgées.

L'Etat peut ensuite intégrer la préoccupation familiale dans ses activités générales de service, en modulant par exemple les politiques tarifaires en faveur des familles (notamment en matière de transport ou en matière de protection sociale <sup>1508</sup>), les politiques prestataires (en

---

<sup>1508</sup> Si la notion d'ayant-droit ne concerne pas alors les seules familles (et joue même parfois contre elles dès lors qu'elles sortent du modèle traditionnel de la famille avec un seul membre salarié), historiquement et quantitativement, les familles sont au centre de cette notion.

matière de logement <sup>1509</sup> ou de lutte contre la précarité <sup>1510</sup>), les politiques à l'égard de ses agents <sup>1511</sup> ou les politiques d'aménagement du territoire.

L'ensemble de ces objectifs, *a priori* peu cohérents, en tout cas peu explicites, justifierait alors le recours à des instruments juridiques à vocation synthétique et explicative : les lois relatives à la famille.

---

<sup>1509</sup> Il existe alors une allocation logement à caractère familial, prestation mixte (à caractère familial, elle fait l'objet d'un calcul et d'une utilisation affectés). Mais l'ensemble des aides au logement ont évidemment une influence familiale. Leur gestion par les Caisses d'allocations familiales, et leur inclusion dans la matière académique des prestations familiales au titre de ce critère organique, traduisent cette perception.

<sup>1510</sup> RMI, etc. Cf. *infra*.

<sup>1511</sup> Droit au regroupement familial du fonctionnaire (Loi Roustan du 30/12/1921), versement des prestations familiales, aménagement du temps de travail, etc.

### **§ 3 – L’aspiration à une synthèse : la loi relative à la famille.**

**503.** En présence d’un ensemble de dispositions éclatées, on a pu regretter que la politique familiale « n’ait pas fait l’objet d’un débat parlementaire qui lui aurait donné une cohérence d’ensemble » : l’appréciation de Claude Evin, alors président de la Commission des affaires sociales de l’Assemblée nationale (1984) <sup>1512</sup>, exprime indéniablement une idée-force pour de nombreux parlementaires de tous bords. Ils attendent ainsi du gouvernement un effort d’explicitation et d’évaluation, leur permettant de fournir un travail législatif apte à peser sur les orientations futures. L’occasion pouvait leur être fournie pour un tel débat à l’occasion des discussions sur les lois « famille » que soumettent périodiquement les gouvernements à la représentation nationale. Mais de ce point de vue, de pareils instruments restent largement illusoires.

En témoignent les aléas de la dernière loi en date, celle du 25 juillet 1994. Au-delà d’un contenu important bien que très hétérogène (A), l’apport de cette loi est, à l’égal de celui de ses devancières, très limité (B).

#### **A – Un contenu hétérogène.**

**504.** Annoncée dès le printemps 1993 comme une des tâches principales du gouvernement Balladur, l’élaboration d’une loi famille sera plusieurs fois repoussée pour n’être envisagée qu’en fin de session de printemps 1994.

Susceptible de donner lieu à un grand débat sur la politique familiale, elle a été adoptée à la va-vite, après que l’urgence eut été déclarée dès le dépôt du projet, et que les partenaires sociaux et familiaux eurent, pour l’essentiel, émis des réserves sur le projet.

Attendue comme une grande loi d’orientation, elle se présente, de fait, comme la collection de mesures hétérogènes concernant la famille, dont certaines ont évidemment une importance extrême, dont le financement est parfois programmé, mais qui ne traduisent en aucun cas l’explicitation ou la cohésion d’une politique d’ensemble.

La loi commence par proclamer un grand principe : « La famille est une des valeurs essentielles sur lesquelles est fondée la société. C’est sur elle que repose l’avenir de la Nation. A

---

<sup>1512</sup> Rapportée par J. Marmot, *Les vicissitudes de la politique familiale*, Rev. adm. 1985 p. 95.

ce titre, la politique familiale doit être globale » <sup>1513</sup>. Les travaux parlementaires présentent cette proclamation comme l'interprétation de l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution de 1946 : « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Le moins que l'on puisse dire alors est que cette interprétation est créative. Toutefois, au-delà d'une éventuelle querelle de principe sur la valeur exacte d'une telle déclaration, force est de constater que le reste des dispositions est loin de correspondre aux intentions affichées par cet article 1<sup>er</sup>.

La loi s'attache ainsi aux conditions ouvrant droit à l'allocation parentale d'éducation : celle-ci est ouverte dès le deuxième enfant à partir du 1<sup>er</sup> juillet 1994 ; son attribution est possible à taux partiel pour des salariés diminuant leur temps de travail pour s'occuper de leur enfant sans renoncer pour autant à toute activité professionnelle ; sa perception est prolongée en cas de naissance multiple. Il s'agit là des dispositions qui ont connu la plus grande publicité médiatique, parce qu'elles ont notamment suscité de nombreux débats publics sur le travail féminin. Elles révèlent clairement la pluralité d'objectifs qui s'y attachent, entre natalisme (favoriser la naissance du deuxième enfant) et effet social (résorber en partie le chômage en libérant éventuellement des emplois). Cette ambiguïté, tout comme la faiblesse des effets que suscitera une telle mesure (on attend environ 231 000 bénéficiaires de cette nouvelle allocation, contre 187 000 en 1989, lorsqu'elle était attribuée à partir du troisième enfant <sup>1514</sup>), ne sont pas au diapason de l'objectif que se fixe la loi.

La loi s'intéresse ensuite aux conditions d'accueil de la petite enfance, en modifiant des prestations qui y sont attachées (allocation de garde d'enfant à domicile et aides à l'emploi pour la garde des jeunes enfants) et en incitant les collectivités locales à adopter des schémas locaux de développement de l'accueil des jeunes enfants. Cette dernière mesure, qui incontestablement aurait pu traduire une ambition politique réelle si elle avait été rendue obligatoire, tel que le prévoyait le projet initial, est cependant demeurée facultative, le Sénat ayant vu dans cette disposition une atteinte aux libertés locales ; partant, il s'agit d'une simple possibilité laissée aux communes, par ailleurs adoptée sans souci d'y introduire une dimension d'intercommunalité, liée à la notion de « bassin de vie ».

Enfin, la loi contient des dispositions multiples, sans grande cohérence, même si elles revêtent, chacune pour ce qui la concerne, une grande importance pratique : mesures facilitant l'obtention de congés pour raisons familiales, allongement progressif (jusqu'en 1998) de l'âge limite ouvrant droit aux prestations familiales, ou compétences du Haut conseil de la population et de la famille en matière de cahier des charges des sociétés nationales de programmes audiovisuels par exemple.

Dès lors, ce n'est que parce que la loi tente de se donner un calendrier pour la mise en place des réformes qu'elle prévoit, et surtout affiche une rigueur budgétaire quant à leur financement, qui ne grève pas davantage les finances de la branche famille en garantissant que les

---

<sup>1513</sup> Art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1514</sup> Chiffres *Le Monde*, 4/10/1994.

surcoûts liés à la mise en place des nouvelles dispositions seront pris en charge par l'Etat, qu'elle peut éventuellement prétendre être une loi d'orientation ou une loi cadre. Mais on est loin des ambitions affichées : l'apport de la loi du point de vue de la compréhension globale de la politique familiale reste limité ; et il est probable qu'il ne pouvait en être autrement.

## **B – Un apport nécessairement limité.**

**505.** Les conditions d'adoption de la loi (et notamment la déclaration d'urgence) interdisaient sans doute que le débat parlementaire sur cette loi soit l'occasion d'un débat d'idées et d'un travail approfondi de la représentation nationale. Une demande existe pourtant en ce sens, tant pour obtenir l'explicitation des données politiques, que pour susciter une évaluation des mesures existantes.

La demande d'explicitation concerne d'abord les objectifs (natalistes, sociaux, ou autres) de la politique familiale du gouvernement, sur lesquels le parlement entend débattre à l'occasion de la discussion des instruments législatifs s'y rattachant. Elle porte ensuite sur les mesures mises en oeuvre (prestations, fiscalité, etc.), que parlementaires et observateurs s'accordent à trouver inutilement complexes et peu lisibles pour les destinataires. Une loi cadre relative à la famille pouvait ainsi provoquer un débat parlementaire, et même au-delà du parlement un débat social, afin de fixer des priorités claires, et les moyens juridiques de les atteindre.

L'évaluation des politiques suivies précédemment est l'autre préalable à un débat d'ensemble. Connaître l'efficacité ou l'inefficacité des dispositions en vigueur est nécessaire pour déterminer si elles doivent ou non être reconduites. Or, comme nous l'avons dit, en la matière, une telle appréciation est délicate, même si des indicateurs existent.

Une loi cadre, établissant un programme d'intervention et de financement ou, à défaut, des grandes orientations, apparaît alors légitimement à de nombreux parlementaires comme le moyen de faire le point des politiques suivies, de débattre des objectifs, et de planifier les politiques à mener, puisque aussi bien en l'espèce, il n'est d'efficacité interventionniste que sur le long terme.

Cette revendication parlementaire permet de comprendre en quoi la présentation par le gouvernement d'un projet de loi relative à la famille, car les incidences financières d'une telle politique interdisent aux termes de l'article 40 de la Constitution d'envisager ici une initiative parlementaire, est devenue depuis quelques années comme un exercice imposé, parfois redoutable



<sup>1515</sup>. Et cela l'est d'autant plus que la majorité parlementaire s'est bien souvent engagée électoralement sur des thèmes familiaux, qu'il faut bien essayer de traduire en droit.

Ainsi, la plupart des majorités successives se sont essayées à adopter des lois cadres relatives à la famille. Mais il faut bien admettre qu'au-delà de l'exercice, les résultats ne correspondent guère aux attentes ci-dessus rappelées.

**506.** Peut-il en être autrement ? Force est de constater qu'au-delà du cas d'espèce de 1994, les lois précédentes en 1985 et 1986, pour s'en tenir aux plus récentes <sup>1516</sup>, n'ont pas révélé une autre philosophie <sup>1517</sup>. Deux raisons s'y attachent.

D'un point de vue conjoncturel d'abord, il est clair que si des exigences électorales s'attachent à l'élaboration d'une telle loi, pour répondre à des engagements passés ou pour prendre date pour des échéances à venir, l'effet d'annonce prime le fond et le débat n'est pas nécessairement souhaité en ce qu'il peut nuire à cet effet d'annonce. L'essentiel du travail préparatoire en 1994 s'est ainsi fait préalablement à la rédaction du projet, autour notamment d'un rapport demandé par le Premier ministre à un parlementaire <sup>1518</sup>. Et c'est autour de ce rapport qu'a eu lieu le véritable débat politique, au travers des *media* notamment.

D'un point de vue structurel ensuite, il convient d'observer la contradiction entre l'affirmation d'une politique familiale globale (article premier de la Loi de 1994) et le recours à une loi cadre. Si la politique familiale est une politique globale, cela signifie qu'il n'y a pas de politique familiale exclusive, et qu'il y a uniquement une approche tenant compte de la dimension familiale pour l'ensemble des questions politiques. C'est ainsi, semble-t-il, que doit être compris le lien que la loi établit dans son article premier entre la famille comme « valeur essentielle sur laquelle est fondée la société [et sur laquelle] repose l'avenir de la Nation » et la globalité d'une politique familiale. Or, si ce lien est fondé, il ne saurait y avoir de loi cadre synthétisant la politique familiale, car il ne saurait y avoir de loi cadre synthétisant l'ensemble de la politique : la Loi unique, le Verbe. La seule disposition traduisant une loi cadre se trouve dans ce lien établi entre la famille comme valeur sociale et nationale et la politique globale qui doit en tenir compte. Les autres dispositions, quand bien même elles parviendraient à synthétiser et programmer un ensemble conséquent et cohérent de la politique familiale, ne sauraient être qu'une mise en oeuvre de ce cadre global. Ainsi, en la matière, n'y a-t-il place que pour des lois spécifiques ou, lorsque

---

<sup>1515</sup> Ainsi n'aboutit-il pas nécessairement, comme en témoigne l'expérience des premiers gouvernements socialistes après 1981, renonçant avant le débat parlementaire : Cf. Pj déposé par Nicole Questiaux en avril 1982, abandonné en Commission.

<sup>1516</sup> L. du 4/1/1985 (qui ne fait pas référence dans son intitulé à une loi cadre, mais qui est révélatrice en ce qu'elle est le résultat de l'échec du Pj de L. cadre de 1982) ; L. du 29/12/1986.

<sup>1517</sup> Sur les lois (récentes) précédant celle de 1994, on pourra se référer par exemple à : J. Marmot, *op. cit.* (n. 1512) ; M. Raymond, *La loi du 29/12/1986 relative à la famille*, Dr. soc. 1987 p. 335 et s. ; *La sécurité sociale et la politique familiale en question*, N° spécial de Droit social, Janvier 1981.

<sup>1518</sup> Rapp. Codaccioni, oct. 1993. Largement rendu public dans la presse au cours de l'hiver 1993, ce rapport volumineux n'avait toujours pas été publié pourtant au moment de l'adoption de la loi.

plusieurs aspects sont abordés comme dans les instruments qui se présentent comme généraux, pour ce que l'on intitulerait volontiers des « lois portant diverses mesures d'ordre familial ».

**507.** En revanche, pour être illusoires dans leur vocation globalisante, de tels instruments ne sont pas nécessairement inutiles au-delà de leur domaine matériel. Même limitée à quelques questions spécifiques, la loi relative à la famille, en se présentant, ce qu'elle n'est pas, comme une loi traitant globalement de la question, et en programmant, ce qu'elle fait pour les diverses questions qu'elle envisage, dépenses et interventions publiques, participe de manière décisive à la construction de la famille comme objet.

Parce que d'un point de vue politique, l'élaboration de cet instrument juridique fait apparaître le gouvernement comme soucieux de la famille, il contribue en retour à présenter naturellement la famille comme une question relevant *évidemment* des préoccupations juridiques et de l'intervention publique. Quand bien même le contenu de l'instrument serait très relatif, et partant le contenu politique non explicité, il se présente immédiatement comme renvoyant à une approche politique formellement explicite, qui incite à rechercher comment le droit public, par cette construction juridique de la famille et l'administration qu'elle implique, participe à une fonction politique globale : le contrôle social.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1.

**508.** Grâce à l'effort conjoint de la science et de l'administration, la famille est constituée par l'Etat comme objet d'administration, donnant lieu, en tant qu'objet construit, à des interventions multiples et diverses. Ces interventions mobilisent l'ensemble du système normatif, droit privé et droit public, et prennent la forme d'une réglementation d'une part, d'une politique explicitement familiale d'autre part. Cette dernière fait appel à des techniques fiscales et à la gestion de prestations notamment. Cette approche publique explicite n'empêche pas d'appréhender la question familiale de manière transversale au travers des politiques publiques. Ainsi apparaît une dimension plus large de l'intervention de l'Etat envers les familles, qui témoigne d'une gestion publique globale.

Une telle intervention publique par le droit permet alors à l'Etat de signifier un modèle familial, qu'il souhaite voir réaliser par les acteurs juridiques, et qui s'incarne moins dans des formes de vie familiale que dans des fonctions familiales, que l'Etat entend voir normalement assurées.

La familialisation de la politique publique révèle alors une autre face de la normalité dans le rapport entre l'Etat et la famille, qui ne poursuit plus la protection de la normalité vécue, mais

qui tend à faire vivre la normalité protégée, et vise ainsi à normaliser les familles. Elle fait apparaître la place centrale qu'occupe le droit public de la famille, ensemble de normes et d'institutions publiques constituant la famille comme objet, au sein des processus du contrôle social.

## **CHAPITRE 2 : LE DROIT PUBLIC DE LA FAMILLE, INSTRUMENT DU CONTROLE SOCIAL.**

**509.** En construisant la famille comme un objet d'administration, le droit public parachève un processus de reconstruction de la réalité sociale comme objet idéal. A cet égard apparaît nettement l'instrumentalité du droit dans la relation interinstitutionnelle, entre l'institution nationale et la famille. En construisant l'objet juridique, l'Etat tend à construire la famille comme objet au-delà de la sphère juridique c'est-à-dire à influencer sur la réalité sociale pour que, dans le champ social, la famille soit cet objet utile au processus complexe correspondant à la constitution et à la reproduction de l'institution nationale.

L'administration de la famille se saisit ainsi d'un objet, qu'elle tente de modeler, comme nous l'avons vu, par une multitude d'interventions diverses, et d'imposer en retour, sinon comme modèle unique, du moins comme modèle normal. Elle complète ainsi évidemment la protection de la famille normale, et le contrôle public sur la famille anormale, et les absorbe même : aux côtés de la définition d'une sphère d'intimité pour l'individu réel, et aux côtés d'une lutte directe contre des familles anormales, repérées et qualifiées comme telles, dans le champ social, l'administration de la famille développe des modalités qui concernent l'ensemble des individus et des familles, normales ou anormales, pris globalement sans être situés, et multiplie les processus imposant de manière diffuse et complémentaire une conception de la famille comme normale.

Ces processus dans leur ensemble réalisent alors très exactement la cohésion de la Nation, en permettant la diffusion de l'idée d'oeuvre constitutive de l'institution nationale, et en suscitant l'adhésion à cette idée. Ils font apparaître le droit public comme un instrument privilégié du contrôle social en matière familiale.

On peut définir le contrôle social, avec Danièle Lochak, comme « l'ensemble des processus, conscients ou inconscients, spontanés, suscités ou imposés, par lesquels une société assure les conditions de sa reproduction, demeure une et la même, maintient sa cohésion dans le temps et dans l'espace, surmonte éventuellement en les occultant ses contradictions internes, désamorce les tensions qui menacent son intégration et, à terme, sa survie. Le contrôle social suppose le pouvoir sans préjuger des formes sous lesquelles il s'exerce » <sup>1519</sup>.

---

<sup>1519</sup> D. Loschak, *Espace et contrôle social*, in CURAPP, *Centre, Périphérie, Territoire*, PUF, Paris, 1978, p. 155. Rapp. la définition de F. Bourricaud : « ensemble des ressources matérielles et symboliques dont dispose une société pour s'assurer

La notion de contrôle social est un élément-clé pour la compréhension du processus institutionnel et interinstitutionnel, qui permet d'observer comment l'institution subjective s'objective, comment l'idée d'oeuvre passe de la conscience de certaines personnes à celle d'autres personnes, en s'attachant à la fonctionnalité des mesures juridiques, et en les situant par rapport à l'ensemble des processus psychologiques, idéologiques, ou autres, qui permettent à l'institution de se déployer dans l'espace social, et comment ce déploiement mobilise l'ensemble des acteurs juridiques. De ce fait, parler de contrôle social n'est nullement dépendant d'une appréciation positive ou négative d'ordre politique <sup>1520</sup> : c'est simplement constater que ce contrôle est nécessairement lié au phénomène institutionnel lui-même, qu'il permet à l'institution de durer, et qu'il connaît autant de processus différents qu'il peut exister d'institutions différentes.

Le droit occupe une place importante dans le contrôle social, puisqu'il tend lui aussi à reproduire l'institution. Le processus répressif, par la législation pénale et les institutions judiciaires notamment, a souvent été mis en avant dans une telle perspective. Mais, au-delà du simple contrôle public que ce processus réalise, le droit, par ses modèles, par ses organisations ou par ses services publics, participe également au contrôle social <sup>1521</sup>. S'agissant de la famille, le droit public joue un rôle essentiel. Nous avons vu sa place dans la génération de la famille comme objet administrable, et comment cette construction remplissait des fonctions politiques constitutives importantes pour la Nation. En retour, cette construction abstraite se donne en réalité pour fonction un contrôle sur l'espace social. Même si ce ne sont pas les familles qui sont représentées dans la sphère publique directement, même si ce ne sont pas les familles qui sont administrées immédiatement, c'est bien, en revanche, sur les individus réels, sur les communautés dans lesquelles ils s'inscrivent effectivement, que l'Etat, par le droit public, s'efforce d'agir. Cette action traduit un processus qui tend à faire partager aux individus réels sa conception de la normalité, parce que ce partage est une condition essentielle pour qu'il y ait une idée d'oeuvre commune entre les individus.

Le droit public, en constituant la famille comme objet administré, permet de ramifier cette administration par la mise en place d'un appareillage complet et diversifié d'interventions. Il peut ainsi maintenir toujours présente la famille normale dans l'espace public, pour la diffuser comme valeur fondatrice de l'institution nationale. A cet égard semble-t-il, le droit public peut, pour les fonctions familiales dont nous avons montré qu'elles étaient l'élément essentiel de la normalité ici, compléter ou suppléer le droit civil en tant que celui-ci s'attache à définir (ou à ne pas définir, le processus est le même) des modèles formels (par exemple la faveur pour la famille légitime dans

---

de la conformité du comportement de ses membres à un ensemble de règles et de principes prescrits et sanctionnés », V° *Contrôle social*, Encyclopaedia Universalis.

<sup>1520</sup> Encore qu'issue de l'analyse anglo-saxonne, cette expression se réfère plus à l'idée positive de maîtrise de l'espace social qu'à la connotation préventive/répressive du contrôle dans la langue française. Cf. F. Bourricaud, *op. cit.* (n. 1519).

<sup>1521</sup> Très étudié il y a une vingtaine d'années, le contrôle social a été plus ou moins exclu des interrogations juridiques. Des travaux récents ont cependant montré que cette problématique est toujours d'actualité. Cf. notamment : A. G. Slama, *Le nouvel ordre juridique « moral »*, Droits, n° 19, 1994, p. 37 et s.

le passé ou actuellement l'exclusion de la famille adultérine). En ce sens, autant la promotion éventuelle d'un modèle familial peut se faire par la simple réglementation, autant la diffusion de fonctions diverses et multiples, susceptibles d'adaptations nombreuses, semble exiger un instrument plus interventionniste et plus souple, tel que le droit public. Et cela est sans doute d'autant plus vrai et nécessaire que l'accent mis sur les fonctions familiales et sur la protection de l'individu dans la famille a, en partie, contribué à la délitescence des modèles familiaux, et donc éventuellement des cadres utiles aux fonctions.

Mais s'il est clair que le droit public participe ainsi au contrôle social, c'est aussi ce contrôle social qui demande à être situé par rapport au droit public. Notamment, l'importance politique et l'efficacité de ce contrôle sont tels que, dans le cadre de relations interinstitutionnelles multiples, non plus seulement entre l'Etat et la famille, mais entre l'ensemble des intervenants dans le champ social, le droit public apparaît comme un élément à maîtriser pour pouvoir maîtriser le contrôle social, c'est-à-dire les conditions d'évolution de l'institution nationale. De ce point de vue, loin de toute lecture unilatérale, le droit public de la famille, en mettant en place une administration protéiforme, associe à ce contrôle social une multitude d'institutions diverses : il faut se demander quelles sont alors les conséquences d'une telle utilisation du droit public dans la relation interinstitutionnelle.

Ainsi nous faut-il suivre la mise en place par le droit public de cette administration de la famille (section 1) pour nous interroger enfin sur l'enjeu réel du droit public dans cette construction : la maîtrise du contrôle social (section 2).

## SECTION 1 : LA MISE EN PLACE D'UN « APPAREILLAGE D'INTERVENTIONS ». <sup>1522</sup>

**510.** L'efficacité de tout contrôle suppose que soit mise en place une organisation permettant de quadriller l'espace – espace territorial, espace intellectuel, espace social –, de manière à pouvoir assurer la présence du contrôle. On sait, depuis Jeremy Bentham au moins, l'importance d'une organisation panoptique en matière carcérale <sup>1523</sup>. Notamment, en mettant en place un système dans lequel les comportements n'ont pas à être imposés de l'extérieur, mais où ils sont reproduits parce qu'est intériorisée une norme à laquelle on ne saurait se soustraire en raison de l'impossibilité de se ménager un espace où l'on pourrait échapper à la surveillance sociale, l'administration acquiert une efficacité autrement importante que celle que lui fournit les simples moyens de puissance <sup>1524</sup>. Bien que son action ne se déroule pas dans les mêmes lieux, fermés, et dans les mêmes conditions, impératives, l'administration, en tant qu'elle réalise le contrôle social, tend à s'organiser selon un modèle intellectuellement panoptique, en se donnant les moyens d'imposer, sans que toujours il y paraisse, des processus de reproduction sociale que les individus intériorisent.

Les diverses organisations, publiques ou placées sous l'autorité publique, qui interviennent autour de l'objet familial, peuvent ainsi apparaître désordonnées, et ne pas obéir à un objectif cohérent, de service ou de police par exemple. Elles offrent cependant du point de vue du contrôle social de riches possibilités de lecture. Notamment, elles présentent les trois traits majeurs de toute intervention publique : une capacité normative, une offre de service, une création de structures. Elles permettent alors de mener en tous les points où cela est nécessaire la politique publique : dans l'espace d'abord, assurant un quadrillage du territoire pour la politique familiale ; dans les différentes sphères où se trouvent les individus ensuite, qu'il s'agisse de la sphère publique (le politique, le social) ou du domaine privé (la vie familiale). Pour ce faire, l'Etat mobilise l'ensemble des ressources organisationnelles, qu'elles soient publiques (§ 1) ou privées (§ 2).

---

<sup>1522</sup> Rappr. de M. Chauvière, *La famille, nouvel espace public ? la construction d'une compétence politico-administrative*, in CRESAL : *Les raisons de l'action publique, entre expertise et débat*, L'Harmattan, 1993, p. 107 et s. Pour l'auteur, l'ensemble de ces interventions tend à faire apparaître un véritable système politico-administratif.

<sup>1523</sup> Sur ces questions, V. M. Foucault, *Surveiller et punir, naissance de la prison*, Gallimard, 1975.

<sup>1524</sup> En matière carcérale alors, il s'agit d'organiser l'espace de façon que les surveillants puissent tout voir sans être vus ; ignorant à tout moment s'ils sont ou non surveillés, les détenus ont tendance à se comporter comme s'ils l'étaient toujours, et donc à s'autosurveiller, parce qu'ils reproduisent en permanence un comportement de surveillé.

## **§ 1 – Un réseau complémentaire d'interventions publiques.**

**511.** La mise en place d'un réseau complémentaire d'interventions reposant sur une pluralité d'intervenants publics appelle en premier lieu une répartition de compétences.

S'agissant d'un Etat unitaire, les collectivités locales n'interviennent que dans le cadre de compétences déléguées par l'Etat central. Au-delà de toute polémique sur la nature réelle de ces institutions juridiquement relevantes <sup>1525</sup> – réalités sociales, institutions fictives ? –, il faut remarquer que ces collectivités n'ont pas les moyens juridiques de mener une politique essentiellement différente de celle de l'Etat, à supposer qu'elles puissent en avoir la volonté politique : il faut, en effet, constater que cet Etat central a conservé le pouvoir d'orienter la gestion publique des familles (A), et qu'il s'entoure dans cette politique de simples auxiliaires. Les collectivités locales ne se voient alors attribuer que des compétences subsidiaires (B) alors que les structures spécialisées restent limitées par les missions que leur assigne l'acte qui les a créées (C).

### **A – L'orientation par l'Etat central.**

**512.** Nous avons vu que les politiques des familles sont susceptibles de relever d'objectifs et de modalités divers. A cet égard, il faut noter que l'Etat central dispose de l'essentiel des moyens juridiques, financiers et matériels permettant la mise en oeuvre d'une politique efficace.

La direction de la politique familiale dépend ainsi principalement de son intervention. Cela le conduit à définir directement les priorités de l'action familiale (1) et à générer en son sein des structures appropriées (2).

#### ***1 – LA DEFINITION D'UNE POLITIQUE NATIONALE.***

---

<sup>1525</sup> V. nos brèves observations en 1<sup>ère</sup> partie, titre 1, chapitre 2, section 2.



**513.** Il convient d'abord de rappeler que l'Etat dispose du monopole de la législation, et qu'il peut, par l'édiction des normes afférentes, comme nous l'avons dit, et avec les réserves que nous avons évoquées, fixer un cadre contribuant à mettre en place un premier niveau de politique familiale. Si ce pouvoir législatif semble de principe pour le droit civil de la famille, ou les libertés publiques par exemple, il n'exclut pas qu'une compétence réglementaire puisse s'exercer, en fonction du domaine où la mesure intervient : règlement d'application <sup>1526</sup> ou règlement autonome <sup>1527</sup>. Ainsi l'Etat central a, par exemple, compétence pour fixer, par voie législative, les caractéristiques des diverses prestations familiales, et pour en assurer la revalorisation périodique par voie réglementaire. Afin de permettre au Parlement d'être informé de l'évolution de la politique familiale et, en conséquence, de pouvoir à la fois contrôler l'action gouvernementale et légiférer en ayant une vision globale des données familiales, des lois ont instauré des mécanismes de rapports annuels obligatoires, présentés au Parlement par le Gouvernement, notamment quant à l'évolution de la situation démographique <sup>1528</sup> et quant aux indicateurs révélant l'efficacité des politiques familiales <sup>1529</sup>.

Il n'est pas utile de revenir ici sur l'importance de ces compétences de l'Etat central dans la politique démographique. Il convient cependant de noter que, pour l'essentiel, une telle intervention des autorités locales n'est guère envisageable, qu'elles ne soient pas investies des compétences requises, ou que leur intervention soit trop limitée pour induire une politique nataliste : même en matière fiscale où les collectivités décentralisées disposent pourtant d'une relative autonomie, les abattements qu'elles peuvent consentir dans une perspective démographique portent sur des montants trop limités pour pouvoir espérer contrecarrer les objectifs fixés au niveau central, et avoir un effet propre.

**514.** Au-delà de cette politique globale, la prise de conscience de l'enjeu démographique au niveau national entraîne la dévolution exclusive de la compétence démographique à l'Etat central.

Une telle prise de conscience témoigne d'une volonté de maîtriser les modifications, notamment sociales, politiques et économiques, pouvant résulter d'une évolution démographique, et de prévenir les conséquences pour le groupe national d'une perte de vitalité. Derrière cette politique resurgissent alors nécessairement les questions d'équilibre et de cohésion qui définissent la Nation, questions pour lesquelles l'Etat, face juridique de cette Nation, ne peut laisser à quelque autre autorité le soin d'intervenir.

---

<sup>1526</sup> Pour illustration, Cf. CE, 30 novembre 1992, Picardo (annexe) : en l'espèce, le législateur (L. du 31/12/1986) avait laissé compétence à l'autorité administrative pour apprécier les modalités les plus utiles (revalorisation des prestations, actions collectives d'intérêt social, etc.) en respectant une parité globale entre les volumes de prestations et d'aides cumulés en métropole d'une part, dans ces départements d'autre part.

<sup>1527</sup> Par exemple, s'agissant de l'organisation des structures étatiques intervenant sur la famille. Cf. *infra*.

<sup>1528</sup> L. du 28/12/1967, art. 8. Ce rapport est préparé par l'INED, Cf. *infra*.

<sup>1529</sup> L. relative à la famille du 25/7/1994, art. 42.

Cependant, si le monopole de compétence en faveur de l'Etat se conçoit clairement <sup>1530</sup>, sa base juridique manque de solidité.

**515.** Ce monopole n'empêche pas, notamment, que des collectivités instituent librement, sur leurs fonds propres, et en respectant les conditions générales de légalité, des prestations facultatives qui peuvent révéler une volonté d'encouragement à la natalité. Deux questions doivent alors être posées, concernant ces prestations.

D'une part, on peut s'interroger sur leur efficacité, pour autant que l'objectif démographique soit avancé par la collectivité. A cet égard, la faiblesse objective des sommes qui peuvent être dégagées incite à y voir davantage une affirmation de valeur dans le domaine du discours politique qu'une action dont on attend des effets pratiques.

D'autre part, et surtout, on peut s'interroger sur la légalité d'un objectif démographique de la part des collectivités décentralisées, concurrençant alors l'action de l'Etat central. La question, posée au contentieux, n'a pas reçu de réponse claire, du moins de la part du Conseil d'Etat.

Des municipalités avaient accordé des prestations familiales originales, qui annonçaient l'allocation parentale d'éducation, les aides étant versées pour deux ans à l'un des parents qui s'arrêterait de travailler pour élever son troisième enfant. La Ville de Paris avait notamment, sur la demande pressante de certaines associations familiales, réservé cette prestation aux familles françaises d'abord, ressortissantes de la Communauté ensuite. Le tribunal administratif de Paris, saisi de la légalité de cette délibération, en a prononcé l'annulation <sup>1531</sup>. Son raisonnement mérite attention. La juridiction ne remet pas en cause le fait que le Conseil de Paris ait décidé l'octroi d'une allocation. Mais elle s'oppose à la discrimination établie dans son versement. En effet, à moins qu'elle ne soit la conséquence d'une loi, une discrimination dans le versement ne peut résulter que d'une différence de situation appréciable ou d'une nécessité d'intérêt général en rapport avec un service public local. Le tribunal conteste d'abord qu'il existe entre les familles une différence objective de situation en fonction de la nationalité. Il doit alors examiner si on se trouve en présence d'une nécessité d'intérêt général : cela le conduit à estimer que la Ville de Paris « ne pouvait assortir la prestation de conditions d'octroi relevant d'une politique démographique qu'elle n'avait pas compétence pour définir ». Le tribunal réserve ainsi à l'Etat central la définition de la politique démographique.

Si la décision paraît logique, sa motivation pose problème. Xavier Prétot, commentant cette décision, admet ainsi le principe sans réserve, mais constate avec lucidité « qu'il ne repose

---

<sup>1530</sup> Encore que le droit comparé offre des exemples contraires, dans des situations où la démographie se double pourtant *a priori* de considérations politiques plus immédiates, comme en Belgique, où la compétence est exclusivement dévolue aux communautés. Cf. R. Senelle, *Rapp. Belge*, in Association Henri Capitant, *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, T. XXXIX, Economica, 1988, p. 33 et s.

<sup>1531</sup> TA Paris, 19 mars 1986, Lévy (annexe).

sur aucun texte » <sup>1532</sup>. Pour l'auteur, « le meilleur fondement que l'on puisse retenir tient au caractère nécessairement national d'une politique démographique [...] qui conduit à en réserver la définition à l'Etat » <sup>1533</sup> : fondement intuitif, logique au regard des réalités politiques qui constituent l'Etat, mais qui demandait à être confirmé.

Or, si des tribunaux ont adopté un raisonnement semblable <sup>1534</sup>, le Conseil d'Etat, se prononçant en appel sur la légalité de la délibération du Conseil de Paris, se place sur un autre terrain. Cela lui permet, sans désavouer le Tribunal administratif de Paris, de ne pas avoir à se prononcer sur les compétences démographiques <sup>1535</sup> : faisant une lecture « sociale » de l'allocation, il considère que sa mise en place n'a pas pour unique objet des considérations démographiques. Sans discuter alors le point de savoir si la démographie pourrait constituer en l'espèce une condition d'intérêt général pour l'action de la Ville de Paris, il ne retient, pour annuler la délibération, que la violation du principe d'égalité.

Si, sur le fond, cette jurisprudence annonce le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, que le Conseil constitutionnel allait affirmer en matière de droits sociaux quelques mois plus tard <sup>1536</sup>, il demeure que reste en suspens la question des compétences démographiques, et qu'il faut s'en remettre à « l'intuition » qu'une telle compétence est réservée à l'Etat central. Or cette intuition n'est pas nécessairement partagée par les collectivités locales qui, en l'absence de motivation claire de la juridiction administrative, n'ont, pour certaines, pas cru devoir exclure la démographie de leur champ de compétences. La multiplication de primes à la natalité, fondées à l'initiative de ces collectivités sur des discriminations nationales, sous couvert de politique de population, et l'introduction corrélatrice de recours contentieux par les associations de protection des droits de l'homme <sup>1537</sup>, autorisent à penser que les juges suprêmes ne pourront éternellement éviter de se prononcer sur cette question de compétence.

Il est vrai cependant que, dans les faits, seul l'Etat est à même d'orienter véritablement dans un sens démographique la politique publique <sup>1538</sup>, parce qu'il est seul à disposer des moyens pour le faire.

## **2 – DES STRUCTURES ETATIQUES APPROPRIÉES.**

---

<sup>1532</sup> Dr. Soc. 1986 p. 491.

<sup>1533</sup> *Id.*

<sup>1534</sup> Cf. TA Nice, 6 mai 1987, Ville de Menton (annexe)

<sup>1535</sup> CE, 30 juin 1989, Ville de Paris et BAS de Paris c/ Lévy (annexe).

<sup>1536</sup> 22 janvier 1990, Déc. 89-269 DC, L. portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé (annexe).

<sup>1537</sup> V. par exemple *Le Monde*, 29/7/1994.

<sup>1538</sup> Encore qu'en l'état du droit positif, l'interprétation constitutionnelle et les conventions internationales doivent faire obstacle à une orientation nationaliste. Sur ces points, V. notamment J. J. Dupeyroux, *op. cit.* (n. 1357) p. 270-278 & 485-486.

**516.** L'Etat s'est organisé pour pouvoir gérer efficacement la question familiale <sup>1539</sup>. Si, au niveau des structures ministérielles, une administration autonome n'apparaît pas de manière explicite, elle permet néanmoins de réaliser l'orientation politique que la mise en place de conseils aide à définir.

**517.** Depuis la fin des années 60, les services centraux du ou des ministère(s) en charge des Affaires Sociales connaissent une organisation relativement stable <sup>1540</sup>. Quelles que soient les divisions gouvernementales <sup>1541</sup>, les ministres disposent ainsi de services qu'ils sont parfois conduits à partager <sup>1542</sup>.

A cet égard, il faut remarquer qu'il n'existe pas de division administrative gérant directement et totalement les questions familiales <sup>1543</sup>.

Trois directions essentiellement vont, pour ce qui les concerne, traiter l'aspect familial de la politique publique, par des sous-structures qualifiées. La Direction de la Sécurité Sociale (DSS), grâce à une sous-direction de la famille, des accidents du travail, du handicap et de la mutualité, a compétence pour le domaine des prestations familiales ; elle assure la tutelle sur les caisses d'allocations familiales <sup>1544</sup>. La Direction de l'Action Sociale (DAS), par une sous-direction du développement social, de la famille et de l'enfance, traite de l'action familiale sociale et se charge de la tutelle sur l'UNAF <sup>1545</sup>. La Direction de la Population et des Migrations (DPM) dispose d'une sous-direction de la démographie, des mouvements de populations et questions internationales, qui intervient en matière d'action familiale démographique et qui assure la tutelle sur l'INED <sup>1546</sup>.

Au-delà de ces structures de gestion, il faut signaler l'existence d'un service original, qui établit un lien entre l'administration et la recherche : la *Mission interministérielle Recherche-Expérimentation* (MIRE) <sup>1547</sup>. La MIRE se voit confier la tâche d'élaborer et de proposer, « dans le champ des sciences de l'homme et de la société, la politique de la recherche dans le domaine

---

<sup>1539</sup> En ce qui concerne les organes déconcentrés de l'Etat (directions départementales et directions régionales de l'Action sanitaire et sociale essentiellement), il faut noter qu'ils n'ont, très logiquement au regard des tâches d'orientation nationales de l'Etat central, que peu d'importance en matière familiale. Nous ne revenons pas ici sur ce rôle, que nous avons déjà présenté (*supra*, § 260 et suivants), particulièrement pour les tâches assurés par les DDASS-Etat ou les DRASS en matière de coordination et de tutelle sur les interventions des collectivités décentralisées, ou pour ce qui est des pupilles de l'Etat.

<sup>1540</sup> Cf. D. n° 70-1052 du 13/11/1970 (JO 15/11/1970 p. 10536) portant organisation de l'administration centrale du ministère de la Santé publique et de la Sécurité Sociale.

<sup>1541</sup> Cf. Chapitre précédent.

<sup>1542</sup> Actuellement, Cf. D. n° 93-779 du 8/4/1993 (JO 9/4/1993 p. 6129) relatif aux attributions du ministre d'Etat, ministre des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville.

<sup>1543</sup> Cf. les organigrammes en annexe. L'existence d'une direction de la famille ne semble pas à l'ordre du jour, comme le confirme le ministre actuel, dans sa réponse à une question écrite : *Question écrite n° 4139 de R. Huguenard*, JOAN Q, 29/11/1993, p. 4239 (annexe).

<sup>1544</sup> Cf. Arrêté du 13/3/1990 relatif à l'organisation et aux attributions de la DSS.

<sup>1545</sup> Cf. Arrêté du 4/9/1991 relatif à l'organisation de la DAS.

<sup>1546</sup> Cf. Arrêté du 9/9/1983 relatif à l'organisation et aux attributions de la DPM.

<sup>1547</sup> Créée par un arrêté du 28/12/1981.

des compétences dévolues au ministre chargé des Affaires Sociales » <sup>1548</sup>. Elle est assistée d'un Conseil de la recherche <sup>1549</sup> qui donne des avis sur les programmes de recherche et les évalue, et qui, par sa composition, assure un lien entre la recherche assurée par la MIRE et le CNRS d'une part, le ministère de l'Enseignement supérieur d'autre part. Elle propose des programmes de recherche sans *a priori* disciplinaires. Nombre d'entre eux concernent directement les questions familiales, notamment dans leur relation au politique. La raison d'être de la MIRE est d'établir une passerelle entre le monde de la recherche dans le champ social et familial, et les administrations intervenant dans ces champs. La MIRE essaie ainsi d'établir un lien dynamique entre le politique et la recherche scientifique <sup>1550</sup>.

**518.** Aux côtés de ces structures ministérielles spécialisées, il faut souligner l'importance de services permettant une connaissance du fait familial : les organismes publics de statistique <sup>1551</sup>.

L'importance de la statistique dans l'émergence de la famille comme objet politique a déjà été signalée. L'engagement d'Alfred Sauvy avant, pendant et après la période de Vichy, à la fois dans la mise en place d'une administration de la démographie et dans celle de la statistique <sup>1552</sup>, témoigne d'un lien épistémologique et politique étroit entre les disciplines.

La plupart des départements ministériels possèdent leur propre service de statistique. Intervient ainsi prioritairement pour notre objet le Service des statistiques du ministère des Affaires Sociales. La Caisse nationale des allocations familiales dispose également d'un système autonome.

Toutefois, c'est l'*Institut national de la statistique et des études économiques* (INSEE) qui occupe une place centrale <sup>1553</sup>. Il s'agit d'une direction générale du ministère de l'Economie, qui réalise des études et des enquêtes statistiques, et qui a vocation à coordonner le système public, afin d'éviter des chevauchements coûteux notamment. Ses moyens importants (budgétaires et en personnel notamment), son organisation déconcentrée (services régionaux), font qu'en pratique, l'INSEE gère toutes les enquêtes d'importance. Du point de vue de la politique familiale, l'INSEE permet une connaissance brute des données de population (s'agissant notamment du recensement, de la situation annuelle de la population, du taux de natalité ou de mortalité). Il mène par ailleurs des enquêtes spécifiques qui peuvent concerner les familles, soit à partir des données du recensement, soit de manière directe. Certaines de ces enquêtes sont déterminées par l'INSEE

---

<sup>1548</sup> Arrêté du ministre des Affaires Sociales du 28/2/1986.

<sup>1549</sup> Arrêté interministériel du 26/2/1993.

<sup>1550</sup> La MIRE publie un bulletin *MIRE-Info*, dont le n° d'avril 1993 présente le bilan de dix années de recherche (n° 27/28).

<sup>1551</sup> Cf. INSEE, *Le système statistique public français*, Imprimerie nationale, 1993.

<sup>1552</sup> La L. 51-771 du 7/6/1951 régit le système public de recensement et d'enquêtes statistiques à caractère obligatoire. La loi informatique et liberté du 6/1/1978 et la Convention du Conseil de l'Europe du 28/1/1981 (JO 20/11/1985) assurent la protection des données nominatives.

<sup>1553</sup> L. 46-854 du 27/4/1946 ; D. 46-1432 du 14/6/1946.

lui-même. D'autres sont rendues obligatoires par la loi (recensement). Les dernières correspondent à une demande politique (du Gouvernement notamment).

A cet égard, il faut s'arrêter sur l'existence d'un organisme particulier, qui oriente l'ensemble des études statistiques : le *Conseil National de l'Information Statistique* (CNIS) <sup>1554</sup>. Cet organisme est chargé d'assurer la concertation entre les utilisateurs de l'information statistique et les producteurs de cette information. Il rend ainsi des avis publics sur l'opportunité des enquêtes à mener. Il regroupe environ 170 membres, représentant l'ensemble des intervenants concernés par l'information statistique, et rédige notamment un rapport annuel sur les enquêtes devant obligatoirement être menées. La liste officielle fait ensuite l'objet d'un arrêté ministériel.

L'ensemble de ses informations permet de déceler et d'apprécier les besoins en politique familiale, ainsi que l'efficacité de la politique suivie <sup>1555</sup>. Pour ce faire, le pouvoir politique n'est pas laissé seul et peut faire appel à des conseils officiels.

**519.** Si l'institution de conseils et de commissions semble être une tendance irréversible de l'administration française moderne, on ne saurait tenir pour indifférente la place qui leur est dévolue, tant dans la hiérarchie de l'Etat que dans la direction des politiques publiques. Dans le domaine familial, l'existence d'un *Haut Conseil de la Population et de la Famille* semble dominer la matière. Sur des questions spécifiques, néanmoins, apparaissent d'autres instances consultatives.

**520.** La mise en place d'un organisme consultatif sur les questions de famille et de population est une revendication constante des familialistes et des natalistes dès le début du siècle <sup>1556</sup>.

Un premier *Haut Comité de la Population et de la Famille* apparaît en 1939 <sup>1557</sup>. Il est placé sous la présidence du Président du Conseil, et réunit essentiellement des représentants de l'administration, ainsi qu'éventuellement des personnes qualifiées. Il coordonne les efforts et suit l'application des mesures concernant la natalité, le peuplement, les migrations et – déjà – la déconcentration urbaine. Il participe activement à l'élaboration de Code de la famille de 1939.

---

<sup>1554</sup> D. 84-628 du 17/7/1984.

<sup>1555</sup> Il faut signaler, même s'il s'agit juridiquement d'une personne privée, la place du CREDOC dans cette problématique de la connaissance du fait familial. Le Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie, que l'on continue à désigner sous son ancien sigle de CREDOC, est une association démembrée de l'Etat, soumise à sa tutelle et à son contrôle financier, faisant place dans son Conseil d'administration à une majorité de représentants des administrations publiques gérant le domaine de la recherche, de l'économie et du social, et bénéficiant de détachement de fonctionnaires. Il réalise des enquêtes sur les conditions de vie, qui touchent directement ou indirectement les familles. Ces enquêtes peuvent faire l'objet d'un contrat avec un partenaire public ou privé, ou être subventionnées. Là encore, elles permettent de mettre en évidence les besoins d'une part, l'efficacité des interventions d'autre part.

<sup>1556</sup> Différentes structures apparaissent à cette époque dans une optique politique mal définie : Commission extraparlamentaire de la dépopulation, etc.

<sup>1557</sup> D. du 23/2/1939.

Vichy le remplace par un *Comité Consultatif de la Famille Française* <sup>1558</sup>, où est représenté l'ensemble des acteurs qui veulent bien y participer (comme les associations et l'administration). Chargé de dégager la doctrine familiale du régime, il a essentiellement contribué à l'élaboration de la loi Gounot sur la représentation familiale.

A la libération, un *Haut Comité Consultatif de la Population et de la Famille* est créé <sup>1559</sup>. Il reprend les attributions de son prédécesseur de 1939. Ce comité pèse de manière forte sur deux textes importants : le code de la nationalité <sup>1560</sup> et les dispositions relatives à l'entrée et au séjour des étrangers en France <sup>1561</sup>. Toutefois, rattaché à la présidence du Gouvernement provisoire de la République, puis à la Présidence du Conseil, il subit les effets de l'instabilité gouvernementale sous la IV<sup>e</sup> République. Par ailleurs, la personnalité de son secrétaire de 1945 à 1966, Georges Mauco, suscite des interrogations, tant actuellement pour une analyse historique, qu'à l'époque, dans le cadre d'une action politique <sup>1562</sup>. En 1966, le Haut comité est placé sous la présidence du ministre des Affaires Sociales, mais le Général de Gaulle continuera à le présider à plusieurs reprises.

En 1970, le Haut comité subit le sort de son département ministériel de rattachement, et perd ses attributions familiales <sup>1563</sup>, alors qu'est créé parallèlement un *Comité consultatif de la famille*, rattaché au ministère de la Santé <sup>1564</sup>. En fait, les deux institutions seront en sommeil jusqu'à la fin des années 70, et réunifiées en 1982 sous la présidence du ministre du Travail <sup>1565</sup>. L'organisme prend alors le nom de *Haut Conseil de la population et de la famille* en 1985 et est directement rattaché au Président de la République <sup>1566</sup>.

Son rôle de conseil est primordial : il est chargé « d'éclairer le Président de la République et le gouvernement sur les problèmes démographiques et leurs conséquences à moyen et à long terme ainsi que sur les questions relatives à la famille » <sup>1567</sup>. Pour ce faire, il formule des avis et procède à toute étude pertinente. Le Président de la République le réunit au moins une fois par an. Son secrétariat est assuré par le directeur de la Population et des Migrations.

Il est composé de 12 à 18 membres, désignés par le Président de la République pour 3 ans, en raison de leurs compétences.

---

<sup>1558</sup> L. du 5/6/1941. En juin 1943, il devient Conseil supérieur de la famille.

<sup>1559</sup> D. du 12/4/1945.

<sup>1560</sup> Ord. du 19/10/1945.

<sup>1561</sup> Ord. du 2/11/1945.

<sup>1562</sup> Celui-ci est l'auteur d'analyses et d'articles ouvertement racistes, sur « la névrose juive » notamment (1942). Il pousse le Haut comité à travailler la sélection des étrangers assimilables, et l'amène à déclarer les juifs et les maghrébins « catégories inassimilables ». Cf. I. Virem, *Haut conseil de la population et de la famille, historique et perspectives*, rapp. interne, Secrétariat d'Etat à la famille, Direction de la population et des migrations, Bureau DM. 1, mars 1992, p. 6. G. Mauco restera membre du Conseil jusqu'en 1970.

<sup>1563</sup> D. du 23/4/1970.

<sup>1564</sup> D. du 17/9/1971.

<sup>1565</sup> D. 82-117 du 1/2/1982.

<sup>1566</sup> D. 85-1126 du 23/10/1985.

<sup>1567</sup> Art. 1<sup>er</sup> du D. de 1985.

**521.** L'institution apparaît ainsi comme un conseil direct du Président. Elle doit alors être replacée dans un contexte où le pouvoir politique entend faire réellement de la famille un objet explicite de son action.

Les premiers conseils étaient véritablement chargés de participer à la politique familiale. Leur composition, qui les rapproche en fait de comités interministériels, leurs fonctions de coordination, de suivi d'une politique, ou d'orientation de l'action, en témoignent tout autant que leurs résultats effectifs (Code de la famille, loi Gounot, ordonnances de 1945). Désormais, en revanche, l'organe est pleinement construit pour le Conseil : en font foi à nouveau la désignation discrétionnaire des membres, et la mission qui lui est dévolue.

Or, s'il ne s'agit plus de gérer ou d'orienter, c'est bien parce qu'au stade politique, et au stade politique le plus élevé, celui de la Présidence de la République, la réalité d'une action politique sur la famille est assumée. Cette évolution doit être rapprochée de la réapparition simultanée d'un département ministériel explicitement familial (1981), de la création de la MIRE (1981), enfin d'une tentative de réformer profondément la politique familiale (1981-1984). De ce point de vue, il convient de se demander si cette volonté politique de traiter la famille de manière complète dans la sphère publique traduit une évolution objective, ou si elle est simplement liée à une approche personnelle de François Mitterrand <sup>1568</sup>.

Corrélativement se fait jour une autre question, celle de la fonction autonome du Haut Conseil au sein de la multitude d'institutions créées à l'initiative de la puissance publique en matière familiale. Une place est certainement à occuper entre l'UNAF et sa représentation politique, les institutions de connaissance, et les intervenants directs (comme les Caisses d'allocations familiales). Mais la composition du Haut conseil montre que de nouveau, pour l'essentiel, sont réunies ces trois logiques, faisant place à des scientifiques, des gestionnaires et des représentants associatifs, même si ce ne sont pas toujours les mêmes personnes, même si des dissensions existent parfois entre les organes concernés. On peut alors hésiter pour attribuer au Haut Conseil une fonction de synthèse, utile en raison de la multiplicité de ces organes, ou une fonction plus politique, qui pourrait établir un filtre supplémentaire entre certaines institutions et le pouvoir politique, et finalement, une fois encore, légitimer celui-ci. L'étude des dossiers soumis au Haut Conseil, souvent complexes et portant sur le long terme <sup>1569</sup>, ne permet pas de trancher <sup>1570</sup>,

---

<sup>1568</sup> Dont l'attachement à une politique familiale est bien connu. Cf. M. Chauvière, *La famille, nouvel espace public ? la construction d'une compétence politico-administrative*, in CRESAL : *Les raisons de l'action publique, entre expertise et débat*, L'Harmattan, 1993, p. 107 et s. ; M. Messu, *Les politiques familiales, du natalisme à la solidarité*, Les Editions Ouvrières, 1992, p. 101 et s.

<sup>1569</sup> Par exemple : *Vieillesse et santé* (1992), *Filiation sociale et biologique* (1990), *Bioéthique et démographie* (1988), *Avenir de la famille* (1987), *Favoriser la naissance du 3<sup>e</sup> enfant* (1986), etc. Le rapport d' I. Virem recense l'ensemble des activités entre 1981 et 1992 (n. 1562).

<sup>1570</sup> On pourra compléter avec les développements que consacre au Conseil son vice-président jusqu'en 1992 dans ses mémoires : P. Laroque, *Au service de l'homme et du droit, souvenirs et réflexions*, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, 1993, p. 341 et s.



ni les nouvelles missions qui lui sont attribuées par la loi de 1994 relative à la famille et qui participent de cette ambivalence : d'une part, si le Haut Conseil est chargé d'élaborer un rapport annuel d'évaluation du coût de l'enfant, il doit le faire de manière synthétique « en concertation avec l'UNAF et ses différentes composantes » et avec le concours des administrations (INSEE, INED) <sup>1571</sup> ; d'autre part, en étant appelé à donner un avis sur le cahier des charges des sociétés publiques de télévision, il est à même d'exercer un rôle politique, que des parlementaires avaient pu souhaiter attribuer directement aux associations familiales <sup>1572</sup>.

**522.** Si le Haut Conseil intervient de manière générale sur toute question concernant la famille, d'autres instances voient leur domaine, et donc leur fonction, mieux cernés. Trois méritent d'être signalées, sur l'objet qui nous occupe : la Conférence nationale de la famille, le Conseil supérieur de l'adoption et le Conseil supérieur de l'information sexuelle, de la régulation des naissances et de l'éducation familiale.

**523.** Organisée primitivement de manière informelle sur l'initiative des gouvernements successifs, la *Conférence nationale de la famille* est devenue un impératif avec la loi relative à la famille de 1994 <sup>1573</sup>. Manifestation annuelle, elle est susceptible, en fonction des pratiques qui s'instaureront, de se transformer en structure permanente ou en simple « rendez-vous » entre le gouvernement et les acteurs intervenant en matière familiale. La présence centrale de l'UNAF incite toutefois, en l'état, à y voir davantage une institutionnalisation nouvelle et complémentaire de la représentation familiale qu'une structure originale.

**524.** Le *Conseil supérieur de l'adoption* est un organisme consultatif placé auprès du ministre de la Santé <sup>1574</sup>. Il a un rôle de proposition et d'avis auprès des pouvoirs publics en matière d'adoption, et participe à l'information du public sur les questions liées à l'adoption. Notamment, il peut procéder à des études comparatives des législations étrangères. Il est composé d'élus locaux et nationaux, de représentants de l'administration, de représentants associatifs, de magistrats et de personnes qualifiées <sup>1575</sup>.

**525.** Le *Conseil supérieur de l'information sexuelle* a été, quant à lui, créé par le législateur <sup>1576</sup>, dans la dynamique des lois sur la contraception. Souhaité au départ comme office gérant un service public de planning familial, le CSIS est le fruit d'un compromis entre des missions

---

<sup>1571</sup> L. du 25/7/1994, art. 40.

<sup>1572</sup> L. du 25/7/1994, art. 39. Le Sénat en première lecture avait amendé le texte afin que ce contrôle familialiste de la télévision publique soit exercé au sein même du Conseil d'administration des chaînes par un représentant familial.

<sup>1573</sup> Art. 41 de la L. du 25/7/1994.

<sup>1574</sup> D. 75-640 du 16/7/1975 & D. 83-218 du 22/3/1983.

<sup>1575</sup> D. 87-1013 du 17/12/1987.

<sup>1576</sup> L. 73-639 du 11/7/1973. On trouvera un commentaire à l'AJDA 1973 p. 425 (A. de Laubadère).

importantes de service et un statut peu autonome. Il se voit attribuer trois fonctions : coordonner les organismes publics et privés qui contribuent à l'information sexuelle, la régulation des naissances et l'éducation familiale ; collecter et diffuser l'information en la matière ; proposer aux pouvoirs publics des mesures dans ce domaine. Sans personnalité juridique, composé de nombreux représentants de l'administration, des organismes de sécurité sociale, de diverses associations et de personnes qualifiées, il ne peut cependant guère prétendre jouer maintenant le rôle qui lui était initialement destiné.

## B – L'intervention subsidiaire des collectivités locales.

**526.** Subsidiaire au regard du rôle de l'Etat central, l'intervention des collectivités locales ne peut, par manque de moyens financiers et juridiques, infléchir sensiblement la politique nationale. La loi du 2 mars 1982 réserve ainsi à l'Etat « la responsabilité de la conduite de la politique économique et sociale ». Néanmoins, une lecture familiale des compétences locales permet d'orienter leur exercice, et témoigne de l'importance de ces compétences subsidiaires dans une approche globale de la question.

**527.** L'échelon régional est sans doute celui qui est le moins adapté à une intervention locale envers les familles : trop vaste pour permettre des actions de proximité, il se heurte directement aux prérogatives centrales dès lors qu'il s'agit de politiques d'envergure. A cet égard, il n'est pas neutre que la construction publique de la représentation familiale ignore volontairement le niveau régional <sup>1577</sup> : les URAF ne bénéficient d'aucune prérogative particulière et nulle réforme n'a aligné la structure de la représentation sur celle des collectivités décentralisées. C'est alors principalement sous l'angle de l'aménagement du territoire que la Région mène une ébauche de politique familiale. Dans le même temps, sa place dans la structuration géographique, et ses compétences en matière de planification, peuvent l'inciter à coordonner les actions familiales des diverses collectivités.

En charge de l'aménagement du territoire, la région peut – plus ou moins bien – tenir compte des réalités familiales dans la définition de ses objectifs <sup>1578</sup>. La gestion de l'espace rural et de son peuplement, celle de l'éparpillement familial lié aux impératifs géographiques du travail et de l'emploi, des études, de l'accès aux soins médicaux (notamment en ce qui concerne les personnes âgées), des services et des commerces, l'organisation des communications, ne sont que quelques-unes des grandes questions qui se posent conjointement aux familles dans leur vie quotidienne et aux acteurs institutionnels dans leur approche du territoire. Fernand Braudel a fort bien retracé comment s'est ainsi constituée la France, et comment l'espace est indissociable du peuplement <sup>1579</sup>. L'importance de l'espace dans le contrôle social n'a plus à être démontré <sup>1580</sup>.

Ainsi, l'aménagement du territoire et la planification, même sans être directement inspirés par une approche familiale, ne peuvent pas ne pas avoir de conséquences sur les familles : ils sont nécessairement un aspect de la politique objective des familles. Généralement, cet aspect est véhiculé à long terme dans la planification grâce, notamment, à la contractualisation qui associe

---

<sup>1577</sup> Cf. titre précédent.

<sup>1578</sup> Cf. sur la problématique familiale de l'aménagement du territoire les travaux de l'AG de l'UNAF des 19 et 20 juin 1993 et *Réalités familiales* n° 28, novembre 1993 (*Familles et aménagement du territoire*).

<sup>1579</sup> Cf. notamment *L'identité de la France*, 3 vol., Arthaud-Flammarion, 1986.

<sup>1580</sup> Cf. D. Loschak, *op. cit.* (n. 1519).

Etat et Région. De manière plus spécifique, la Région peut prendre l'initiative d'une réflexion régionale sur la politique familiale, pouvant déboucher sur des structures plus ou moins informelles de coordination et d'information (observatoires, rencontres annuelles institutionnalisées entre acteurs dans le champ familial, etc.) <sup>1581</sup>. Mais le poids réel de chaque collectivité, la prégnance d'une planification plus large, nationale et communautaire, ainsi que les oppositions politiques entre des pouvoirs qui se superposent ou se côtoient, sans vouloir nécessairement coopérer, doivent conduire à nuancer l'efficacité de l'intervention régionale.

Plus concrètement, la Région peut intervenir par ses investissements (en matière de lycées par exemple), ses aides en faveur des entreprises ou sa politique de transport en commun par exemple, afin de préserver des bassins de vie à l'échelle familiale. Toutefois, ces interventions et ces compétences ne touchent pas directement les familles. Elles tendent à avoir un effet d'environnement, dont on ne doit pas pouvoir exagérer ni l'objectif nataliste, ni l'objectif social. Ces réserves faites, le pôle régional ne doit pas être négligé, notamment si une volonté politique de coordination et de planification se faisait réellement jour.

**528.** Le Département possède également des compétences dans des matières qui ont un effet évident sur les familles. On peut penser prioritairement ici aux équipements scolaires (collèges), et aux compétences en matière d'aide médicale, d'aide sociale aux personnes âgées ou aux personnes handicapées.

Surtout, le Département dispose de moyens d'intervention directe sur les familles, qui intègrent alors totalement la question familiale dans une logique sociale.

Outre leurs compétences en matière d'Aide sociale à l'enfance ou de prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs <sup>1582</sup>, les organes départementaux gèrent des services à destination des familles. Tel est, notamment, le cas des services de la protection maternelle et infantile, qui assurent une surveillance médicale et une assistance sociale durant la grossesse et la prime enfance, ou des centres de planification familiale, qui gèrent un service de planning familial public <sup>1583</sup>. Ce sont également les organes départementaux qui habilitent ou agréent certains intervenants privés dans la politique familiale, et notamment les assistantes maternelles <sup>1584</sup>.

De plus, le Département est en charge de la gestion de l'aide sociale légale <sup>1585</sup>, au sein de laquelle certaines interventions visent particulièrement les familles : aides aux familles <sup>1586</sup>,

---

<sup>1581</sup> Cf. par exemple en Midi-Pyrénées l'organisation d'assises régionales de la famille en octobre 1993 (Conseil régional de Midi-Pyrénées & URAF de Midi-Pyrénées, *Actes des Premières assises régionales de la famille en Midi-Pyrénées, Colloque des 7 et 8 octobre 1993*, Publications de la Région Midi-Pyrénées, 1994). Ces assises ont débouché sur l'institutionnalisation d'une conférence annuelle de la famille à partir d'octobre 1994. D'autres régions semblent susciter de pareilles actions.

<sup>1582</sup> Cf. sur ces deux compétences 1<sup>ère</sup> Partie, titre 2.

<sup>1583</sup> D. 72-318 du 24/4/1972.

<sup>1584</sup> Le juge administratif exerce alors un contrôle minimum sur un refus : CE, 16/1/1991, Mme Mas, Dr. Adm. 1991.117.

<sup>1585</sup> Art. 32 L. du 22/7/1983. Cependant, certaines aides, comme celles liées à l'accomplissement de ses obligations militaires par un soutien de famille, ou le RMI (bien qu'il ne s'agisse pas là d'une aide spécifiquement familiale), restent de la compétence de l'Etat.

qui sont un substitut d'allocations familiales, par exemple, ou aide à domicile du service d'aide sociale à l'enfance (allocations mensuelles ou secours exceptionnels) <sup>1587</sup>. Par convention, les communes peuvent être associées à cette gestion.

Il faut également mentionner l'intervention du département dans le dispositif du revenu minimum d'insertion <sup>1588</sup>. Le département finance ainsi à hauteur de 20 % au moins les sommes mises en oeuvre et participe activement, par le biais du Conseil départemental d'insertion (co-présidé par le préfet et le président du Conseil général), à l'élaboration du programme départemental d'insertion. Cependant, les familles sont relativement peu concernées par ce dispositif : de fait, les prestations familiales sont suffisantes la plupart du temps pour leur assurer un revenu supérieur au seuil de déclenchement du RMI <sup>1589</sup>.

**529.** Ensuite, le Département peut mener un certain nombre d'activités facultatives à l'égard des familles. C'est ici que peut alors essentiellement se manifester une approche autonome.

Le département a, d'abord, la possibilité de bonifier les aides légales, ou de décider la création d'aides facultatives. Ces activités facultatives sont reprises dans le règlement départemental d'aide sociale, qui constitue la « charte » de l'aide sociale départementale, et donc implicitement la « charte » de sa politique familiale.

Il peut également créer des services familiaux spécifiques. Une telle création se heurte cependant à un double problème : son coût d'une part, or les finances départementales ne sont pas indéfiniment extensibles et expliquent que pour l'essentiel, « l'action sociale facultative est et reste très marginale » <sup>1590</sup>; son efficacité d'autre part, dans la mesure où des services de proximité existent souvent déjà, soit au niveau communal, soit du fait de l'intervention des caisses d'allocations familiales, soit grâce à l'initiative privée (et particulièrement à l'initiative des associations). A cet égard encore, une coordination semble indispensable pour recenser les besoins et les moyens et éviter une concurrence stérile. La contractualisation apparaît comme le préalable de toute action efficace en la matière.

**530.** Parce que la politique familiale repose pour une large part sur une politique d'environnement, le niveau communal est un niveau essentiel. Il est inutile d'insister une nouvelle fois sur les compétences qui ont un effet direct sur la vie des familles, sans les viser expressément, comme en matière d'urbanisme. En revanche, on peut noter d'une part le rôle de la commune dans

---

<sup>1586</sup> Art. 150 et s. C. fam.

<sup>1587</sup> Art. 42 à 44 C. fam.

<sup>1588</sup> L. du 1/12/1988, modifiée par la L. du 29/7/1992.

<sup>1589</sup> 60 % environ des bénéficiaires du RMI sont des personnes isolées. Les familles de plus de deux enfants, avec un ou deux parents, représentent à peine 20 % des bénéficiaires du RMI.

<sup>1590</sup> ODAS, *L'action sociale décentralisée, bilan et perspectives*, Editions ODAS, 1993, p. 61. Ce rapport la chiffre à 2 % des sommes engagées par les départements en matière sociale.

la fourniture de services familiaux, d'autre part l'existence, au niveau communal, d'un organisme spécialisé essentiel : le Centre communal d'action sociale.

**531.** Dans un premier temps, la commune peut offrir un certain nombre de services à vocation familiale.

Cette création de services aurait pu résulter d'abord d'un impératif législatif. Le projet de loi relative à la famille du 25 juillet 1994 avait en effet prévu de mettre à la charge des collectivités communales de plus de 5000 habitants l'élaboration d'un schéma local de développement de l'accueil des jeunes enfants <sup>1591</sup>. Au nom de la défense des libertés locales, les sénateurs se sont opposés avec fermeté à ce que des injonctions soient données en la matière aux communes, et ont fait prévaloir un mécanisme facultatif à la disposition de l'ensemble des communes, indépendamment de leur taille <sup>1592</sup>.

La création de service peut aussi résulter d'une nécessité d'intérêt général. Elle doit alors respecter les impératifs de toute intervention locale, notamment en ce qui concerne les circonstances de temps et de lieu permettant cette création, ainsi que la liberté du commerce et de l'industrie <sup>1593</sup>. Cela étant, il n'y a de limite à l'intervention municipale que l'imagination de ses

---

<sup>1591</sup> Ce schéma aurait été adopté par le Conseil municipal pour une durée de 5 années, et aurait recensé d'une part les besoins par quartier ou secteur en matière d'accueil d'enfants de moins de six ans, d'autre part les structures existantes, quelle que soit leur nature ou leur mode de gestion. Le schéma aurait précisé les perspectives de développement et de redéploiement, ainsi que le calendrier et le coût prévisionnel des opérations projetées par la commune. Un bilan aurait été dressé chaque année et rendu public. Le Conseil municipal aurait pu réviser le schéma au vu de ce bilan. Apparaissait ainsi une charge communale très large, dont la portée réelle demeurait cependant imprécise.

On peut notamment s'interroger sur la signification exacte qu'aurait eu l'intégration explicite des places d'école maternelle dans ce schéma, aux côtés des places de crèches, d'accueil familial, etc. Cette insertion traduisait implicitement une volonté d'inscrire l'accueil dans une logique pédagogique qui dépasse la simple garde, logique déjà présente dans l'agrément des assistantes maternelles par exemple, et qui témoigne de la continuité fonctionnelle Public/famille : il ne s'agissait pas de rendre un simple service aux parents ; il s'agissait de remplir les mêmes fonctions éducatives qu'eux à l'égard des enfants.

On peut également se demander si, en cas de déficit prévisionnel dans les places d'accueil, l'intervention de la commune aurait été considérée comme indispensable, créant en quelque sorte une dépense obligatoire.

On peut enfin regretter, spécialement pour les milieux urbains, l'absence de référence à un mécanisme obligatoire de concertation intercommunale, hors la volonté des communes de déléguer leurs compétences à un établissement de coopération : les réalités des problèmes de garde, liés au travail, aux possibilités de scolarisation, aux possibilités matérielles de confier l'enfant aux structures existantes, s'accommodent sans doute mal d'une gestion purement municipale, qui peut, par ailleurs, déboucher sur une discrimination d'accès ou de tarifs en fonction du domicile. Très souvent, la commune de domicile n'est pas celle où les parents travaillent, ce qui pose des problèmes de transport, d'horaire, de continuité entre la garde et l'école. Les grandes villes ne souhaitent pas toujours accueillir les enfants résidant en banlieue ou en campagne, alors que les parents ne peuvent accéder aux crèches de leur domicile pour des raisons d'horaire, voire d'inexistence du service (communes rurales). Ces communes de banlieue hésitent souvent à contracter avec d'autres communes, notamment pour compenser les coûts d'accueil de leurs résidents.

A cet égard, l'admission par le Conseil d'Etat du critère du *lien suffisant avec la commune* pour limiter les pratiques discriminatoires, tout au moins dans l'accès aux services administratifs facultatifs mis en place par les communes, tient compte, comme le note M. Hecquard-Théron, de la réalité du « bassin de vie qui ne se confond plus avec les limites géographiques de la commune » (note sous CE, section, 13/5/1994, Commune de Dreux, AJDA 1994, p. 652 et s.). Ce critère pourrait permettre un meilleur accès de tous aux structures d'accueil de l'enfance.

<sup>1592</sup> L. 25/7/1994, art. 11, introduisant un chap. V dans le Code de la famille.

<sup>1593</sup> Cf. de manière très générale Sect. CE, 30/5/1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers (GAJA n° 48 avec bibliographie).

élus en matière de politique familiale : loisirs, activités éducatives ou activités de vacances, par exemple, ne sont jamais éloignés des intérêts des familles. Il faut enfin rappeler que, sous réserve de ne pas établir de discrimination illégale, les communes peuvent octroyer des allocations facultatives ayant trait à la famille, notamment en liaison avec la naissance <sup>1594</sup>.

**532.** Pour mener à bien cette intervention, les communes disposent d'une instance particulièrement adaptée avec le Centre communal d'action sociale <sup>1595</sup>. Etablissement public communal <sup>1596</sup>, voire intercommunal, présidé par le Maire <sup>1597</sup>, ce Centre ne dispose pas de compétences spécifiques en matière familiale. Cependant, il participe à l'instruction des demandes d'aide sociale, qui, comme nous l'avons vu, pour partie concernent les familles, que cette aide soit gérée par le Centre lui-même (après délégation du département à la commune notamment), par le Département ou par l'Etat. Surtout, il « anime une action générale de prévention et de développement social dans la commune, en liaison étroite avec les institutions publiques et privées » <sup>1598</sup>. La présence d'un représentant familial au sein de son conseil d'administration permet de penser que cette action générale tient compte de la dimension familiale de l'intervention sociale.

Le poids réel des CCAS est très variable. Ce centre est parfois perçu, en raison de son autonomie juridique et organique, comme empiétant sur les compétences municipales : nombre de conseils des CCAS ne sont ainsi pas installés, sans que ce soit toujours, d'ailleurs, le résultat d'un refus politique de la municipalité <sup>1599</sup>. Il apparaît néanmoins comme un instrument important dans la coordination et la définition de l'action sociale dans ses diverses branches, notamment familiale, au niveau le plus concret pour les destinataires : à cet égard, tant comme guichet unique d'accès aux différentes prestations et aides que comme élément de base d'une éventuelle planification en matière familiale et sociale, son importance juridique et effective pourrait être repensée dans une perspective plus large.

## C – La création de structures spécialisées.

---

<sup>1594</sup> V. § n° 515.

<sup>1595</sup> Cf. A. Darles, *Le Centre Communal d'Action Sociale, le Bureau d'Aide Sociale dans la Décentralisation*, thèse droit public, Tours, 1991.

<sup>1596</sup> Le CCAS fait l'objet des art. 136 à 140 du C. fam.

<sup>1597</sup> Il est composé, paritairemment, de représentants élus par le conseil municipal en son sein, et de représentants nommés par le maire (dont un représentant des associations familiales, un représentant des associations de retraités et de personnes âgées et un représentant des associations de personnes handicapées).

<sup>1598</sup> Art. 137 C. fam.

<sup>1599</sup> Sur les problèmes liés à la nomination du représentant familial, Cf. note 1260.

533. L'Etat dispose avec le « corps familial » d'une première structure spécialisée. Nous avons cependant vu que les conditions mêmes qui inspirent cette structure imposent à l'Etat de s'abstenir d'une tutelle organique ou fonctionnelle marquée <sup>1600</sup>. En revanche, la volonté de constituer la famille comme objet pour son action amène l'Etat à créer des institutions publiques spécialisées sur cet objet : elles révèlent alors de nouveau une approche globale de la question, qui témoigne à la fois d'une problématique de la gestion et du service, et d'une problématique de la science et de la rationalité.

534. Il faut en premier lieu mentionner la place fondamentale de l' *Institut national des études démographiques* <sup>1601</sup>.

Créé par une ordonnance du 24 octobre 1945, qui a supprimé dans le même temps la *Fondation française pour l'étude des problèmes humains* <sup>1602</sup>, l'INED est un établissement public national à caractère scientifique et technologique <sup>1603</sup>, placé sous la tutelle conjointe du ministre des Affaires Sociales <sup>1604</sup> et du ministre chargé de la Recherche. Cette double tutelle traduit bien l'ambivalence fonctionnelle de l'établissement, pris à la fois dans une logique objective de recherche scientifique, et dans une logique plus fluctuante de politique de population. Le président et le directeur de l'INED sont nommés par décret <sup>1605</sup>.

535. L'INED se voit attribuer différentes missions.

Tout d'abord, en tant qu'institut scientifique, il est compétent pour entreprendre, développer, et encourager tous travaux de recherche ayant pour objet l'étude des populations sous tous leurs aspects. Il recueille l'information, en assure la diffusion <sup>1606</sup> et en permet l'accès au public. Un Conseil scientifique sert d'instance de « réflexion, de proposition et d'évaluation en matière de politique scientifique » <sup>1607</sup>.

---

<sup>1600</sup> Cf. titre 1 de cette partie.

<sup>1601</sup> L'ouvrage le plus complet sur l'INED est celui d'A. Girard, *L'Institut national d'études démographiques, histoire et développement*, Editions de l'INED, 1986.

<sup>1602</sup> Etablissement public créé par la Loi du 17 novembre 1941, la Fondation fut dirigée par Alexis Carrel, dont le rôle dans la théorisation de l'eugénisme sous la III<sup>e</sup> République puis sous Vichy est connu. Sur la Fondation Carrel, Cf. A. Drouard, *Une inconnue des sciences sociales : La fondation Alexis Carrel*, Maison des sciences de l'homme, 1992. Une telle généalogie, le lien organique avec une institution très controversée, mais aussi les hommes qui ont fait évoluer l'INED (en premier lieu, Alfred Sauvy, son premier directeur), permettent de comprendre à la fois le statut de l'INED, et sa place dans la communauté scientifique.

<sup>1603</sup> D. 86-382 du 12/3/1986.

<sup>1604</sup> Exercée par la DPM.

<sup>1605</sup> L'INED est géré par un conseil d'administration comprenant : de droit, le directeur de la Population et des Migrations, le directeur général de la Recherche et de la Technologie (ministère de la Recherche), le directeur des Enseignements supérieurs et de la Recherche (ministère de l'Enseignement supérieur), et le directeur de l'Administration générale ; quatre représentants du personnel élus ; sept personnalités, dont deux représentants les associations familiales, et deux les organisations professionnelles et syndicales.

<sup>1606</sup> Notamment par ses publications et ses périodiques (*Population*, *Population & sociétés*)

<sup>1607</sup> Art. 12 du Décret précité. Il comprend notamment le Commissaire au Plan, le directeur de la Caisse nationale des allocations familiales, le Chef de la MIRE, des représentants du personnel et des personnalités qualifiées ou représentatives d'organismes intéressés à la démographie.



Mais ensuite, en tant qu'organisme public, il permet directement l'information de l'Etat. A cet égard, il peut exécuter des travaux de recherche à la demande de l'Etat, et dans les conditions que celui-ci détermine ; il remet chaque année un rapport sur la situation démographique de la France que le ministre compétent présente au Parlement <sup>1608</sup>.

**536.** Indéniablement alors, l'INED est marqué par une spécificité qui traduit son importance politique. Intervenant sur un objet éminemment politique, la démographie, qui fait appel à une interprétation prospective et qui déclenche des réactions passionnelles voire fantasmatiques (à propos de l'eugénisme, de la surpopulation ou de l'immigration par exemple) <sup>1609</sup>, l'INED est au croisement du politique et du scientifique, de l'autonomie et de la dépendance.

Coupé organiquement de l'administration de l'enseignement – Université ou institutions spéciales comme le Collège de France – et de celle de la recherche – CNRS <sup>1610</sup>-, il dispose de moyens budgétaires <sup>1611</sup> ou en personnel qui ne sont guère comparables à ceux des autres établissements autonomes de même statut, et qui témoignent en réalité d'une dialectique politique autour de l'objet étudié.

Cette autonomie juridique est sans doute le moyen d'assurer un statut autonome à la démographie, qui lui donne une indépendance par rapport à d'autres sciences dans lesquelles elle pourrait se diluer (comme l'économie, la statistique, la géographie, la science politique ou la sociologie), et qui construit l'objet démographique autour de la même logique explicite que la politique familiale. L'existence de l'INED correspond alors, pour ce qui est des institutions scientifiques, aux mêmes raisons d'être que celle de l'UNAF dans l'ordre représentatif. Une telle volonté de construire l'objet politique grâce aux institutions, grâce au droit public, se retrouve également dans le fait que l'INED se voit, pour l'essentiel, attribuer une fonction interprétative et prospective, sur des données dont il n'a guère les moyens d'assurer seul la collecte, et pour lesquelles il doit faire appel à d'autres sources (et particulièrement en matière statistique <sup>1612</sup>) ; cette fonction, qui ne nécessite pas impérieusement une autonomie juridique institutionnelle, renvoie véritablement à une volonté politique de gérer la science dans un objectif explicitement démographique et familial <sup>1613</sup>.

<sup>1608</sup> Art. 8 de la L. 67-1176 du 28/12/1967 relative à la régulation des naissances.

<sup>1609</sup> Et ici l'image Alexis Carrel est pesante, qu'on l'utilise contre l'INED pour rejeter sa légitimité (adversaires ou autorités politiques et scientifiques), ou que les chercheurs eux-mêmes construisent, parfois inconsciemment peut-être, un tabou.

<sup>1610</sup> Sur l'appréciation de cette séparation, V. l'article de L. M. Lévy (INED), *CNRS : sécession des sciences humaines*, Le débat, 1993, n° 74, p. 191-192.

<sup>1611</sup> Financièrement, et malgré une activité de commercialisation de documents ou revues, l'INED est dépendant de subventions publiques ; il est soumis à un contrôle budgétaire et financier important, qui se traduit notamment par la présence d'un contrôleur financier.

<sup>1612</sup> Néanmoins, l'INED procède, dans la limite de ses moyens, à ses propres enquêtes. Sur les sources statistiques, Cf. note 1551.

<sup>1613</sup> Des fonctions comparables étaient reconnues au Centre d'études des revenus et sur les coûts (CERC), organisme placé auprès du Commissariat général du plan (D. 66-227 du 18/4/1966) : établir un rapport de synthèse sur l'évolution des revenus, des écarts entre revenus et sur les modes de connaissance des revenus ; établir un constat annuel de l'évolution

La pratique scientifique de l'INED rend compte d'un équilibre entre recherches autonomes, librement déterminées, et recherches dirigées, notamment par l'autorité publique <sup>1614</sup>. Mais cette pratique dépend essentiellement de l'apparition d'une culture propre, de laquelle ne sont pas détachables les personnalités de ceux qui ont dirigé l'INED. Cette culture imprègne alors, au-delà de l'INED, du fait de sa position centrale dans le discours démographique, l'ensemble de la recherche et de la politique démographiques et familiales.

Parce que l'émergence d'une politique des familles doit beaucoup à la science, celle-ci est un enjeu politique dans le cadre de l'intervention publique. Le statut de l'INED est marqué par cet enjeu et inscrit explicitement cette science dans une problématique publique du contrôle social : à cet égard, la production scientifique apparaît clairement aux yeux de l'Etat comme un des moyens indissociables de la reproduction sociale.

**537.** L' *Institut de l'enfance et de la famille* (IDEF) est de création plus récente (1984), et relève d'une logique plus souple. Cet établissement public de l'Etat à caractère administratif constitue une petite structure, dont la vocation de connaissance est clairement affirmée : il a pour mission « d'étendre, d'approfondir et de diffuser la connaissance relative aux réalités de l'enfance et de la famille » <sup>1615</sup>. La liaison qu'établit son objet entre famille et enfance témoigne d'une approche contemporaine de la question familiale, que l'on retrouve en sociologie ou en droit civil par exemple. Cette institution fait d'ailleurs suite, notamment, à l'organisation d'un important

---

récente des revenus en France ; effectuer des études, spontanément ou à la demande du gouvernement, sur le niveau et l'évolution des revenus, des prix et des coûts (D. 76-913 du 7/10/1976). Les rapports du CERC étaient publics. Nombre de ces rapports ont mis en évidence les réalités économiques des familles et des politiques familiales. Le CERC a été supprimé le 1<sup>er</sup> janvier 1994 et remplacé, dans des conditions controversées (*Le Monde* des 19/11/1993 ; 11/1/1994 ; 25/1/1994 ; 29/5/1994), par un Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts (D. du 25/5/1994) ; même si des précautions ont été prises quant à l'indépendance du nouvel organisme, l'activité du nouveau centre semble se limiter à la production d'un rapport annuel sur les revenus, les coûts et l'emploi, rendu public, et comprenant éventuellement des études particulières réalisées à son initiative ou à la demande du gouvernement. La diminution des effectifs, l'ambiguïté de ses compétences, font voir dans la nouvelle structure davantage un organisme de conseil qu'un organisme de connaissance. Cette évolution montre l'ambivalence fonctionnelle d'institutions spéciales, destinées à établir une connaissance scientifique, et constituées dans un statut leur garantissant davantage une autonomie à l'égard de la sphère de l'enseignement et de la recherche qu'à l'égard du pouvoir politique. La tentation de contrôler des instances scientifiques, de maîtriser une institution objective et légitimante, ne peut être évitée dès lors que le pouvoir se donne un fondement de rationalité. Cela est encore plus évident lorsque l'objet politique émerge dans un rapport étroit entre la science et le pouvoir : le précédent du CERC doit éclairer rétrospectivement l'originalité et les implications du statut de l'INED par exemple.

<sup>1614</sup> Cependant, il est incontestable que des débats, en apparence scientifiques, se tranchent parfois par l'intervention directe du politique. Tel est le cas par exemple du remplacement en 1992 du directeur de l'INED, à la suite d'un débat porté sur la place publique contestant les interprétations démographiques proposées par l'INED : le pouvoir politique tranche de fait une question scientifique. Tel est aussi le cas lorsque l'INED et le gouvernement sont en désaccord sur la signification exacte de concepts juridiques et démographiques, comme celui d'étranger ou d'immigré (Sur ces concepts et leur utilisation scientifique et politique, Cf. Haut Conseil à l'intégration, *La connaissance de l'immigration et de l'intégration*, Rapp. novembre 1991, Doc. fr., 1992.) : en 1993 par exemple, la publication du rapport annuel de l'INED présenté par le gouvernement a été retardée sans qu'aucun motif soit avancé ; les observateurs ont attribué ce retard à un tel désaccord. Rapp. *Population & Société*, n° 291, juin 1994, qui revient sur cette distinction entre étranger et immigré.

<sup>1615</sup> D. 84-124 du 22/2/1984.

colloque sur la recherche en matière familiale, qui avait montré les besoins d'une structure d'initiative, de cohérence et de service pour les chercheurs <sup>1616</sup>.

La notion de service pour la recherche ressort clairement des missions dont l'IDEF est investi : procéder à des études et des recherches, recueillir des informations utiles, ouvrir des enquêtes, organiser des rencontres et des échanges entre institutions publiques ou privées ayant vocation à connaître les réalités de l'enfance et de la famille, tenir à jour un service de documentation, et assurer la diffusion de données.

La volonté de cohérence se traduit par une gestion assurant la représentation d'une pluralité d'intervenants au sein du conseil d'administration <sup>1617</sup>. Un conseil d'orientation éclaire ce conseil sur les lignes directrices des travaux de l'IDEF et un Conseil scientifique et technique fournit des avis sur les données scientifiques et techniques à propos des dossiers traités par le Conseil d'administration <sup>1618</sup>.

Le personnel est généralement composé de fonctionnaires détachés. Les règles de tutelle et le contrôle financier sont ceux de droit commun pour ce type d'établissement public. Mais les moyens en personnel ou les moyens financiers demeurent faibles : à cet égard, l'IDEF apparaît bien plus comme un lieu de rencontre et de travail au service des chercheurs et des décideurs, que comme une institution centralisée de recherche.

Il est ainsi, peut-être, davantage un contre-pouvoir au triptyque UNAF/INED/CNAF qui monopolise le champ familial <sup>1619</sup>, offrant une autre voie pour aborder ce champ, qu'un instrument de pouvoir et de contrôle. Cela n'est cependant pas négligeable et il n'est pas neutre qu'il soit constitué après l'alternance de 1981.

**538.** INED et IDEF sont complémentaires. Ils participent, chacun avec leurs moyens et leurs méthodes, à la constitution d'un champ scientifique familial qui, d'une part, véhicule la réalité familiale comme paradigme d'une connaissance de l'espace social, participant ainsi à la reproduction et à l'évolution de cette réalité, et qui, d'autre part, filtre et produit une information objective susceptible de servir directement l'Etat, soit pour orienter sa politique, soit pour la légitimer. Ils constituent les deux faces d'un même processus. Mais ce processus n'assure pas directement une gestion du fait familial. D'autres institutions doivent intervenir pour cela, dans le cadre d'une action sociale familiale.

---

<sup>1616</sup> Ministère des Affaires Sociales et de la Solidarité nationale & Ministère de la Recherche et de l'Industrie, *Recherches et familles*, actes du colloque du 26 janvier 1983 à l'UNESCO, RF aff. soc., n° 4, octobre-décembre 1983.

<sup>1617</sup> Y siègent ainsi les représentants de quatre ministères (Famille, Budget, Recherche, Education nationale), le président de la CNAF et celui de l'UNAF, les directeurs du CNRS, de l'Institut national de la santé et de la recherche médicale, de l'INED et de l'Institut national de la recherche pédagogique, un élu du personnel et 9 personnes qualifiées.

<sup>1618</sup> Arrêté du 14 mars 1986. Le CO comprend des représentants des différents ministères intéressés, d'associations, de syndicats, d'organismes de recherche, ainsi que des élus nationaux et locaux. Le CST comprend des experts scientifiques ou techniques désignés par divers instituts de recherche ou diverses administrations. Il est précisé qu'un équilibre doit être recherché entre experts en sciences de la vie, en sciences de l'homme et de la société, et en sciences de la documentation et de la communication.

<sup>1619</sup> Cf. p. 383 et s.

**539.** Le système français d'action sociale envers les familles est tel que, très généralement, ce sont des collectivités locales ou des institutions à caractère privé, intégrées ou non à la sphère publique (comme les CAF), qui assurent la gestion de tels services <sup>1620</sup>. Le *Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles* (FAS) constitue une très remarquable exception, répondant il est vrai à une demande spécifique.

**540.** Etablissement public créé au plus fort de la crise algérienne comme *Fonds d'action sociale pour les travailleurs musulmans d'Algérie en France* et pour leurs familles <sup>1621</sup>, sous la tutelle du Premier ministre, le FAS sera placé successivement sous l'autorité de plusieurs ministères (ce qui n'est pas neutre du point de vue de son utilisation par l'Etat), et verra évoluer son public <sup>1622</sup>, pour finalement être soumis à la tutelle du ministère des Affaires Sociales et se voir confier une mission sociale à l'égard des familles immigrées <sup>1623</sup>.

L'établissement est géré par un Conseil d'administration regroupant des représentants des communautés immigrées, des représentants syndicaux, des représentants des organismes familiaux (CNAF, UNAF) et des représentants des administrations. Au plan régional, il peut être créé une Commission régionale pour l'insertion des populations immigrées (CRIPI), présidée par le préfet de région, et assurant une gestion locale de la mission.

**541.** Cette mission vise à « favoriser au niveau national comme au niveau local l'insertion sociale des travailleurs immigrés et de leurs familles par la mise en oeuvre d'une action sociale familiale et de programmes sociaux » <sup>1624</sup>. Pour ce faire, le FAS apparaît essentiellement comme une structure de financement <sup>1625</sup>, qui aide les organismes publics (GRETA, collectivités locales, délégation interministérielle à la ville, programmes de développement social des quartiers –DSQ–, etc.) ou privés (associations) intervenant à l'intention de ce public. Mais il peut également participer ou susciter des actions plus larges.

Ces aides font l'objet d'une convention avec l'organisme bénéficiaire <sup>1626</sup>, ainsi que d'un contrôle, qui peut amener ce dernier à rembourser les sommes reçues si leur utilisation ne correspond pas à l'affectation prévue. D'un point de vue sectoriel, les aides concernent la politique urbaine, la politique de logement, la formation et l'emploi, l'action sociale et éducative, l'action culturelle, et témoignent ainsi d'une approche globale de l'insertion.

---

<sup>1620</sup> Concernant le département, Cf. le point précédent. S'agissant des institutions privées, Cf. § suivant.

<sup>1621</sup> Ord. du 29/12/1958.

<sup>1622</sup> D. du 24/4/1964 ; D. du 2/5/1966.

<sup>1623</sup> D. 83-28 du 18/1/1983 ; D. 90-142 du 14/2/1990.

<sup>1624</sup> Art. D. 767-1 CSS.

<sup>1625</sup> Le FAS dispose pour ses missions d'un budget avoisinant 1,8 milliard de francs en 1991.

<sup>1626</sup> D. n° 90-142 du 14/2/1990.

Cette mission et ce fonctionnement soumettent le FAS à un contrôle financier important, notamment de la part de la Cour des comptes. La Cour reproche notamment au FAS la dispersion de ses financements et l'insuffisance des contrôles sur les organismes qu'il finance <sup>1627</sup>. Il n'est pas certain, cependant, que ces reproches, pour être juridiquement fondés, ne remettent finalement pas en cause, en amont, les missions mêmes attribuées au FAS et ses méthodes d'intervention <sup>1628</sup>. Parce que la question de l'insertion des immigrés et de leur famille se pose dans des termes particuliers, parce que notamment une gestion décentralisée (département, CCAS) d'une telle action poserait des problèmes de cohérence et d'égalité selon les collectivités, il est cependant difficile d'imaginer une autre modalité d'action. Elle met en évidence la nécessaire constitution d'un réseau complexe d'interventions, auquel, aux côtés de l'action des pouvoirs publics, doivent participer des personnes échappant à une logique trop technocratique ou bureaucratique.

---

<sup>1627</sup> Rapp. public 1993 de la Cour.

<sup>1628</sup> En choisissant de financer des actions qu'il ne mène pas directement et qui se veulent concrètes, le FAS tente de constituer, ou de reconstituer, un tissu social, autour de la famille notamment. Pour ce faire, il doit prendre en compte des projets venant souvent de bénévoles, peu au fait des règles juridiques, et qui se proposent d'agir là où les instruments classiques de l'Etat (Ecole, travailleurs sociaux, etc.) n'ont pas véritablement réussi. Réserver l'aide à des institutions expérimentées, disposant d'une infrastructure capable d'offrir des garanties juridiques et financières, serait, d'une certaine manière, reproduire les conditions bureaucratiques qui ont déjà échoué. La réussite d'une telle intervention publique, et donc la raison d'être du FAS, implique sans doute une prise de risque, réfléchie et non exclusive d'un suivi et d'un contrôle certes, mais qui peut-être ne peut pas s'accommoder d'une gestion publique trop rigoureuse.

## **§ 2 – La prise en compte des interventions privées.**

**542.** Le droit public permet à l'Etat d'associer des intervenants privés à la gestion publique des familles. D'une part, un souci d'efficacité peut faire apparaître comme nécessaire que l'intervention publique, dans le domaine privé par excellence que constitue la famille, soit médiatisée par une instance plus souple dans son action, ou perçue, à tort ou à raison, comme plus légitime. D'autre part, il est indéniable qu'en donnant un statut public à des initiatives privées qui interviennent dans le même champ que lui, l'Etat cherche à s'assurer que ces interventions n'iront pas dans un sens qu'il ne maîtriserait pas. Il peut alors par le droit public intégrer l'initiative privée à la sphère publique (A). Plus traditionnellement, il érige des activités privées en services publics (B).

### **A – Une intégration organique.**

**543.** Les caisses d'allocations familiales révèlent un statut ambivalent, où les aspects privés et publics ne s'imbriquent plus horizontalement, comme dans le cas des « associations mixtes », telles celles du « corps familial », mais verticalement, intégrant organiquement les acteurs privés aux organismes publics. Les missions qu'elles remplissent, et qui expliquent historiquement cette intégration, témoignent elles aussi d'une ambivalence entre une gestion, pour le compte de l'Etat, de prestations obligatoires et une intervention sociale, facultative et d'envergure. Sans revenir sur le régime juridique, bien connu, des organismes de sécurité sociale, sans qu'il soit non plus possible de prétendre embrasser une matière qui reste marquée par un certain nombre de régimes dérogatoires <sup>1629</sup>, il faut noter ici la manière dont conjointement est explicitée la politique de la famille, et intégrée l'initiative privée à la sphère publique.

**544.** L'Etat intègre les organismes servant les prestations familiales à la sphère publique à la fois sur un plan organique et sur un plan fonctionnel. En effet, d'une part, ces organismes sont unis dans un système qui, au sommet, assure la liaison entre le privé et le public. D'autre part, ces organismes assurent des missions de service public dont une partie importante est déterminée totalement par l'Etat.

---

<sup>1629</sup> Mutualité sociale agricole disposant d'un monopole de gestion s'agissant de la sécurité sociale dans l'agriculture ; régime dérogatoire des mines ; régimes versés par l'Etat, la SNCF ou EDF s'agissant de leurs agents. Sur l'ensemble de la question, Cf. J. J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, op. cit. (n. 1357)

Si les caisses d'allocations familiales <sup>1630</sup> sont des sociétés mutualistes, organismes de droit privé <sup>1631</sup>, la caisse nationale est, quant à elle, un établissement public à caractère administratif. Cette dernière disposant à l'égard des CAF d'un pouvoir d'autorité et d'inspection (gestion du patrimoine, gestion des fonds dans une perspective d'équilibre du régime, pouvoir de substitution en cas de non-respect d'une mise en demeure), une telle organisation réalise ainsi une publicisation de la structure. Les caisses sont, de plus, directement soumises à une tutelle publique.

Cette publicisation est étroitement liée à l'histoire des prestations. Très tôt, en effet, il est apparu clairement que la généralisation d'un système d'allocations familiales (et plus généralement d'un système de sécurité sociale) ne pouvait être laissée à la seule appréciation de l'initiative privée, et qu'un minimum de cohérence contraignante (caisses de compensation, égalisation des modes de financement et des montants versés) devait garantir son effectivité. Parallèlement, une nationalisation sociale, sur le modèle britannique par exemple, se heurtait à des considérations politiques (crainte des acteurs sociaux ou des associations notamment). Le système de sécurité sociale mis en place à la Libération s'articule ainsi sur une reconnaissance de la légitimité des interventions privées et sur une intégration de ces interventions dans la sphère publique <sup>1632</sup>. Cette articulation n'a pas été remise en cause par les réformes successives <sup>1633</sup>.

**545.** Le régime juridique applicable aux caisses traduit bien cette double réalité.

Il n'est pas nécessaire ici de rappeler l'importance du contentieux de la sécurité sociale dans l'élaboration des grandes théories du droit administratif <sup>1634</sup>. Mais il faut remarquer que si, pour l'essentiel, le contentieux est soumis à la compétence du juge judiciaire <sup>1635</sup>, quelle que soit la nature de l'organisme gestionnaire <sup>1636</sup>, parce que les litiges naissant à cette occasion sont considérés comme intervenant dans le cadre de rapports de droit privé entre les organismes gestionnaires et leurs affiliés <sup>1637</sup> ou leur personnel <sup>1638</sup>, le juge administratif connaît pour sa part

<sup>1630</sup> Il existe 122 caisses d'allocations familiales et 3 caisses professionnelles (batellerie, pêche maritime, marins du commerce).

<sup>1631</sup> CE, 2/2/1951, Demoiselle Bodin, Rec. CE p. 70.

<sup>1632</sup> Ord. du 4/10/1945 (organisation générale de la sécurité sociale) ; L. du 22/8/1946 (prestations familiales).

<sup>1633</sup> Notamment la réforme Jeanneney de 1967 qui a modifié profondément l'architecture du système français de sécurité sociale.

<sup>1634</sup> Que l'on se rappelle simplement la gestion d'un service public par un organisme privé (Ass. CE, 13/5/1938, Caisse primaire Aide et Protection, GAJA n° 59), ou la tentative de dégager un critère général du partage des compétences, développée par M. Mosset dans ses remarquables conclusions sous l'arrêt *Association El Hamidia* (CE, 5/2/1954, Rec. CE p. 77 ; JCP 1954.II.8136).

<sup>1635</sup> En première instance sont compétents les tribunaux des affaires de sécurité sociale (composés d'un magistrat du siège du tribunal de grande instance, et de 2 assesseurs représentant les employeurs et les employés), après recours amiable préalable obligatoire devant la commission de recours amiable ; l'appel est possible devant la chambre sociale de la Cour d'Appel, sauf si la demande est inférieure au taux de compétence en dernier ressort qui est aligné sur celui du tribunal de grande instance ; le pourvoi en cassation suit les règles de droit commun.

<sup>1636</sup> Y compris donc les régimes versés par des personnes publiques (Etat, etc.).

<sup>1637</sup> Art. L. 142-1 du CSS ; TC, 6/7/1957, Lasry (Rec. CE p. 817 ; AJDA 1958.2.1 ; D. 1958.296 avec note Garagnon)

<sup>1638</sup> CE, 19 décembre 1952, Demoiselle Fiévet (annexe).

des litiges liés « par leur nature » <sup>1639</sup> au contentieux administratif : actes réglementaires organisant le service <sup>1640</sup> ou mesures de tutelle à l'encontre des caisses <sup>1641</sup>.

**546.** L'empreinte du droit public se retrouve également pour le versement des prestations. Comme nous l'avons vu, c'est l'Etat qui a en la matière un pouvoir directeur et qui en fixe le régime, notamment s'agissant du montant et des conditions d'attribution. Ces prestations constituent ainsi pour les allocataires un droit, ce qui limite évidemment l'intervention des caisses en la matière : elles ne peuvent, quant à cette activité, développer une intervention spécifique.

**547.** Cependant, la gestion pour le compte de l'Etat n'est pas le seul aspect de l'intervention des caisses. Elles disposent en outre d'une autonomie de compétence appréciable, leur permettant de développer leur propre logique d'intervention. Cette autonomie se manifeste essentiellement par rapport à deux types de pouvoirs : l'Etat d'une part, le système de sécurité sociale généralisé d'autre part.

**548.** A cet égard, la possibilité pour les caisses de mener une politique originale à l'égard des familles est renforcée par une certaine indépendance organique au sein du système général. La famille n'est pas un des multiples « risques » gérés par la sécurité sociale. Elle en est une des branches à part entière, et dispose, aux côtés de la maladie et des accidents du travail d'une part, de la vieillesse d'autre part, d'une structure et de caisses distinctes. On retrouve ici la volonté d'ériger la famille comme objet d'une intervention explicite et de prémunir cette intervention contre une absorption dans une vision généralisée du social.

De ce point de vue, l'institution, par la loi du 25 juillet 1994, d'une séparation financière entre les quatre branches de la sécurité sociale, gérées par trois caisses nationales <sup>1642</sup>, et l'obligation, pour chacune de ces branches, d'atteindre l'équilibre, participe de cette autonomisation du familial par rapport au social. De la même manière, une telle autonomie permet d'associer des acteurs déterminés à la gestion des prestations familiales : tel est, notamment, le cas des représentants des associations familiales, qui disposent dans les Conseils des CAF et de la CNAF d'une voix délibérative <sup>1643</sup>, alors qu'ils ont uniquement voix consultative dans les autres organes de la sécurité sociale <sup>1644</sup>.

---

<sup>1639</sup> Art. L. 142-1 CSS.

<sup>1640</sup> Par exemple TC, 22/4/1974, Blanchet (Rec. CE p. 791 ; D. 1975.107 avec note Lachaume ; Dr. soc. 1974.495 avec concl. Blondeau ; JCP 1974.17856 avec note Saint-Jours).

<sup>1641</sup> Par exemple CE, 8/1/1954, Rommel (Rec. CE p. 21 ; Dr. soc. 1954.247 avec concl. Letourneur ; RD publ. 1954.789 avec note Waline).

<sup>1642</sup> L. 94-637 du 25/7/1994 relative à la sécurité sociale. La Caisse nationale d'assurance maladie gère conjointement la branche maladie et la branche accident du travail.

<sup>1643</sup> On notera que peuvent être désignés par les UDAF ou par l'UNAF uniquement des représentants ayant qualité d'allocataires.

<sup>1644</sup> Les administrateurs des caisses comprennent, outre les représentants familiaux, des représentants des assurés sociaux, désignés par les organisations syndicales de salariés, des représentants des employeurs désignés par les organisations



Il convient cependant de préciser que cette autonomie ne signifie pas indépendance, et que différents organismes, tels l'Agence centrale des organismes de sécurité sociale, établissement public à caractère administratif regroupant paritairement les trois Caisses et chargé de gérer leurs trésoreries, assurent une coordination du système global.

**549.** Cette autonomie organique permet cependant aux Caisses de mener leurs propres actions sociales envers les familles <sup>1645</sup>.

La CNAF dispose en effet d'un fonds national d'action sociale (FNAS), alimenté essentiellement par des prélèvements sur cotisation, qu'elle reverse pour l'essentiel aux CAF afin de leur permettre de gérer des interventions sociales hors prestations obligatoires. La CNAF oriente l'utilisation de ce fonds par voie de circulaires. Ce sont néanmoins les CAF qui le gèrent effectivement, la légalité du budget annuel d'action sociale devant cependant être approuvée par la direction régionale des affaires sanitaires et sociales, et celle des dépenses d'investissement par la CNAF.

Ce sont ainsi près de 10 milliards de francs que les caisses ont pu consacrer en 1992 à une action autonome <sup>1646</sup>, principalement orientée vers des dépenses d'équipements publics (comme les crèches ou les centres sociaux), vers les services de travailleurs sociaux mis à la disposition des familles (assistantes sociales ou travailleuses familiales par exemple), vers des aides financières directes (secours, aides sociales, etc.) ou indirectes (financement d'intervenants extérieurs).

La masse importante des sommes en jeu, leur gestion décentralisée pour des actions de proximité, dans l'espace (équipements publics), ou directement vers les familles (aides diverses), la souplesse et l'adaptabilité de cette intervention, traduisent une présence manifeste des caisses, et font d'elles les intervenants privilégiés de la politique familiale et sociale.

## **B – Un intérêt public pour les services familiaux.**

**550.** Le champ familial donne lieu à une multitude d'interventions spontanées d'acteurs privés. Longtemps d'ailleurs, ces interventions ont précédé l'action publique. Elles se déroulent traditionnellement sous un régime de droit privé, sans bénéficier d'une reconnaissance publique

---

représentatives d'employeurs, des représentants des travailleurs indépendants et une personne qualifiée. Des représentants du personnel siègent avec voix consultative. Des variations existent pour les caisses des départements d'outre-mer.

<sup>1645</sup> Cf. *L'action sociale des CAF*, Dossiers CAF n° 3/4, 1985.

<sup>1646</sup> Source CNAF. Le FNAS en 1992 était alimenté à hauteur de 8,214 milliards par des prélèvements sur cotisation, de 576 millions par des contributions extérieures (Etat, CNAM, etc.) et de 374 millions par des produits divers (financiers, etc.), pour un total de 9,164 milliards. 9,111 milliards ont été reversés aux CAF (qui disposent éventuellement de ressources propres : produits financiers, recettes de services, etc.) et 53 millions sont gérés directement par la CNAF.

spécifique : elles expriment une multitude d'intérêts variés (de la solidarité, la charité, ou l'entraide jusqu'au prosélytisme) et font partie du jeu traditionnel de l'espace social.

L'Etat peut se contenter d'une relative indifférence vis-à-vis de telles interventions, laissant jouer les initiatives privées, et les soumettant simplement, s'il y a lieu, à une réglementation générale : statut des intervenants (pour les associations par exemple), réglementation des interventions (exigence d'une formation spécifique pour certaines interventions notamment), protection de l'intimité, etc.

Il peut aussi manifester un intérêt plus poussé pour telle ou telle action prise en charge par des acteurs privés, soit qu'il suscite une activité inexistante, soit qu'il souhaite participer au déroulement d'une activité existante. Ainsi, l'Etat peut-il souhaiter solliciter la société civile dans le cadre de son intervention et, pour ce faire, recourt-il au droit public.

Il faut alors rappeler comment le droit public peut ainsi institutionnaliser des relais privés en matière familiale, et noter la présence de diverses catégories d'intervenants pour les services familiaux. Surtout, il convient d'essayer d'apprécier les raisons du recours à une gestion par des personnes privées.

**551.** Trois modalités doivent être soulignées dans la dynamique par laquelle l'Etat associe la société civile à sa politique familiale : l'encadrement, la subvention et la délégation de service public.

**552.** L'Etat peut d'abord offrir un cadre aux initiatives privées, pour les inciter à agir, ou le leur permettre. La règle de droit sert ici encore de modèle pour l'action des intervenants privés, en proposant des types d'activités ou des procédures pour l'action. Les exemples sont très nombreux. Avec le développement de politiques d'intervention souple (comme la politique de la ville <sup>1647</sup> ou la lutte contre l'exclusion), ils se multiplient. On peut ainsi noter la place importante faite aux associations dans la législation sur le logement, et la reconnaissance de leur rôle en matière de baux pour développer le logement et l'insertion des personnes et familles défavorisées <sup>1648</sup>. Relèvent sans doute de la même logique les législations ou réglementations sur les activités d'accueil et d'information, quant aux questions directement en liaison avec la famille (sexualité ou vie conjugale par exemple) ou avec leur vie quotidienne (notamment conseils juridiques ou information des consommateurs) ; il en va de même de la reconnaissance par l'Etat des activités de soutien scolaire ou de médiation familiale <sup>1649</sup>, qui viennent concurrencer et compléter auprès des familles la suppléance de l'Etat pour l'éducation ou la prévention/solution des conflits.

---

<sup>1647</sup> Cf. notamment B. Main, *Politique de la ville et action sociale*, *Après-demain* n° 358, nov. 1993, p. 31 et s. ; G. Raffi, *Les associations dans la ville*, *Après-demain* n° 359, déc. 1993, p. 18 et s. Adde : J. Donzelot & P. Estèbe, *L'Etat animateur : essai sur la politique de la ville*, Esprit, 1994.

<sup>1648</sup> Cf. la L. du 31/5/1990 visant à la mise en oeuvre du droit au logement & l'art. 1 de la L. n° 91-1406 du 31/12/1991.

<sup>1649</sup> Cf. L. Topor, *La médiation familiale*, *Que-sais-je ?* n° 2663, PUF, 1992 ; Ecole des parents, *Dossier « médiation familiale »*, décembre 1993.

**553.** Par la subvention, l'Etat aide à la réalisation d'une activité privée qu'il considère comme utile, et s'ouvre un contrôle indirect sur cette activité : préventivement pour accorder la subvention, ce qui permet une sélection et une orientation des actions privées ; *a posteriori* quant à l'utilisation de cette subvention conformément aux objectifs assignés. Nous avons vu que le FAS mettait en oeuvre une politique essentiellement fondée sur cette modalité d'intervention. Mais l'ensemble des intervenants publics peuvent y recourir, sous réserve de respecter compétences et procédures.

Il faut ajouter, parce que relevant d'une problématique identique de l'aide publique aux interventions privées, la mise à disposition des acteurs privés de moyens d'action : locaux ou matériel par exemple. Des aides indirectes témoignent également de ce type d'intervention : on peut, par exemple, insister sur les procédures des emplois familiaux, qui bénéficient d'aides publiques indirectes (déduction fiscale pour la famille employeur, aides aux associations intermédiaires employant les salariés proposés aux familles <sup>1650</sup>, etc.).

**554.** La délégation de service traduit un lien plus étroit entre l'Etat et les intervenants privés. Elle s'inscrit très généralement dans un mouvement de négociation entre la puissance publique et l'initiative privée, quelle que soit la forme unilatérale ou contractuelle l'instituant. C'est qu'en matière familiale, les acteurs privés ont pour la plupart une expérience d'intervention qui les amène à voir avec intérêt (pour bénéficier de certains moyens d'action par exemple), mais aussi avec méfiance (notamment par peur de perdre une part de liberté), toute publicisation de leur action. Que l'Etat y recherche une efficacité ou une légitimité différente, ce mouvement, bien connu, est une des constantes de l'Etat social, et il n'y a, en matière familiale, aucune spécificité technique particulière à la problématique d'une gestion des services publics par les personnes privées.

**555.** Cependant, si les acteurs privés qui sont associés à la gestion de services familiaux sont les plus divers, et si leur sélection est étroitement liée, en fait, à l'objectif que recherche l'Etat par cette association, il convient de souligner ici la présence de deux grands types d'intervenants.

Nombre des structures associées sont des structures ponctuelles, se créant autour d'un service familial à résoudre : accueil d'enfants ou solidarité interfamiliales par exemple. Très souvent, la gestion de ce type de service par des personnes privées est alors dépendante d'un accueil public de cette gestion, subvention ou contractualisation, sans lesquelles il ne peut durer.

---

<sup>1650</sup> Ces associations interviennent pour favoriser l'emploi de personnes connaissant des difficultés d'insertion (chômeurs, etc.) : elles servent d'intermédiaire entre des personnes offrant des emplois ponctuels et ceux qui peuvent les effectuer, notamment s'agissant d'emplois familiaux, et d'aides à domicile. Sur ces associations, Cf. L. du 27/1/1987, modifiée par la L. du 19/12/1989. Une proposition de loi visant à modifier le régime de ces associations a été inscrite à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale le 30/6/1994, puis retirée le même jour suite à l'annonce faite par le gouvernement du prochain dépôt d'un projet de loi.

A l'inverse, une part importante de ces services est en fait liée à une activité plus globale, et constitue un des secteurs d'intervention de puissants acteurs privés. La gestion du service entre alors dans une logique très différente de la première. Pour partie, des associations structurées répondent à un appel des collectivités publiques, en acceptant de prendre en charge certaines missions : on peut penser ici notamment aux missions liées à la mise en oeuvre de l'insertion (comme pour le RMI ou avec les associations intermédiaires). Pour partie aussi, des organismes cherchent à investir le champ familial, ou à y renforcer leur position institutionnelle, parce que la gestion de services familiaux apparaît comme un complément naturel de leurs activités. Institutionnalisés, possédant une infrastructure et une culture propre, ces organismes privés révèlent une autre approche du service aux familles : on peut penser ici aux activités sociales menées par les syndicats professionnels, les comités d'entreprise, les autorités morales ou religieuses, directement ou par l'intermédiaire d'organisations satellites ; on doit surtout faire référence aux activités de service du « corps familial », à ce que l'on a pu nommer « le familialisme en actes » <sup>1651</sup>. Si, à cet égard, les associations familiales gèrent directement des services, qui constituent de fait l'essentiel de leur activité, qui leur amène en masse des adhésions <sup>1652</sup>, et pour lesquels elles recherchent éventuellement une aide publique (comme une subvention), une place spécifique est occupée par les unions d'associations familiales, en raison de leur vocation à « gérer tout service d'intérêt familial dont les pouvoirs publics estimeront devoir leur confier la charge » <sup>1653</sup>.

**556.** Or, très souvent, de tels intervenants privés étaient présents, avant l'intervention publique, dans les processus d'insertion ou de socialisation des familles ; et sans doute le seraient-ils même en son absence. Il faut alors s'interroger sur les raisons pour lesquelles l'Etat accepte de les aider, sans négliger celles qui incitent les acteurs privés à rechercher cette aide ou cette association.

A bien des égards, l'Etat intervient alors pour reconnaître la légitimité des activités privées dans le champ familial.

Le droit public permettrait ainsi de marquer l'utilité publique de telles interventions, et d'en assurer la réalisation. Il y aurait donc prioritairement un objectif d'efficacité, d'autant que la matière familiale est marquée par un ensemble de valeurs d'intimité qui rend suspecte l'intervention publique. Plus globalement, le recours aux personnes privées interviendrait dans un schéma fonctionnel, complétant l'activité publique <sup>1654</sup>, permettant une action différenciée, plus

---

<sup>1651</sup> M. Chauvière, *Familialisme et régulation sociale ou aspects de la démultiplication du concept de famille*, Annales de Vaucresson, n° 27, 1987, p. 218.

<sup>1652</sup> La plupart d'entre elles, y compris celles qui se rattachent à des mouvements généraux, où la logique de service est *a priori* moins prégnante, reconnaissent que c'est ici qu'est leur légitimité, et que leurs adhérents recherchent plus fréquemment ces services qu'un engagement politique représentatif. Cf. titre précédent.

<sup>1653</sup> Art. 3-3° C. fam.

<sup>1654</sup> Cf. par exemple les propositions remises par Alain Gelly à la Commission nationale consultative des droits de l'Homme le 22 mars 1993 : Commission nationale consultative des droits de l'Homme, *La lutte contre le racisme et la*

souple, plus adaptée aux situations réelles : il y aurait également une spécificité de l'action associative en la matière, qu'il appartiendrait à l'Etat de respecter et de favoriser <sup>1655</sup>.

L'Etat laisserait alors jouer l'initiative privée dans le cadre qu'il fixe de manière générale, et, grâce au droit public, garantirait une unité de l'ensemble des interventions publiques et privées, en les coordonnant et les orientant conjointement <sup>1656</sup>.

Cette complémentarité fonctionnelle traduit-elle une vision idyllique des rapports entre la puissance publique et l'initiative privée en matière familiale ? La réponse ne peut être ici que très nuancée.

Il est d'abord impossible de nier la réalité d'un tel schéma, que l'on constate et vérifie quotidiennement. Que son fonctionnement ne soit pas parfait, qu'il achoppe souvent sur des problèmes divers, fort éloignés des idéaux d'une politique familiale, n'empêche en rien cela. De ce point de vue, la complémentarité est effective et constitue un premier niveau de lecture.

Cependant, on ne peut se contenter de ce premier niveau d'analyse. Le lien étroit entre famille et contrôle social, la nature éminemment politique de tout discours ou action dans ce champ, interdisent qu'on refuse *a priori* d'y voir également l'institutionnalisation d'un rapport spécifique entre la puissance publique et les acteurs privés. A cet égard, tant pour permettre à l'Etat d'exercer un contrôle direct sur les acteurs privés intervenant dans le champ familial que comme moyen pour ces acteurs privés d'intervenir dans le contrôle social, le droit public apparaît comme un enjeu politique essentiel.

---

*xénophobie*, Rapp. 1993, Doc. fr., 1994, p. 520 et s. Pour l'auteur, il est nécessaire de mobiliser l'ensemble du mouvement associatif pour permettre l'intégration des familles immigrées.

<sup>1655</sup> Tel est notamment un des aspects essentiels souligné par les commissions préparatoires au XI<sup>e</sup> plan. Cf. B. Fragonard (Dir.), *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion, rapp. préparatoire au XI<sup>e</sup> plan*, Doc. fr., 1993.

<sup>1656</sup> La grande difficulté de ces interventions est alors bien souvent leur caractère désordonné, qui nuit à l'efficacité d'ensemble.

## SECTION 2 : LA MAITRISE DU CONTROLE SOCIAL, ENJEU DU DROIT PUBLIC.

557. Le droit, l'Etat, n'est qu'un des nombreux processus qui permettent à l'institution nationale de durer, de se reproduire, d'évoluer. La culture, les croyances, ou l'économie : multiples sont les éléments que le contrôle social subsume <sup>1657</sup>. Et sans doute, pour une bonne compréhension de ces mécanismes de reproduction, faut-il insister sur le fait que le droit, en tant qu'ordre normatif, participe à cette reproduction au moins autant comme ordre d'idéologie, diffusant par les normes des modèles et des valeurs qu'il est nécessaire que l'individu intériorise parce qu'ils fondent la cohésion nationale, que comme ordre de contrainte qui garantit l'exécution de cet ordre par la violence légitime de la puissance publique (police, justice, etc.), même si c'est la présence de cette puissance qui, comme nous l'avons vu dans la mise en place d'un appareillage administratif, donne au modèle idéologique une grande partie de son efficacité.

En construisant la famille comme objet protégé, puis, et surtout sans doute, comme objet de politiques, par la représentation et l'administration, le droit public participe de manière essentielle à ce processus de reproduction et de direction. Mais parce que le contrôle social est cependant essentiel à l'institution nationale, il est aussi le noeud des relations dans le champ social, des relations interinstitutionnelles. C'est alors en tant qu'il réalise ce contrôle que le droit public, en ce qui concerne tout au moins la question familiale, apparaît occuper une place singulière, révélatrice des nombreuses dialectiques que génère le champ social.

Instrument de l'Etat, au service du contrôle social sur les familles (§ 1), le droit public apparaît essentiellement comme un instrument de cohésion du contrôle lui-même : au-delà alors d'une opposition entre le public et le privé, c'est sa place même par rapport à l'espace social qui doit être envisagée (§ 2).

---

<sup>1657</sup> On se reportera par exemple au dossier très complet que Le Monde diplomatique de mai 1994 a consacré aux *Nouvelles armes du contrôle social* (de la vidéo-surveillance aux films publicitaires, des sondages aux jeux vidéos, etc.).

## **§ 1 – La participation du droit public au contrôle social des familles.**

**558.** Le contrôle social repose sur une logique globale de cohésion sociale (A). Elle fait intervenir le droit comme se donnant pour destinataires réels non plus les acteurs juridiques dans le champ politique constitué de l'Etat (ses sujets telles les personnes physiques, voire ses objets comme la famille), mais directement les individus et leurs communautés dans le champ social (B).

### **A – Une logique de la cohésion.**

**559.** Il n'est, en fin de compte, aucune activité publique, aucune politique, aucune réglementation qui soit sans effet sur les familles. L'efficacité de toute politique familiale dépend de la conjonction de l'ensemble des éléments sur lesquels l'Etat peut agir et de ceux sur lesquels il ne peut agir.

**560.** Cela doit d'abord conduire à relativiser l'efficacité d'une telle politique et à la repenser dans une approche réellement globale. Parce que les acteurs juridiques ont cette perception globale, et ne se déterminent pas uniquement à partir d'une politique explicite, mais bien à partir de l'appréciation, vérifiée ou non <sup>1658</sup>, à court, à moyen et à long terme, de l'évolution de leur vie et de leur environnement (économique, professionnel, international, etc.), l'Etat ne peut pas mener une politique totalement volontariste. Comme réponse construite à une relation dialectique, il peut seulement proposer une gestion publique des familles, comprises à la fois en tant qu'objets politiques et juridiques abstraits <sup>1659</sup>, et en tant qu'institutions réelles regroupant des individus dans la sphère qu'il se donne vocation de régir : le champ social. C'est alors à cette seule condition que l'on peut parler de « libre choix » des individus, comme réponse des individus à une situation globale, au sein de laquelle s'inscrivent les modèles proposés par l'Etat. Mais c'est pour cela aussi que l'on doit saisir une telle politique dans une logique de contrôle social, et non

---

<sup>1658</sup> Il s'agit de motivations psychologiques et la déformation entre les objectifs d'une politique, leurs effets réels, et la sensation qu'en retirent leurs destinataires, manifeste toujours un écart dont il faut tenir compte.

<sup>1659</sup> Le modèle signifié de la politique : modèle déterminé ou non, peu importe alors, puisqu'en toute hypothèse, le standard de la normalité remplit la fonction discriminante et autorise un contrôle réel sur la normalité appliquée par la voie de la protection contre la famille anormale (Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2).

simplement de contrôle public : il ne s'agit pas de contrôler et d'imposer directement des comportements ; il s'agit de les susciter, de les infléchir.

**561.** Cette gestion publique des familles met ainsi en oeuvre à la fois une politique volontariste, explicite ou non, et une politique d'influence et d'environnement. De la conjonction des deux dépend certainement l'efficacité politique de la gestion. Mais parce qu'il s'agit avant tout d'une politique globale à l'égard d'un objet et des problèmes que cet objet pose dans la constitution de l'Etat, il ne peut s'agir au total que d'une politique de gestion. C'est à long terme, et non par rapport à un modèle familial précis, en fonction d'une cohérence politique et sociale, que cette politique peut seulement être appréciée. Elle appelle alors deux interrogations.

**562.** Tout d'abord, il faut s'arrêter sur la fonction qui découle de l'affirmation d'une politique explicite et spécifique au sein de la réalité globale de cette gestion.

Il est douteux que les Etats ne recourant pas à une telle affirmation soient tous indifférents vis-à-vis de l'objet familial, et que ce silence corresponde à une absence de gestion publique de cet objet. Bien au contraire, parce qu'ils ne peuvent négliger l'élément social « famille », ils se constituent en tenant compte de cet élément, et, à cet égard, l'implicite politique est seulement une forme de l'intervention. La perception transversale immédiate de cette dimension familiale, à travers l'ensemble des politiques publiques, et sans passer par la construction d'un objet spécifique, la famille administrée, permet alors la cohérence et l'efficacité du choix politique de l'Etat.

On doit ici insister sur la fonction idéologique d'un procédé affirmatif qui construit la famille comme objet explicite de l'intervention publique. Cette fonction participe certainement de la cohésion nationale, d'un point de vue idéologique : elle permet une fédération des individus et de l'Etat autour de valeurs propres à la réaliser. Plus prosaïquement cependant, elle revêt incontestablement un rôle politique direct, apte à mobiliser des forces politiques, des groupes de pression et des individus qui voient en la famille un thème politique majeur.

Dans ces deux optiques, le caractère explicite de la politique familiale n'est que la construction d'une réponse particulière dans une relation interinstitutionnelle spécifique entre la Nation française et les diverses institutions qui s'y rattachent et qui la composent socialement.

**563.** Ensuite, il faut s'attacher à rechercher la résultante de la conjonction de politiques différenciées dans une gestion globale des familles. Si celle-ci ne gomme pas les objectifs spécifiques (natalistes, sociaux, etc.), elle fait cependant apparaître une dimension plus instrumentale des politiques publiques qui permet, en agissant sur une institution dotée d'un fort pouvoir de structuration et de socialisation, de lutter contre l'anomie sociale et d'instituer un quadrillage du champ social *au travers* de l'institution familiale. L'ensemble des politiques publiques réalise à la fois une police *des* familles et une police *par* les familles : un contrôle des familles (normalité familiale) et un contrôle par les familles (fonctions familiales).



Toutes ces interventions permettent de modeler, de constituer ou d'infléchir la cohésion sociale, pour la mettre au service d'une cohésion politique plus large, celle de la Nation.

**564.** Toute l'action politique que révèle la gestion publique des familles doit alors être interprétée par rapport à ce contrôle social, qui permet à l'idée commune de durer, et qui construit la relation interinstitutionnelle entre l'Etat et la famille comme une relation de continuité fonctionnelle. Et toute cette action apparaît alors clairement comme participant de manière effective à une politique de la normalité des comportements, dont Jacques Chevallier rappelle (en s'attachant, pour sa part, à l'étude des bonnes moeurs) qu'elle est le présupposé indissociable de tout ordre social : « il n'y a d'ordre social concevable que si les conduites sont réglées, que si une frontière est tracée entre les bonnes et les mauvaises moeurs : d'un côté, les comportements licites conformes à ce que la société attend, et donc normaux ; de l'autre, les comportements illicites, contraires aux valeurs sociales dominantes, et donc pathologiques » <sup>1660</sup>.

**565.** Une telle action politique relève ainsi de la même approche que celle que nous avons rencontrée dans le contrôle public sur les familles.

La notion de normalité, comme nous l'avons vu, est la clé de la relevance institutionnelle familiale, et partant la norme à partir de laquelle l'Etat admet les prérogatives individuelles, oriente les pouvoirs, et protège les comportements et les droits individuels <sup>1661</sup>. De ce point de vue, la neutralité apparente que commande la protection de l'individu dans la famille normale <sup>1662</sup> ne fixe pas un objectif univoque, et permet une approche de la famille comme but de l'action et comme moyen pour l'action <sup>1663</sup>.

Le contrôle social, à partir de l'objet familial conceptualisé, participe du même mouvement. Là où la normalité relevait d'une problématique de la relevance, c'est-à-dire d'un contrôle direct sur l'institution familiale, d'un contrôle public sur les individus, d'un rapport directement interinstitutionnel, l'objectivation de la famille et sa construction comme objet pour les politiques publiques traduisent un contrôle social plus large, qui ne se centre plus sur les réalités familiales telles qu'elles sont vécues pour investir l'ensemble du discours juridique sur la famille.

Sur l'approche du contrôle répressif/protecteur (protection des droits, orientation des pouvoirs, sanction des manquements) se superposent, sans l'exclure, des approches plus hétérogènes, fondées sur le service (prestation, incitation, etc.) et sur le modèle (réglementation). Le contrôle de la normalité est subsumé ainsi dans des interventions visant à réaliser cette normalité.

---

<sup>1660</sup> *Présentation*, in CURAPP, *Les bonnes moeurs*, PUF, 1994, p. 6.

<sup>1661</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>1662</sup> Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2.

<sup>1663</sup> L'objectif constitutionnel de protection du développement familial (al. 10 du Préambule de 1946. Cf. 1<sup>ère</sup> partie, titre 2) permet alors ces deux lectures.

**566.** Si le recours au paradigme permet la protection de l'objet familial par le droit public, il faut bien voir qu'au-delà il n'y a pas césure entre ces deux mouvements de protection de la famille et d'intervention publique sur elle, et que, bien au contraire, les deux sont étroitement liés, la protection permettant l'intervention d'une part, les deux autorisant une activité complémentaire sur la normalité d'autre part.

L'Etat peut ainsi assurer directement la cohésion de l'institution nationale. C'est pourquoi la construction objective familiale, même si elle tend à rendre comme abstraction l'objet politique, vise directement à avoir une influence immédiate sur les individus et leurs communautés vécues, dans le champ social.

## B – Une influence dans le champ social.

**567.** La famille est directement impliquée dans le contrôle social <sup>1664</sup>. Parce qu'elle est, notamment, un lieu de socialisation, de transmission des valeurs et des patrimoines, d'apprentissage, de solidarité, que peuvent être ces fonctions familiales sinon des processus du contrôle social ? La protection des fonctions familiales normales par le droit public (et son corollaire, la lutte contre l'anormalité) n'est alors rien d'autre que la prise de conscience que, sauf à supprimer la famille, ce qui est une autre problématique qui supposerait la constitution de l'Etat sur des valeurs radicalement différentes, celle-ci étant nécessairement impliquée dans le contrôle social, il faut qu'elle le soit pour le compte de la Nation, en permettant non la reproduction de la simple institution familiale, mais les conditions de la reproduction de la famille dans et avec la Nation. Nous avons vu que la même problématique inspire l'objectivation de la famille. Ainsi l'Etat prend-il en compte globalement le caractère essentiel de la famille pour la prévention de l'anomie et de l'exclusion, et la réalisation de la cohésion sociale <sup>1665</sup>. Toutes les interventions publiques autour de la famille-objet juridique, construite comme tel par le droit public, s'inscrivent alors dans une problématique plus diffuse que celle du simple contrôle public ou de la protection juridique, qui ne vise pas ainsi réellement l'*homo juridicus* sur la scène du droit, mais bien l'ensemble de la communauté : les individus réels dans le champ social.

**568.** Parce que le contrôle public est un contrôle juridique, il se déroule nécessairement dans cette sphère. Même sanctionnée à raison des modalités réelles de son existence, la famille soumise au contrôle public intervient seulement sur la scène juridique et uniquement médiatisée par le droit. L'octroi de pouvoirs ou de droits, le contrôle de leur usage normal, sont, restent et ne peuvent être qu'un phénomène juridique.

---

<sup>1664</sup> L'importance de la famille dans la socialisation n'est plus à démontrer. Dans une problématique de contrôle social, on se reportera par exemple à : L. Althusser, *Idéologie et appareils idéologiques d'Etat*, in *Positions*, Editions sociales, 1976, p. 79 et s. ; J. Chevallier & D. Loschak, *Science administrative*, LGDJ, 1978, spéc. t. 1, p. 411 et s. et t. 2 p. 332 et s. ; G. Deleuze & F. Guattari, *Capitalisme et schizophrénie, l'Anti-Oedipe*, Minuit, 1972 ; H. Marcuse, *Autorité et famille*, in *Pour une théorie critique de la société*, Denoël, 1971 ; W. Reich, *La révolution sexuelle*, UGE 10/18, 1968, spécialement aux chapitres V & VIII ; aux contributions réunies dans le chapitre III de l'ouvrage collectif sous la direction de F. de Singly, *La famille, l'état des savoirs*, Editions La Découverte, 1991, intitulé *Transmission et échanges entre générations*, ainsi qu'à la contribution d'A. Pitrou, *Solidarité publique, solidarité privée*, *ibid.* p. 294 et s. Les difficultés d'ordre méthodologique pour l'étude de la famille dans une problématique de contrôle social ont été exposées par F. Bourgeois, A. Kartchevsky & B. Lautier, *Famille et contrôle social*, in *Familles et pouvoirs*, actes du colloque d'Aix-en-Provence du Centre de la pensée politique et sociale contemporaine de l'Université de Provence, Juin 1979, *Economie et Humanisme* n° 251, Janvier-Février 1981, p. 7 et s. Pour une analyse historique de la puissance paternelle dans une optique comparable, V. P. Murat, *La puissance paternelle et la révolution française*, in I. Thèry & C. Biet (Dir.), *La famille, la loi, l'Etat de la Révolution au Code civil*, Imprimerie Nationale, 1989, p. 390 et s.

<sup>1665</sup> V. notamment B. Fragonard (Dir.), *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion, rapp. préparatoire au XI<sup>e</sup> plan*, Doc. fr., 1993.

Dès lors, ce contrôle public, même s'il vise les comportements qu'il saisit, n'est en rien susceptible de modifier *directement* leur réalité sociale : contrôle juridique, il ne peut concerner que des acteurs juridiques (les personnes juridiques) et ne peut porter que sur leur patrimoine juridique (droits et libertés garantis : de la déchéance de droits à la privation de liberté). Même si ce contrôle génère, par le biais, notamment, du standard de la normalité, un fonctionnement idéologique de la norme, un tel contrôle fonctionne malgré tout essentiellement sur le mode de la répression : il empêche la délitescence sociale en condamnant des comportements nuisibles, sans pour autant permettre totalement la reproduction sociale en générant des comportements utiles

569. En complément <sup>1667</sup>, le contrôle social tend à s'instaurer sur le mode de l'idéologie. Il ne vise pas à obtenir un certain comportement, ou une certaine abstention, de la part des personnes juridiques, mais à influencer indirectement sur le comportement des individus et sur leurs valeurs, par l'intériorisation des valeurs et des normes.

*Influer indirectement sur le comportement* : telle est la logique d'une normalité compatible avec les fondements d'un Etat démocratique. Il ne s'agit pas de s'ingérer juridiquement dans l'intimité ou les consciences des individus. Il s'agit, en revanche, de générer un faisceau de valeurs, au travers d'une multitude de processus, juridiques ou non, publics ou privés, qui expriment les éléments constitutifs du groupe social, ici la Nation. La discussion de ces valeurs est possible. L'adhésion des individus n'est pas exigée par l'Etat démocratique. Chacun peut s'en écarter, même s'il semble indispensable qu'une majorité d'individus y voie ses valeurs, à défaut de quoi elles ne pourraient être cohésives, et ne sauraient constituer, au sens de Léon Duguit par exemple, le « droit généré par le milieu social » <sup>1668</sup>. Les comportements peuvent diverger de ces valeurs. Elles constituent cependant l'expression publique de la normalité, et se diffusent comme telles. A cet égard, elles ne coïncident pas directement avec la normalité dans le cadre du contrôle public. Si le contrôle public de la famille anormale vise à sanctionner des comportements, nécessairement, dans une société démocratique, ces comportements seront définis restrictivement ; à l'inverse, le contrôle social ne diffuse pas comme normaux tous les comportements que le contrôle public ne sanctionne pas comme anormaux. Il est une marge entre les deux, que l'on pourrait qualifier d'indifférence, où les comportements ne sont ni sanctionnés

<sup>1666</sup> Ce qui ne veut pas dire que de manière indirecte, le droit n'a pas d'effet social. Il convient d'insister sur cela, car c'est justement parce qu'il a cet effet qu'il peut être instrument de contrôle social. Sur les usages sociaux du droit, Cf. CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, Paris, 1989 (spéc. les contributions de D. Lochak & de M. Troper). *Adde* : P. Amselek (Dir.), *Théorie du droit et science*, PUF, 1994 et spéc. encore le chapitre sur « la neutralité de la dogmatique juridique » co-écrit par D. Lochak & M. Troper (p. 293 et s.).

<sup>1667</sup> D'un point de vue global, car comme nous l'avons dit, le contrôle public est un des processus qui font le contrôle social.

<sup>1668</sup> Cf. *supra*, notamment § n° 211-212. Dans une logique démocratique, cette adhésion sera analysée par rapport au concept de *légitimité*. Cependant, dans tout Etat, démocratique ou non, cette adhésion a nécessairement des incidences en termes d'*efficacité* (Cf. notamment *supra*, § n° 154 et suivants).

par la force publique ni encouragés par l'idéologie publique : on peut penser ici à l'homosexualité par exemple.

*Les individus* : tel est le public que visent les processus du contrôle social en cherchant à influencer sur leur comportement. Il ne s'agit pas ici d'obtenir un conformisme juridique, que le droit, au travers de la personnalité, postule irréfragablement (tous les hommes sont égaux en droit : le conformisme tient à cela, c'est-à-dire à ce qu'en droit, il n'existe pas de différence entre les hommes parce que tous sont saisis conformément à un seul modèle, la personne ou, dans la sphère politique, le citoyen). Il s'agit bien, en revanche, de toucher les individus de manière immédiate, au plus profond de l'intimité et de leur conscience. Le contrôle social ne vise pas à obtenir un comportement juridique, mais bien l'adhésion à des valeurs pré-juridiques, celles qui fondent l'unité institutionnelle, l'idée d'oeuvre de la Nation. Il tend ainsi à rendre communes ces idées, communes aux individus qui forment la Nation, mais communes aussi entre ces individus et leurs expressions juridiques respectives, Etat et personnes juridiques. Il ne s'articule plus sur le respect de la norme, mais sur l'intériorisation des valeurs qu'elle sert. C'est ici que la notion de normalité est essentielle. Pour que la norme de droit puisse être intériorisée sur le mode des valeurs, il ne suffit pas qu'elle définisse des permissions ou des interdictions d'agir (droit à la vie familiale normale), il faut encore qu'elle définisse, au-delà de la conduite, les valeurs sociales ; c'est à cet égard que la protection est utilement complétée par une intervention qui présente activement la normalité en matière familiale sur tous les modes : de la réglementation offrant peu de possibilités de modélisation, même si elle définit des interdits, à l'administration, sous toutes ses formes.

**570.** De ce point de vue, le droit public de la famille remplit à deux égards des fonctions essentielles.

En s'appuyant sur la notion de service, il se déplace d'un terrain strictement juridique à un terrain où il touche directement les individus. L'ensemble de ces activités de services familiaux relève alors à la fois d'une logique de service, et d'une logique de contrôle sur les familles <sup>1669</sup>. Ainsi, par exemple, le Département, dont la vocation sociale est affirmée, témoigne d'une logique d'intervention cohérente, qui touche directement les familles comme instrument, et qui, dissociée d'objectifs natalistes, peut prendre immédiatement place dans la problématique du contrôle social, en assurant une continuité fonctionnelle entre la famille défaillante – quelle qu'en soit la raison : financière, éducative ou personnelle par exemple – et le secteur public. On retrouve ici toute la problématique de l'Etat social, telle qu'elle est développée, notamment, par Jürgen Habermas. Le phénomène est trop connu pour qu'on s'y attarde.

Surtout, en constituant la famille comme objet explicite d'action publique, le droit public permet de placer l'institution familiale directement dans la logique des éléments constitutifs de la Nation. Elle devient ainsi objet normal de discussion et d'intervention publiques, et permet à l'Etat de l'intégrer officiellement dans sa logique du contrôle social.

---

<sup>1669</sup> Logiques déjà développées lors de l'étude du service de l'ASE, dans le cadre plus étroit du contrôle public : 1<sup>ère</sup> partie, titre 2, p. 233 et s.

A cet égard, la multiplication des instances de connaissance (INED, IDEF, MIRE, etc.) tout comme l'absence de lisibilité de l'intervention méritent attention. En insistant sur les structures de recherche, en ne postulant pas des modèles explicites et exclusifs, l'Etat se donne les moyens de faire de la famille autre chose qu'un modèle de vie, aux formes précises et à garantir par des politiques dont on attendrait une efficacité univoque. Bien plus, il passe outre l'élément formel et peut se concentrer sur la famille comme instance de régulation : la renonciation à une modélisation de la famille, au regard de l'Etat, ne la rend pas nécessairement incertaine, pour reprendre le titre d'un ouvrage célèbre de Louis Roussel <sup>1670</sup>. Thème scientifique et politique, grâce notamment au droit public et aux structures de connaissance et de gestion qu'il met en place, c'est-à-dire dans les deux cas à des structures d'explicitation, la famille reste en discussion, parce que variable dans ses formes ; mais surtout, par cette discussion, elle est toujours présente dans l'espace public sous son aspect essentiel, en tant qu'instance de régulation ; cette présence fonctionnelle, qui est nécessaire à l'Etat, participe du contrôle social. On peut alors voir que, loin de sonner le glas de l'essence de la famille, l'abandon d'un modèle familial de référence permet le maintien de l'essence familiale en tant qu'institution de régulation sociale <sup>1671</sup>. Paradigme juridique, elle devient, dans un sens proche de celui que confère Thomas S. Kuhn à ce terme <sup>1672</sup>, un paradigme intellectuel : un cadre universellement admis pour la réflexion et la pratique, qui acquiert valeur de vérité naturelle alors qu'il est le fruit de plusieurs constructions intellectuelles, scientifique, juridique et politique, et où ne sont plus en discussion que les modalités internes à ce cadre (comment la famille ?) sans que ce cadre lui-même soit remis en cause en tant qu'il assure des fonctions de socialisation (pourquoi et pour quoi la famille ? qu'est-ce que la famille ?) <sup>1673</sup>.

Par ces deux fonctions, le droit public de la famille s'inscrit dans une logique qui dépasse la régulation interne des situations familiales, rôle qui est et reste essentiellement celui du droit civil, pour apparaître réellement comme un élément de constitution de l'Etat comme instance se voulant souveraine par rapport au milieu social.

---

<sup>1670</sup> *La famille incertaine, essai*, Editions Odile Jacob, 1989.

<sup>1671</sup> Cela n'est en rien paradoxal. Mais il ne faudrait pas, à l'inverse, croire que seul le droit public génère la discussion scientifique sur la famille, et que seule celle-ci permettrait le maintien de sa nature régulatrice. Tous ces éléments se conjuguent dans le contrôle social. Cependant, expression explicite de l'attitude étatique, le rôle du droit public est ici remarquable.

<sup>1672</sup> Thomas S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion, 1983.

<sup>1673</sup> La doctrine juridique et, en grand partie, sociologique en témoignent parfaitement.

## **§ 2 – Le droit public de la famille, à la charnière du politique et du social.**

**571.** La famille est donc bien un élément essentiel du contrôle social, et donc des conditions de reproduction sociale. Contrôler la famille permet de s'assurer une certaine maîtrise du contrôle social : c'est ce à quoi tend le droit public. Mais contrôler le droit public est alors également un moyen de s'assurer une maîtrise relative de ce contrôle. De ce point de vue, l'origine étatique du droit public ne signifie pas nécessairement contrôle totalement étatique.

Le champ familial met en évidence une multitude de relations interinstitutionnelles qui ne se nouent, ni totalement, ni uniquement, dans la sphère d'une institution déterminée : Etat, famille, et au-delà d'autres acteurs privés intéressés (notamment ici groupes de pression, autorités morales, etc.). A cet égard, entre le domaine politique de l'Etat et les domaines privés, la sphère sociale apparaît singulièrement dépourvue d'unité juridique : par essence non juridique, elle est par nécessité happée par les sphères qui s'y constituent, sur le mode juridique, pour la régir.

C'est enfin de ce point de vue que doivent être analysés les rapports du droit public et de la famille : si ce droit permet à l'Etat de tenter une nationalisation du contrôle social (A), il subit en retour l'influence de logiques hétérogènes qui tendent à socialiser son domaine politique (B) ; parce qu'en dernière instance, c'est le statut juridique de l'espace social qui fait, logiquement, défaut.

### **A – Le droit public de la famille, une nationalisation du contrôle social.**

**572.** A l'évidence, en tant qu'enjeu politique et social, les familles sont l'objet d'une multitude d'attentions, théoriques ou pratiques, qui les concernent directement, ou qui se servent d'elles. Parce que la famille est un lieu central du contrôle social, si l'Etat la prend volontiers en ligne de compte, il est clair que d'autres institutions privées (associatives, politiques, etc.) construisent, autour d'elles, des processus, de services par exemple, qui peuvent dévoiler des logiques de contrôle social dans un sens autonome : pour leur propre compte. Ces pratiques interfèrent avec l'intervention des pouvoirs publics.

**573.** Le droit public apparaît alors comme l'instrument par lequel l'Etat nationalise ce contrôle social, dans son intérêt, c'est-à-dire par lequel il tente de contrôler et diriger le contrôle social lui-

même, afin que celui-ci ne lui échappe pas. La gestion de la question familiale s'appuie ainsi sur un quadrillage de l'espace social, pour lequel l'Etat développe sa logique publique, et tend à imposer cette logique aux intervenants privés.

Pour ce faire, il met en jeu une triple approche, permettant une intervention publique différenciée, condition de la nationalisation du contrôle social : une capacité d'émission de normes, de constitution de structures, de fourniture de services <sup>1674</sup>.

**574.** Si l'Etat a pu naguère développer, grâce aux dispositions pénales, un contrôle politico-pénal du champ familial, notamment en interdisant les propagandes antinatalistes <sup>1675</sup>, il tend maintenant davantage à encadrer les interventions privées et à les ramener dans une logique publique : c'est de ce point de vue que doit d'abord être appréciée l'intégration organique des structures de prestations familiales, ou la réglementation des services familiaux, à plus forte raison le contrôle que permettent seules les subventions et la qualification de service public.

L'intérêt général dans cette pratique tient moins alors à une réalisation d'activités qui, par ailleurs, pourraient, parfois tout au moins, être assurées directement par des intervenants privés, voire par les collectivités publiques, qu'à la certitude que cette réalisation n'obéirait pas à des objectifs que l'Etat ne pourrait maîtriser.

**575.** Plus généralement alors, cette nationalisation oblige à une lecture globale de l'action publique sur l'objet familial dans cette perspective.

La mise en place d'un appareillage complet d'interventions réalise ainsi l'omniprésence de cet objet politique. Cette omniprésence est, à la fois, la condition et l'objet du contrôle social : elle révèle alors un double niveau de contrôle. En effet, pour que le contrôle sur les familles – ainsi que le contrôle par les familles – puisse être efficace du point de vue de l'Etat, c'est-à-dire pour qu'il soit cohérent par rapport à l'intervention étatique, un contrôle sur les conditions de sa réalisation doit être organisé. Or, il ne peut en être ainsi que si l'objet familial est constitué, explicitement ou non, pour cette intervention.

Au-delà de la dispersion de l'action entre une multitude d'objectifs et une multitude d'instruments, apparaissent les éléments d'une cohérence politique dans les structures qui dirigent l'intervention dans le champ familial, et qui permettent la nationalisation du contrôle social.

**576.** Tout d'abord, on peut noter une cohérence dans les moments où les structures apparaissent, qui interdit de ne pas les traiter globalement dans une perspective politique. Deux moments principaux doivent être mis en évidence, qui, très logiquement, correspondent à

---

<sup>1674</sup> Cf. pour illustration : P. Maclouf, *Eléments de la genèse de la Direction de l'action sociale*, RF aff. soc., 1992, n° 4, p. 123 et s.

<sup>1675</sup> L. du 31/7/1920.



l'émergence générale de l'intérêt public pour la famille <sup>1676</sup>. D'une part, la période 1939-1945 propose, sous trois régimes fondamentalement dissemblables, des institutions qui ne disparaissent jamais vraiment, même si elles sont retravaillées dans une optique politique différente. Nous avons vu qu'un tel phénomène s'était produit avec l'UNAF <sup>1677</sup> ; il en va de même pour l'INED <sup>1678</sup> ou pour le système de prestations familiales <sup>1679</sup> par exemple. D'autre part, la période 1981-1984, où réapparaît formellement la question familiale ce qui, d'un point de vue institutionnel, se traduit par l'apparition d'institutions nouvelles, et des réformes sur des institutions plus anciennes. A l'évidence, derrière l'activité importante que suscitent ces périodes, surgissent des volontés politiques qu'incarnent certaines personnalités : Alfred Sauvy, Charles de Gaulle en 1945 ; François Mitterrand dans les années 80.

**577.** Ensuite, au-delà du désordre apparent, il faut noter la permanence des acteurs dans les structures qui explicitement, constituent le champ du droit public familial. De manière quasiment systématique, l'ensemble des structures publiques spécialisées réserve des places de membres ou d'administrateurs à un cercle relativement restreint de personnes, qu'elles soient alors représentantes d'institutions ou nommées *intuitu personae*. On assiste ainsi à la mise en place d'un réseau croisé, où chaque institution intervient juridiquement d'une manière ou d'une autre pour une majorité d'autres institutions, et dans leur sein. A cet égard, ni la création d'institutions nouvelles (IDEF notamment), ni l'appel à des nominations discrétionnaires (Haut Conseil de la population et de la famille), n'ont pu, pour autant que tel fût leur objectif, écarter les acteurs institutionnels : UNAF, INED, CNAF, haute administration.

Derrière la multiplicité des institutions se dévoile ainsi en plein jour une cohésion des acteurs, finalement peu nombreux, et qui par ailleurs peuvent être impliqués dans plusieurs logiques (science/administration, UNAF/administration, etc.). Il pourrait alors être très révélateur de poursuivre les travaux proposés par Rémi Lenoir, à la suite de Pierre Bourdieu notamment, et de procéder à une *analyse factorielle du champ de production de la politique familiale* : identifier les individus efficients dans le champ bureaucratique, à partir de leur réputation dans ce champ et de leur(s) position(s) institutionnelle(s) <sup>1680</sup>, pour révéler les conditions de la production de cette politique.

Ce réseau décisionnel permet ainsi de passer outre l'absence d'unité d'objectif ou de structure, en dégagant une culture cohérente du contrôle social.

---

<sup>1676</sup> Cf. p. 376 et s.

<sup>1677</sup> Cf. p. 303 et s.

<sup>1678</sup> Cf. p. 443 et s.

<sup>1679</sup> Cf. p. 450 et s.

<sup>1680</sup> Cf. R. Lenoir, *L'Etat et la construction de la famille*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 91/92, 1992, p. 20 et s.

**578.** Enfin, par strates successives, la question familiale est constituée par le droit public comme un objet de politique explicite au regard de l'ensemble des questions publiques : discussion scientifique, définition politique, service public, par exemple. Ce déploiement sur l'ensemble de l'espace social permet de fait la réalisation d'un contrôle social de plus en plus étendu, reposant sur des instruments divers et complémentaires, faisant appel à des processus variés, dirigistes ou non, répressifs ou idéologiques.

Ce déploiement ne nuit pas à la cohérence du contrôle, puisque celui-ci est instauré par une volonté politique consciente, et maîtrisé par des acteurs omniprésents. Au contraire, il est la condition de cette cohérence et doit, pour être efficace, se déployer aussi là où l'initiative privée intervient dans le champ familial. Nous en avons vu l'exemple le plus clair avec la construction d'une politique de représentation familiale par l'UNAF <sup>1681</sup>. Il faut rappeler plus globalement comment l'Etat cherche à maîtriser avec les services l'ensemble du contrôle social.

**579.** Pourtant, ni dans la logique de contrôle sur les services, ni dans celle d'orientation de l'intervention publique, la maîtrise du droit public n'apparaît de manière univoque comme, seulement, un élément de nationalisation du contrôle social. Au contraire, on peut observer que le droit public, relativement à la famille, permet à des acteurs privés de transposer leur propre logique de contrôle social au coeur même du domaine politique.

## **B – Le droit public de la famille, une socialisation du domaine politique.**

**580.** S'il est vrai que les intervenants privés cherchent par une reconnaissance publique, financière ou autre, des moyens pour réaliser certains types d'interventions sur les familles, il reste qu'objectivement, cette reconnaissance tend à transformer les conditions d'exécution de ces interventions d'un point de vue qui dépasse le simple aspect matériel.

Si l'Etat est parfois contraint de se décharger sur des acteurs privés, pour ne pas paraître s'ingérer trop directement, cette association officielle à l'intervention publique confère en retour aux acteurs privés une plus-value en termes de légitimité ou de neutralité. Ce n'est plus alors tel groupe qui intervient pour son propre compte, mais bien une personne privée qui gère dans l'intérêt de tous une action publique.

Même si les règles juridiques qui accompagnent cette reconnaissance, et notamment celles tenant au contrôle public sur l'emploi de la subvention ou sur les conditions d'exécution du service public, permettent un contrôle effectif de la puissance publique et garantissent que ce n'est

---

<sup>1681</sup> Titre précédent.

pas le seul intérêt de la personne privée intervenante qui sera recherché, ou qu'elle ne déterminera pas seule cet intérêt, la nature même des services proposés, leur intervention dans un milieu d'intimité où l'ingérence de l'Etat lui-même est suspecte, et le fait que les intervenants privés secrètent eux-mêmes des processus de contrôle social (idéologie familiale, religieuse, etc.), font qu'on doit voir également dans ce recours au droit public un moyen pour ces intervenants de transposer leur propre contrôle au sein même de la sphère de l'Etat, et de socialiser ainsi le domaine politique.

On peut alors, pour illustrer ce phénomène, suivre un mécanisme révélateur, en s'appuyant sur deux types de services parmi d'autres, dont l'Etat confie la gestion au « corps familial ». Mais il convient d'admettre que, avec des variations tenant à la nature de la personne gestionnaire, aux modalités de droit public la faisant intervenir dans le champ familial, et, en fin de compte, au type de service fourni, le mécanisme se retrouve dans l'ensemble du champ familial pour une pluralité d'intervenants.

**581.** Un premier type d'intervention propose explicitement une police des familles. Il s'agit principalement des activités de tutelle aux prestations sociales <sup>1682</sup>.

Ce mécanisme juridique permet de s'assurer que les prestations familiales versées aux parents sont bien utilisées dans l'intérêt de l'enfant. Son rôle dans le contrôle public des familles est clair et bien connu <sup>1683</sup>. Il n'est nul besoin de s'appesantir, sauf à remarquer le lien établi entre la manne financière que constituent les prestations et l'exercice opportun des pouvoirs parentaux : la libre disposition des fonds apparaît comme la récompense d'un exercice normal, ce qui peut déboucher alors sur deux options en cas d'anormalité. Soit, et c'est le rôle de la tutelle, un intervenant extérieur vient reconstituer la fonction parentale en assurant une gestion normale de ces fonds ; soit, et c'est là l'hypothèse ultime qui a parfois été évoquée, ce mauvais exercice doit déboucher sur une sanction différente, la suppression des prestations <sup>1684</sup>. Or, et indépendamment des questions de procédure issue du droit en vigueur, ce n'est pas la même philosophie qui se dégage des deux options. Si, dans le premier cas, nous sommes bien dans une approche de continuité fonctionnelle entre famille et Etat, dont nous avons montré qu'elle sous-tend l'ensemble de la relation interinstitutionnelle, dans le deuxième, la prestation n'est pas fonctionnalisée et n'est pas perçue comme devant profiter à l'enfant, mais bien comme étant un revenu du parent, qu'il

---

<sup>1682</sup> Cf. Les actes du colloque de l'UNAF, *Mutations sociales et actions tutélaires, aujourd'hui... et demain ?*, Paris, 23-24/10/1992. Adde : M. Bauer et T. Fossier, *Les tutelles, protection juridique et sociale des enfants et des adultes*, ESF, 1994.

<sup>1683</sup> Le principe, qui deviendra celui de la tutelle aux prestations sociales, apparaît avec le Code de la famille de 1939. Consacré en 1942, il est repris en 1946 dans le régime des prestations familiales. C'est la L. du 18/10/1966 qui fixe le régime actuel.

<sup>1684</sup> Des propositions en ce sens ont été faites, devant la presse tout au moins, par le député Pierre Cardo au printemps 1993, qui avait dans un premier temps reçu l'appui du ministre chargé des Relations avec l'Assemblée nationale, Pascal Clément (Radio Shalom, 11/4/1993 ; Le Monde, 13/4/1993), avant que le gouvernement ne récusé cette possibilité (JO AN CR, 14/4/1993, p. 74 – Question Ayrault –).

perd parce qu'il est fautif : il n'y a plus ici d'analyse de l'intérêt de l'enfant, ni des prérogatives comme pouvoirs ; le contrôle social change de nature, ne renvoyant pas les mêmes valeurs.

Au-delà du mécanisme cependant, sa gestion sous la forme de service public délégué mérite attention dans la problématique du contrôle social. Mesure prise par le juge des enfants, la tutelle aux prestations sociales à caractère familial est confiée par celui-ci à un organisme ou à un individu, qui percevra et gèrera ces prestations dans l'intérêt de l'enfant, à la place des parents. Ce sont principalement les UDAF qui assurent ce service <sup>1685</sup>. Ces mesures de tutelle revêtent alors une double signification qui complète les fonctions représentatives des unions. D'une part, ces mesures intègrent le « corps familial » dans une logique de gestion de service, qui leur donne un deuxième ordre de légitimité, aux côtés de celui lié à la représentation officielle ; l'un renforce l'autre, mais cela change également la logique sociologique du pouvoir dans le « corps familial », en augmentant le poids du personnel salarié gérant les services par rapport à celui des militants assurant des représentations. D'autre part et surtout, les unions bénéficient d'une possibilité de contrôle social direct, en disposant de moyens exorbitants, non plus seulement de représentation, mais également d'intervention dans la réalité sociale, dans la vie des familles. Il n'est ainsi plus possible d'analyser cette action tutélaire sans référence à la réalité politique et aux valeurs morales du « corps familial » : c'est alors bien la question des modèles familiaux qui, peu ou prou, ouvertement ou non, resurgit derrière ces actions. Même filtré par des services sans doute moins impliqués idéologiquement que les militants et dirigeants familiaux, même soumis à contrôle public, cet enjeu idéologique de la tutelle est nécessairement présent <sup>1686</sup> ; il est lié à la notion même de tutelle et à sa fonction normalisatrice <sup>1687</sup>.

Il oblige alors à envisager dans une même approche les représentations familiales dans des organismes développant eux-mêmes une logique de contrôle social (Conseil de famille des tutelles de l'Etat, Commission de surendettement des particuliers, etc.). Plus généralement, d'une telle logique de service/contrôle, on peut alors rapprocher tout un ensemble d'interventions privées. Pour ne citer que quelques exemples, limités à un domaine, le logement, certaines techniques participent de cette même logique, comme celle permettant aux associations d'être locataire à titre principal et de sous-louer aux familles en difficulté les logements qu'elles ont pris à bail ; celle faisant participer les associations au Fonds de solidarité logement (FSL), leur

---

<sup>1685</sup> Au 31/12/1991, 75 % de ces mesures étaient gérées par les UDAF. 71 départements et près de 20 000 familles étaient concernés.

<sup>1686</sup> Il faut ajouter à cette première catégorie de tutelle d'autres formes, pour lesquelles les UDAF sont également impliquées. Les mesures de tutelle aux prestations sociales adultes sont prononcées par le juge des tutelles s'agissant de prestations sous conditions de ressources qui ne sont pas utilisées dans l'intérêt du bénéficiaire ; les UDAF en gèrent environ la moitié ; 76 UDAF et 15000 mesures sont concernées. La tutelle au majeur protégé (L. du 3/1/1968) est mieux connue par ces différents dispositifs (tutelle, curatelle, sauvegarde de justice) ; les UDAF en gèrent environ un dixième : 69 UDAF et 17500 mesures concernées (sur la tutelle au majeur protégé, Cf. G. Brovelli & H. Nogues, *La tutelle au majeur protégé, la L. de 68 et sa mise en oeuvre*, L'Harmattan, 1994). Au total, 3 000 salariés des UDAF assurent la tutelle de plus de 50 000 individus. Tous les chiffres sont issus des données officielles de l'UNAF (*op. cit.* – n. 1682) au 31/12/1991.

<sup>1687</sup> Cf. E. Alfandari, *Action et aides sociales*, Dalloz, 1989, p. 64 et s. On pourra également se référer à l'analyse de J. Donzelot, *La police des familles*, Editions de Minuit, 1977.

permettant d'intervenir dans les procédures de gestion des impayés de loyer, ou celle faisant des associations des organismes d'accompagnement social de ces familles éprouvant des difficultés dans le paiement des loyers <sup>1688</sup>. D'autres domaines d'activité, comme la lutte contre l'exclusion sociale (politique du RMI, politique de la ville, etc.), témoignent encore de la même ambiguïté quant à la détermination de la maîtrise du contrôle, et des objectifs qui le dirigent.

**582.** Face inversée de la police, un deuxième type d'activité assure une récompense des comportements familiaux. Il arrive fréquemment que des autorités privées valorisent des comportements grâce à l'attribution de prix ou d'avantages. Cela fait partie du traditionnel jeu du prosélytisme. Lorsque le fait provient de l'Etat, il prend une signification autre, manifestant directement les valeurs que celui-ci entend défendre et promouvoir. Si, en matière familiale, la fête des mères constitue un exemple de manifestation formelle par laquelle « la République française rend officiellement hommage aux mères françaises » <sup>1689</sup>, l'institution d'une médaille de la famille française <sup>1690</sup> témoigne d'une dynamique plus sélective.

Cette médaille est décernée par le préfet sur avis conforme d'une commission départementale <sup>1691</sup>, ou, si le préfet ne souhaite pas suivre l'avis, par le ministre après avis d'une commission nationale <sup>1692</sup>, « aux personnes qui élèvent ou qui ont élevé dignement de nombreux enfants, afin de rendre hommage à leurs mérites, et de leur témoigner la reconnaissance de la Nation » <sup>1693</sup>. Elle est décernée aux mères ou pères de famille de quatre enfants au moins. Ces enfants doivent être des enfants français, légitimes, adoptés ou recueillis ; l'un des deux conjoints au moins doit être français, la médaille étant décernée au parent qui a la nationalité française si l'autre est étranger, aux deux conjoints si les deux ont cette nationalité ; elle peut être décernée à un parent isolé (veuvage, célibat, divorce, qu'il soit parent ou adoptant). Distinction, elle est décernée après enquête menée à la diligence des UDAF, qui assurent le secrétariat départemental

---

<sup>1688</sup> L. 90-449 du 31/5/1990.

<sup>1689</sup> Art. 17 C. fam. Créée aux Etats-Unis au début du siècle dans le sillage de certaines églises protestantes, cette fête fut officialisée par le Congrès en 1914, et adoptée par de nombreux pays, démocratiques ou non, entre les deux guerres. En France, les pouvoirs publics en 1926 reconnaissent sa légitimité, sous la pression des mouvements natalistes et familialistes. Sa place dans la mythologie nazie d'une part, pétainiste d'autre part, semblait après-guerre la vouer à disparaître avec les régimes qui s'en emparèrent. Il n'en fut rien et elle fait aujourd'hui partie encore des fêtes officielles qu'organise officiellement l'Etat (L. n° 50-577 du 24/5/1950).

<sup>1690</sup> D. du 28/10/1982 en dernier lieu. La médaille a été créée par un D. du 28/3/1920, mais là encore, il ne s'agit que d'une réponse des pouvoirs publics aux très nombreux prix décernés à cette époque par le secteur privé (Prix Cognacq-Jay, etc.).

<sup>1691</sup> Composée du préfet, du Directeur départemental des affaires sanitaires et sociales, d'un conseiller général et de deux maires désignés par le Conseil général, d'un magistrat, de l'inspecteur d'académie, du président de l'UDAF, de deux représentants nommés par le Préfet sur proposition de l'UDAF, de quatre médaillés de la famille française et d'une assistante sociale.

<sup>1692</sup> Composée du ministre, du directeur de l'Action Sociale, du sous-directeur chargé de la Famille à la DAS, de trois représentants de l'UNAF et de quatre médaillés.

<sup>1693</sup> Art. 1<sup>er</sup> du D. précité.

de la Médaille sous l'autorité du directeur départemental des Affaires sanitaires et sociales <sup>1694</sup>, portant notamment sur « les soins attentifs et le dévouement manifestés par les postulants pour élever leurs enfants dans les meilleures conditions matérielles et morales [...] et la valeur de l'éducation dispensée aux enfants » <sup>1695</sup>.

Comme on le voit, la dimension démographique et nationaliste est bien présente. Mais, parce que c'est là une distinction honorifique <sup>1696</sup>, les considérations morales ne sont pas absentes et c'est bien le modèle de la famille traditionnelle et légitime qui prévaut. Surtout, l'intervention, à nouveau, du « corps familial » dans la procédure <sup>1697</sup>, au stade de l'instruction des dossiers comme à celui de la décision, puisque alors l'UDAF peut proposer l'octroi de la médaille comme son retrait pour indignité, participe toujours de la même ambiguïté autour du contrôle social, et du développement d'une activité de modélisation de la famille. Il est de ce point de vue patent que, même si la reconnaissance officielle d'une telle distinction permet à l'Etat d'en contrôler le déroulement et de l'inscrire dans une politique familiale plus large <sup>1698</sup>, son principe même, nataliste et moraliste, participe des valeurs que diffusent un certain nombre d'autorités privées, et qui ne sont, officiellement du moins, pas ou plus celles que l'Etat entend proposer. L'exclusion de l'enfant naturel est à cet égard révélatrice.

**583.** C'est alors bien dans une logique de contrôle indirect par le service, de contrôle social donc, que l'Etat inscrit la société civile lorsqu'il l'associe par le droit public à son propre contrôle. Il semble bien que, ce faisant, il permette alors une « socialisation » de son contrôle, une « civilisation » du politique.

Il ne s'agit pas de porter ici un jugement de valeur ou d'y voir un danger pour l'Etat. Sans doute à terme l'Etat garde-t-il une certaine maîtrise, qui ne repose pas sur une direction, mais sur une orientation du contrôle. Sans doute aussi ne peut-il éviter de recourir à des personnes privées pour certaines interventions, et vaut-il mieux que celles-ci soient réalisées par des personnes privées dans les conditions que nous avons isolées plutôt que de risquer de voir ces interventions non réalisées, ce qui porterait atteinte à la cohésion nationale. Sans doute, enfin, de telles interventions auraient lieu même sans cette politique de l'Etat ; et d'ailleurs, souvent, elles la précèdent.

---

<sup>1694</sup> Arr. du 15/3/1983. Les frais afférents sont pris en charge par l'administration, le plus souvent par voie conventionnelle. Cf. Réponse ministérielle à la question de M. Lorenzini, député, JO AN Q 19/10/1987, n° 8563.

<sup>1695</sup> Note de service : ministère des Affaires Sociales/DAS/Sous-direction de la Famille/Bureau FE1 n° 11 du 22/3/1983. Cette enquête comprend entre autres, outre la production de diverses pièces (extrait de casiers judiciaires, certificats de scolarité, attestations de bonne moralité éventuellement) et l'avis du maire, tout élément utile : enquête de voisinage, etc.

<sup>1696</sup> De laquelle ne sont pas détachés localement certains avantages matériels, bien que mineurs.

<sup>1697</sup> Les UDAF assurent le secrétariat et se chargent des phases préparatoires à la décision. Des représentants familiaux siègent à la commission d'attribution.

<sup>1698</sup> A cet égard, il faut noter l'abaissement par le D. de 1982 du nombre d'enfants exigés, l'assouplissement des conditions de nationalité, et l'ouverture aux personnes célibataires.

**584.** Il faut, en revanche, y voir la manifestation de deux éléments qui ne sauraient étonner au regard de ce que nous avons étudié.

D'une part, l'Etat s'inscrit dans une dialectique permanente et complexe pour sa propre construction, qui doit tenir compte d'un milieu social qu'il tend à maîtriser sans jamais totalement y parvenir, ne serait-ce que parce que ce milieu évolue. A cet égard, la définition rationnelle de l'activité de l'Etat n'est pas donnée immédiatement et à titre définitif ; elle dépend d'un agir communicationnel, pour la définition duquel le pluralisme des contrôles sociaux émanant de la société civile présente un caractère dynamique et utile, et que l'Etat peut être amené à mobiliser même si, immédiatement, ce pluralisme peut générer des comportements autonomes, dangereux pour la cohésion politique et sociale. La condition ultime ne réside plus alors dans une identité des objectifs immédiats, mais dans une complémentarité ne remettant pas en cause les valeurs fondamentales de l'Etat : les droits individuels, notamment. C'est à cette aune que doit être appréciée l'intervention privée ; de ce point de vue, le droit public apparaît comme une garantie effective.

D'autre part, le champ familial témoigne de relations interinstitutionnelles qui ne mettent pas en prise seulement l'Etat et la famille, mais révèlent, aux côtés de l'Etat, d'autres institutions qui se constituent dans l'espace social et qui se donnent, comme lui, la famille pour objet. Ces relations ne s'inscrivent pas nécessairement dans le domaine politique du droit de l'Etat par la relevance. Elles n'en relèvent que pour autant que l'Etat l'organise. En revanche, tout comme pour la famille, mais de manière plus prégnante en raison de la structuration et de l'engagement direct de ces intervenants privés, elles prennent place de manière dialectique et effective dans un espace immédiat, avant le public et le privé, l'espace social.

**585.** L'Etat cherche ainsi à donner, en construisant comme objets juridiques, par le droit public, des réalités sociales telles que la famille, un statut juridique au social. Mais donner un tel statut revient finalement à intégrer l'espace social dans le domaine d'une institution, et donc à le soustraire du champ interinstitutionnel pour l'intégrer dans un champ institutionnel spécifique. Happé par une institution qui est alors souveraine, ou soumis à une relation interinstitutionnelle qui suppose l'émergence d'une institution au-dessus des institutions, l'espace social ne connaît éventuellement la juridicité qu'au prix de la négation de sa nature sociale et de sa transformation en espace politique.

La construction de l'Etat sur une prétention à la souveraineté apparaît ainsi comme une tentative impossible d'intégrer le social dans le domaine politique. Le droit public pour s'assurer la domination de l'espace social, et la relevance des institutions pour régler la question interinstitutionnelle, participent ainsi de cette constitution de l'institution nationale comme institution souveraine. Mais l'ambiguïté du social ne se laisse pas évacuer aussi simplement et, tant l'effort public pour maîtriser le contrôle social, que la tentative des institutions, relevantes ou non, pour pénétrer le domaine politique, renforcent la conviction d'Hannah Arendt que « les hommes ont plus en commun que leurs simples intérêts privés : la contradiction entre privé et

public, caractéristique des premières étapes de l'époque moderne, fut un phénomène temporaire qui annonçait l'effacement total de la différence même entre domaines public et privé, l'un et l'autre résorbés dans la sphère du social » <sup>1699</sup>.

L'Etat n'est pas cette institution placée au-dessus du social, qui maîtriserait cet espace et les institutions qui s'y manifestent. Tout Etat en a la prétention, et l'approche territoriale de la souveraineté en est le témoignage éclatant. Tout Etat tend à y parvenir, et l'Etat démocratique moderne, l'Etat social, s'en approche, sans doute plus par le contrôle social que par le droit proprement dit. Mais sa propre constitution autour des valeurs protectrices de l'individu ne s'inscrit pas dans la problématique essentielle du social et des institutions plurielles : elle se construit contre ces institutions, en les niant ou en organisant leur relevance, c'est-à-dire en les reconstruisant dans ce qui n'est plus l'espace social mais qui devient l'espace politique. Il n'y a pas de place dans l'Etat pour le social, parce que c'est l'Etat qui est lui-même dans cet espace. Il n'y a de place que pour le politique, l'espace public interne à l'institution, et pour le privé, c'est-à-dire, au total, pour ce qui est juridiquement construit.

Le social reste, quant à lui, sans statut juridique, et partant sans statut pour la recherche juridique. Ce champ n'est pas construit ; il ne doit pas pour autant être ignoré. Il est immédiatement réel et s'impose comme tel. Et c'est comme tel, c'est-à-dire non comme l'objet juridique construit, mais comme le lieu explicatif de la construction juridique, qu'il faut l'appréhender.

---

<sup>1699</sup> *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1983, p. 110.



## CONCLUSION DU CHAPITRE 2.

**586.** Se superposant au droit privé, qui tend à offrir, par la réglementation des relations entre individus au sein de la famille, un modèle institutionnel de moins en moins explicite, et au contrôle public, qui vise à lutter directement contre les familles anormales portant atteinte aux droits individuels, le droit public permet une construction de la famille comme thème politique pouvant donner lieu à une intervention publique ; ce faisant, il constitue pour l'intervention de l'Etat un instrument qui ne s'arrête ni au groupe familial ni à une action spécifique, mais qui est apte à toucher l'ensemble des individus, grâce à des modalités directes et complémentaires.

En constituant la famille comme compétence administrative, le droit public permet la mise en place d'un appareillage administratif complet, qui, sous la direction de l'Etat, associe à l'intervention publique l'ensemble des collectivités territoriales, ainsi qu'une multitude d'intervenants privés. Il réalise ainsi un quadrillage à la fois territorial et fonctionnel, qui impose dans l'espace public l'objet familial construit.

En offrant un ensemble de modalités pour l'action, le droit public s'attache, au-delà des éventuelles actions spécifiques, à mettre en place un système traduisant davantage l'intérêt de l'Etat pour des fonctions familiales que pour un modèle familial, qui se dilue et qui, s'il demeure, dépend maintenant plus de ces fonctions que d'une conception strictement formelle du groupe.

Surtout, le droit public s'inscrit dans une volonté de l'Etat de maîtriser le champ familial, en dirigeant et contrôlant les interventions multiples qui s'y déroulent.

Ces trois éléments révèlent des processus par lesquels l'Etat s'efforce de fonder et de reproduire un certain type de relations sociales. Il participe clairement d'une logique de contrôle social. Mais il apparaît autant comme un enjeu entre les intervenants publics et privés pour la maîtrise de ce contrôle, que comme un des instruments directs d'un tel contrôle.

## **CONCLUSION DU TITRE 2.**

**587.** Le droit public construit la famille comme objet relativement homogène de la politique publique. En tant qu'objet, la famille peut ainsi être administrée, et cette administration s'appuie sur des structures originales, sur un système normatif, et sur une capacité d'action et de service.

La définition de la politique publique que sert cette administration résulte de la conjonction de trois logiques : une logique représentative, à la fois politique (le Parlement) et corporative (la représentation des intérêts familiaux) ; une logique de gestion, que celle-ci soit publique (l'administration nationale ou locale), intégrée à la sphère publique (les caisses d'allocations familiales) voire privée (les organismes gestionnaires de services familiaux) ; une logique de rationalité scientifique constituée, notamment, autour de la démographie. Parce que cette politique tend à répondre à des objectifs diversifiés, qui ne sont pas toujours explicités (natalistes, moraux, sociaux, etc. ), elle se manifeste par des actions multiples (réglementation, incitation, prestations de services ou prestations financières, politiques d'environnement, etc.).

Apparaît alors un schéma global d'intervention qui permet de rendre la question familiale présente dans l'ensemble de l'action publique. Il vise ainsi moins à obtenir un résultat clairement identifiable dans l'immédiat qu'à construire un type de relation permanente entre l'Etat et la famille, fondée sur une continuité fonctionnelle entre les deux institutions. Une telle gestion relève dès lors moins d'une simple logique de service, ou de contrôle, sur des situations déterminées, que d'une logique plus vaste, de contrôle social : elle construit la place de la famille dans le mouvement par lequel l'Etat se construit lui-même, pour que la famille soit utile à cette construction. Cette administration donne ainsi un statut à la relation interinstitutionnelle, qui permet la cohésion et la reproduction de l'institution nationale. Dépendant d'une objectivation de la famille qu'elle conforte, l'administration de la famille participe à une politique de la normalité.

## ***CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.***

**588.** Le droit public poursuit, sur un terrain plus interventionniste que celui de la définition et de la garantie du statut, le traitement juridique de la relation interinstitutionnelle que l'Etat entretient avec la famille, et dont nous avons vu que la construction d'une relation de relevance, en termes de paradigme, était la première face.

D'abord, il met en place une représentation des intérêts familiaux. Représentation d'intérêts et non représentation de sujets, celle-ci rend abstraite la question familiale, et lui ôte sa nature directement politique. L'Etat l'organise et fixe ses modalités. Il tend ainsi à s'en servir comme instrument dans le cadre d'une politique globale.

Ensuite, disposant grâce au droit public d'un objet administrable, l'Etat peut développer une administration de la famille, qui s'appuie sur un système d'intervention et qui appréhende la famille dans une perspective de contrôle social. Dans cette entreprise éminemment politique, des contingences historiques, des exigences scientifiques, des considérations idéologiques, éthiques ou autres, font que le champ familial est l'objet d'intérêts multiples : la relation interinstitutionnelle entre l'Etat et la famille apparaît bien moins aisée à maîtriser que la construction de la relevance juridique ne le présente. Ce sont moins les résistances familiales que les intérêts divers qui tentent de maîtriser le contrôle social et de l'orienter, qui font concurrence à l'Etat.

Le droit public, permettant de modeler la question familiale pour la rendre susceptible d'intervention publique, se révèle ainsi être un instrument privilégié par lequel l'Etat tente de maîtriser cette activité et de diriger le contrôle social à son profit, c'est-à-dire pour sa propre réalisation. Mais ce droit public, pour cette raison, apparaît aussi comme un enjeu dans le champ social, pour la maîtrise de celui-ci : pour la maîtrise des relations immédiatement politiques, telles les relations interinstitutionnelles.

**589.** Si la relevance débouche sur une protection de la famille par le droit public, elle n'exclut pas, parce qu'elle protège la réalité sociale de la famille en tant qu'objet juridique et non en tant que sujet, que le droit public prolonge l'objectivation par des interventions politiques directes. De référence indirecte, la famille devient objet d'action. Mais cela intervient dans un mouvement uniforme, qui révèle un objectif politique profond : maîtriser la famille en tant qu'elle est utile à l'Etat, et s'opposer à la famille qui pourrait se poser comme concurrente de sa souveraineté. Après avoir protégé le droit à la vie familiale normale en tant que droit fondamental de l'individu et lutté contre les familles anormales, l'Etat, par le droit public, peut développer une politique de la

normalité des familles, en les reconstruisant comme thème de l'intervention publique. Dans les deux cas apparaissent deux éléments-clés : la normalité pour déterminer les familles utiles, à protéger lorsqu'elles existent (droit à la vie familiale normale), à susciter ou à conforter parce que leur existence n'est jamais définitivement assurée (contrôle social) ; la reconstruction par le droit public de la famille sociale réelle en objet, paradigme pour des sujets juridiques individuels (la famille protégée par la technique des fonctions) d'une part, objet représenté et administré pour une intervention publique d'autre part.

Ces deux éléments assurent la cohérence des normes de droit positif ayant trait en droit public à la famille. Cette cohérence tient aux possibilités techniques complètes que ces normes offrent à l'Etat pour tenter de maîtriser la relation politique qu'il entretient avec l'institution famille, relation immédiate de concurrence potentielle, qui doit être reconstruite en relation de continuité fonctionnelle, pour que l'Etat puisse se constituer en ordre juridique souverain. Pour l'Etat démocratique et libéral, tel qu'il existe en France, cette constitution passe, notamment, c'est-à-dire non uniquement, mais nécessairement, par la construction d'un objet juridique, participant à une politique de la normalité de faits sociaux.

**conclusion générale.**



**590.** « Les *lois de l'éducation* sont les premières que nous recevons. Et, comme elles nous préparent à être citoyens, chaque famille particulière doit être gouvernée sur le plan de la grande famille qui les comprend toutes.

Si le peuple en général a un principe, les parties qui le composent, c'est-à-dire les familles, l'auront aussi. Les lois de l'éducation seront donc différentes dans chaque espèce de gouvernement » <sup>1700</sup>.

Au terme, provisoire, de cette recherche, l'analyse de Montesquieu apparaît d'une lucidité remarquable. Les incidences de la famille sur la cohésion de la Nation sont parfaitement saisies, et le lien entre les valeurs autour desquelles se constitue l'Etat et le statut de la famille est clairement établi. Partant, les voies d'une intervention publique autour de la famille, pour assurer la cohésion de la Nation dans le respect de ces valeurs, sont ouvertes. Nous y retrouvons le mécanisme d'une dynamique que nous nous sommes employé à mettre en évidence tout au long de cette thèse.

**591.** Quels enseignements peut-on en dégager ?

D'une part, il convient de s'attacher à la démonstration de la thèse *stricto sensu*, en tant qu'elle entend décrire cette dynamique constitutive de l'Etat par rapport à la famille grâce à un instrument spécifique, le droit public. Il s'agit là du bilan de la démonstration, permettant *in fine* la vérification du bien-fondé de la recherche : on ferme ainsi une porte sur l'étude, en rappelant comment, entre *famille* et *droit public*, un mouvement se produit, qui construit l'une comme objet de l'autre.

D'autre part, on doit envisager l'intérêt qu'une telle recherche peut susciter, au-delà de la thèse elle-même, en ce qu'elle propose des instruments, des expérimentations, ou des réflexions, généralisables ou transposables à d'autres démarches : on ouvre ainsi une porte sur d'autres recherches, dans des champs, des problématiques ou des perspectives que l'on a pu côtoyer, sans pour autant que la dynamique de cette thèse nous accorde le temps, la place ou les facultés pour nous y attacher.

**592.** Notre ambition a été de démontrer que l'Etat et la famille constituent deux institutions, c'est-à-dire deux réalités collectives de nature sociale, qui génèrent du droit, et qui font apparaître des ordres juridiques. Entre ces ordres juridiques s'instituent des relations politiques, relations

---

<sup>1700</sup> Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1<sup>ère</sup> partie, livre IV, chapitre 1, Garnier-Flammarion, 1979, p. 155.

interinstitutionnelles dans le champ social. Ces relations donnent lieu à une reconstruction juridique, qui se manifeste par une relation de relevance, fait pour l'un des ordres juridiques de tenir compte de l'existence de l'autre ordre juridique.

Envisager ensemble *famille et droit public* nous a conduit à repérer et préciser la place du droit public dans la construction de cette relevance du côté de l'Etat : à dire comment il construit la famille comme objet juridique.

**593.** La relation interinstitutionnelle entre un Etat démocratique et libéral, comme la France contemporaine, et un phénomène social, conceptualisé sous le vocable de *famille*, a été explicitée depuis longtemps, au sein de la pensée politique ou philosophique occidentale : il s'agit d'une relation de concurrence, en ce que les deux institutions présentent, relativement à leurs membres, des potentialités de souveraineté ; mais cette relation doit, si l'on se place du côté de l'Etat, être reconstruite en une relation de complémentarité et de continuité, fondant la famille à assurer un certain nombre de fonctions envers les individus, que l'on peut, de manière générique, dire socialisantes, et qui sont indispensables au processus par lequel l'Etat se constitue et se reproduit comme institution souveraine : reproduction biologique, assimilation des normes, adhésion éthique, par exemple.

Le droit public participe à cette reconstruction de manière essentielle, en assurant, d'une part, la protection de la famille « utile » à l'Etat, et en suscitant, d'autre part, la mise en place de politiques publiques sur l'objet familial. C'est là la thèse.

**594.** Dans le cadre de cette démonstration, nous avons pu constater que la relevance juridique est ici construite sous la forme de fonctions, prérogatives individuelles orientées vers la satisfaction d'un intérêt partiellement distinct de celui de son titulaire, et pour lesquelles la famille joue le rôle de paradigme, en tant qu'elle sert de référent, direct ou indirect, explicite ou implicite, pour l'attribution et le contrôle de ces fonctions. Cette relevance présente alors un double caractère.

D'une part, elle est considérée par l'ordre juridique étatique comme un élément essentiel à sa constitution, puisque l'ensemble des fonctions familiales sont constitutives, pour leurs titulaires, d'un droit constitutionnellement reconnu, sous réserve d'être rattachées à la conception utile de la famille, qualifiée alors de « normale ». Cette garantie repose sur deux éléments complémentaires : la liberté reconnue à l'individu de mener une vie familiale normale ; la lutte de l'Etat contre les familles anormales, qui suppose un contrôle de l'Etat sur l'ensemble des situations familiales, et une intervention pour préserver l'individu pris dans une vie familiale anormale pour l'Etat. C'est donc par rapport à ce qui surgit derrière le concept de normalité que peut être réellement appréciée la politique étatique. Ce concept étant un standard juridique, il ne peut être saisi qu'en situation, au moment de son application ; mais élément essentiel à la constitution politique de l'Etat, il l'est nécessairement en fonction d'une conception culturelle et politique fondamentale, en tant qu'elle sert de fondement à l'Etat : cette conception est, dans le cas



étudié, celle qui se fait jour communément dans les démocraties occidentales, et des systèmes de contraintes juridiques, notamment au travers des engagements européens de l'Etat en matière de droits de l'homme et du contrôle juridictionnel auquel il se soumet, permettent d'en assurer, dans une large mesure, l'effectivité.

D'autre part, cette relevance est indirecte, puisque l'ordre juridique familial n'est pas consacré comme sujet de droit par la technique de la personnalité morale : cela a pour conséquence de laisser l'objet juridique familial libre pour une politique future, en ne le dotant pas d'une possibilité de vouloir ou d'agir en tant que tel dans le système juridique de l'Etat.

**595.** La famille est inscrite par le droit public comme un objet de politiques publiques grâce à deux modalités complémentaires et liées.

D'une part, l'Etat organise auprès de lui une représentation des intérêts familiaux qui, par ses modalités corporatives originales et ses fonctions consultatives et participatives, dégage une définition de l'objet *famille*, disponible pour les pouvoirs publics sans être contraignante.

D'autre part, l'Etat met en place une administration de la famille, qui repose sur une gamme complète de moyens d'intervention (structures publiques, services publics, émissions de normes), et qui fait appel à une pluralité d'intervenants, publics et privés.

Possibles sous cette forme, parce que la relevance de la famille est construite par le droit public sur le mode de l'objet de droit, la représentation et l'administration de la famille, en accentuant ce caractère « objectif », confortent en retour la relevance, et, au-delà, la politique que mène l'Etat dans le cadre des relations interinstitutionnelles. C'est alors la place du droit public, souvent ambivalente, dans le cadre de cette relation politique, qui est mise en évidence : comme moyen de réaliser, d'orienter et de maîtriser le contrôle social, en étant un élément-clé des processus définissant la normalité et tendant à la réaliser.

**596.** Ainsi, la thèse a permis, d'abord, de confirmer l'existence d'un concept *famille* comme objet du droit public et d'en préciser la nature.

Si ce concept est assurément hétérogène et ne peut prétendre constituer la matière d'une discipline autonome au sein du droit public, il est suffisamment important pour appeler, d'une part, une lecture « familiale » des différentes branches du droit public, et pour se prévaloir, d'autre part, d'une autonomie relative par rapport au droit privé de la famille. Aussi ne représente-t-il pas un simple démembrement public du droit privé de la famille, mais la branche publique du droit général portant sur la famille, tout aussi importante, d'un point de vue structurel, que la branche privée : ce droit général constitue l'instrument d'intervention de l'Etat à l'égard de cet objet. Est-ce suffisant pour constituer ce droit général de la famille comme droit autonome ? Du point de vue du droit positif, la réponse ne peut être que négative, cette constitution rendant d'abord explicite et cohérent ce que nous avons analysé comme étant nécessairement implicite et dispersé, et se heurtant ensuite aux contraintes liées à la structuration de l'ordre juridique étatique en deux branches : public/privé. En revanche, en ce qui concerne la dogmatique juridique, la cohérence de ce droit général de la famille, et la réalité de sa branche publique, doivent inviter à dépasser la

segmentation des approches, pour analyser d'abord le droit civil de la famille dans une perspective semblable, en recherchant notamment la permanence relative des fonctions familiales normales derrière les formes familiales diverses, ce qui conduit à relativiser l'importance de la disparition apparente d'un modèle familial en droit privé, et pour élargir ensuite le champ de l'étude, par-delà les repères publics et privés, à la dimension sociale.

La confirmation de l'existence d'un concept *famille* en droit public pourrait inciter ainsi à poursuivre des études déjà entreprises, autour, notamment des politiques familiales, de l'action sociale familiale, ou du droit de mener une vie familiale normale, dans le sens d'une approche globale interinstitutionnelle ; elle pourrait enfin inviter à une réflexion plus poussée sur des secteurs quelque peu négligés par l'analyse juridique, tel le corporatisme familial.

**597.** Enfin, au-delà du cadre présenté, cette recherche débouche sur des réflexions plus générales.

Certaines des questions que l'on a pu être amené à se poser ne reçoivent pas avec cette thèse de réponses précises, ce qui pourrait être interprété comme révélant un *acte manqué de la recherche* <sup>1701</sup>. Notamment, une telle interprétation pourrait être tentante, s'agissant de la connaissance de la famille ; elle ne serait pourtant pas justifiée : si l'étude nous en apprend finalement moins sur la famille que sur l'Etat, cela ne saurait étonner que quiconque attribuerait au droit des vertus cognitives, et à la science du droit des talents, qu'ils ne pourraient avoir. Il n'y a rien d'étonnant, dans une problématique de droit public qui s'attache, d'une part, à une construction juridique (la relevance), d'autre part à un objet juridiquement construit (la famille telle qu'elle est construite par le droit public), à ce que l'objet, tel qu'il existerait avant sa construction, *a priori*, et dans l'absolu, ne soit pas pleinement saisi : si l'on constate que la famille existe en dehors du droit, et que cette existence suffit à aborder la construction à laquelle se livre l'Etat sous l'angle d'une relation interinstitutionnelle, le constat ne va pas plus loin, et ce n'est pas l'étude de la construction qui pourrait nous décrire ce qu'il adviendrait de l'objet non construit, ou ce que serait son essence. Ce constat ne doit pas décevoir ; il confirme les analyses, maintenant dominantes, faisant de la famille une institution aux modalités rien moins que naturelles, et sa construction juridique par rapport à la cohésion nationale démontre la relativité et l'instrumentalité du groupe dans une situation sociale donnée.

D'autres questions sont, en revanche, croyons-nous, susceptibles d'être reprises après l'étude que nous avons proposée. Pour ce qui est du droit public, l'analyse de son rôle dans la construction de l'objet juridique s'inscrit dans un cadre de recherches qui abordent moins le droit public en soi que le droit public comme instrument original pour une intervention volontariste des pouvoirs publics, à travers l'ensemble des instruments juridiques. Ce sont les recherches sur les fonctions du droit public qu'il conviendrait de développer, non pas uniquement par rapport à ses

---

<sup>1701</sup> R. Lourau, *Actes manqués de la recherche*, PUF, 1994.

caractéristiques purement techniques, mais en rattachant celles-ci à la politique du droit. Loin d'être originale, la méthode renoue avec les préoccupations essentielles des publicistes de l'âge d'or, qui n'étudiaient pas isolément la puissance publique ou le service public, par exemple.

Nous avons pu ainsi constater la nécessité de tenir compte du phénomène politique dans l'étude du droit. Il convient d'abord de s'attacher à montrer que le droit est un instrument de l'action politique, mais qu'il n'est qu'un instrument. Notamment, sa capacité à offrir un modèle pour l'action des individus ne constitue nullement une garantie d'efficacité politique. On doit particulièrement tenir compte d'une discrimination au sein des faits sociaux en fonction de l'aptitude qu'ils ont à être influencés par les politiques juridiques (sachant qu'en pratique, toute intervention rencontre conjointement, quoique dans des proportions variables, l'ensemble de ces éléments). Une première catégorie est constituée par les éléments sur lesquels il est possible d'intervenir par des politiques volontaristes ; ici, l'effectivité des normes et l'efficacité des politiques sont des problématiques pertinentes : ces éléments fournissent vraiment matière à une politique du droit, à des choix. En revanche, une seconde catégorie regroupe les éléments que l'on pourrait qualifier de contingences sociales (matérielles, économiques, etc.) ou techniques (c'est-à-dire liées à l'instrument juridique lui-même) ; ceux-ci s'imposent comme éléments de réaction à l'intervention volontariste et appellent une gestion prévisionnelle davantage qu'une définition politique. Il est ensuite nécessaire d'analyser comment le droit participe à la réalisation et à l'évolution de la politique publique, grâce à l'usage de standards, comme celui de la normalité. Il faut enfin chercher à décrire comment des modalités procédurales réinsèrent l'appréhension du *Politique* et du *Juste* au sein même du processus normatif, à partir, par exemple, des réflexions habermassiennes sur l'*agir communicationnel* et l'*intercompréhension*. Loin de traduire une politisation du droit, ou l'expression d'un jusnaturalisme, une telle démarche permet d'assigner à la technique juridique sa fonction, et de rendre au choix politique sa place centrale dans la maîtrise, la détermination et l'évolution des relations sociales.

Ainsi, l'étude débouche nécessairement sur la recherche d'une théorie prescriptive de la science du droit, c'est-à-dire d'une métathéorie. Il est indispensable d'essayer de définir en quoi doit, ou peut, consister la connaissance du droit, et ce que l'on attend de cette connaissance. L'analyse institutionnelle confirme, en toute hypothèse, qu'une théorie pure du droit, sur le mode du projet kelsénien, se limitant à une analyse du fonctionnement interne d'un système normatif pris comme axiome, ne peut pas être considérée, au-delà de ses avantages indéniables, comme l'achèvement de la connaissance juridique : elle demande à être dépassée, et l'analyse institutionnelle, parmi d'autres, s'y emploie, en établissant des connexions avec la connaissance sociale des ordres juridiques. Il faudrait déterminer si elle peut y parvenir, et à quelles conditions ; il faudra surtout tenter de la dépasser à son tour, puisque, aussi bien, ses limites sont déjà perceptibles. Mais il faut d'abord admettre que la description de ce qui est dans la lumière (le système normatif) ne saurait avoir pour effet de faire disparaître les choses qui sont dans l'ombre (la génération du système notamment, mais pas seulement). Si construire une séparation entre l'ombre et la lumière peut permettre de croire que l'on évince ce qui pose problème, l'ombre, pour

se concentrer sur ce qui en apparence n'en pose pas, la lumière, cela ne peut pas permettre de croire que l'on a résolu ou supprimé le problème des relations entre l'ombre et la lumière <sup>1702</sup>. Essayer de lier les deux porte sans doute atteinte à la pureté de l'analyse, parce que cela pose des problèmes méthodologiques, parce que cela éloigne des certitudes. Il est douteux que cela puisse porter atteinte à la science, sauf à préférer la pureté idéale à la connaissance réelle.

C'est notamment la dimension du champ social qui demande à être ainsi intégrée, d'une manière sans doute encore à concevoir, dans l'analyse juridique, en tant que ce champ est le lieu de l'interinstitutionnalité, c'est-à-dire de relations entre ordres juridiques, certes, mais de relations dont la nature n'est pas clairement établie. Aux côtés de la relevance, ce sont alors d'autres analyses qu'il reste à dévoiler, pour rendre compte, non de l'intégration juridique, telle que la réalise la problématique du droit public, mais de la dialectique entre ces ordres juridiques.

Parti alors de la dialectique entre deux termes mal définis, *famille et droit public*, nous l'abordons à nouveau, mais maintenant située par l'analyse entre deux ordres juridiques. La permanence de cette dialectique ne doit pas nous étonner. Elle renvoie inlassablement aux avertissements de Claude Lévi-Strauss sur la famille : « Il n'y aurait pas de société sans familles, mais il n'y aurait pas non plus de familles s'il n'y avait pas déjà une société » <sup>1703</sup> ; elle nous invite surtout à travailler une connaissance globale de l'interinstitutionnel, pour tenter de comprendre les éléments sociaux, dont le droit, en situation de dépendance, de relation et d'interaction. Puisqu'on peut dire des phénomènes juridiques dans l'espace social ce que Claude Lévi-Strauss dit des familles dans la société ou des pauses dans le voyage : « elles sont à la fois sa condition et sa négation » <sup>1704</sup>.

---

<sup>1702</sup> Sur cette condition épistémologique fondamentale, V., entre autres, l'avant-propos de la *Psychanalyse du feu*, de G. Bachelard (Gallimard, 1949).

<sup>1703</sup> C. Lévi-Strauss, in A. Burguière & alii (Dir.), *Histoire de la famille*, Armand Colin, 1994, t. 1, p. 12.

<sup>1704</sup> C. Lévi-Strauss, *Le regard éloigné*, Plon, 1983, p. 92.



## INDEX DES PRINCIPAUX NOMS CITES. <sup>a</sup>

---

### A

|                        |                      |
|------------------------|----------------------|
| <i>Alfandari Elie</i>  | 265                  |
| <i>Ardant Philippe</i> | 4; 87; 190; 227; 286 |
| <i>Arendt Hannah</i>   | <b>67</b> ; 549      |
| <i>Aristote</i>        | 7                    |
| <i>Astié Pierre</i>    | <b>333</b>           |

---

### B

|                           |               |
|---------------------------|---------------|
| <i>Balzac Honoré de</i>   | 316           |
| <i>Barthélémy Joseph</i>  | 339           |
| <i>Bazex Michel</i>       | 312           |
| <i>Bentham Jeremy</i>     | 492           |
| <i>Bodin Jean</i>         | 8             |
| <i>Bonnecase</i>          | 52            |
| <i>Borges Jorge Luis</i>  | 215           |
| <i>Boulouis Jean</i>      | 4; 219        |
| <i>Bourdieu Pierre</i>    | 212; 431; 542 |
| <i>Braudel Fernand</i>    | 506           |
| <i>Breillat Dominique</i> | <b>333</b>    |

---

### C

|                        |                                   |
|------------------------|-----------------------------------|
| <i>Carbonnier Jean</i> | <b>50</b> ; 106; <b>131</b> ; 148 |
|------------------------|-----------------------------------|

---

|                                 |                       |
|---------------------------------|-----------------------|
| <i>Carré de Malberg Raymond</i> | <b>119</b> ; 135; 369 |
| <i>Carrel Alexis</i>            | 440; 512              |
| <i>Chapus René</i>              | 313; 398              |
| <i>Chauvière Michel</i>         | 349                   |
| <i>Chevallier Jacques</i>       | 160; 372; 532         |
| <i>Chrétien de Troyes</i>       | 66                    |
| <i>Colbert Jean-Baptiste</i>    | 436                   |
| <i>Coste-Floret Paul</i>        | <b>340</b>            |
| <i>Coutrot Aline</i>            | 338                   |

---

### D

|                               |                         |
|-------------------------------|-------------------------|
| <i>Dabin Jean</i>             | <b>54</b> ; 92; 105     |
| <i>Debré Michel</i>           | 341                     |
| <i>Demolombe</i>              | 3                       |
| <i>Duguit Léon</i>            | 3; <b>78</b> ; 213; 535 |
| <i>Dupeyroux Jean-Jacques</i> | 477; 479                |
| <i>Durkheim Emile</i>         | 66; 438; 469            |
| <i>Dworkin Ronald</i>         | 21                      |

---

### E

|                          |         |
|--------------------------|---------|
| <i>Eisenmann Charles</i> | 84; 467 |
| <i>Engels Friedrich</i>  | 7       |
| <i>Evin Claude</i>       | 483     |

---

<sup>a</sup> Dans le corps de la thèse. Les nombres correspondent aux numéros de page. Les indications de page en italiques renvoient aux notes infrapaginales situées aux pages considérées ; les indications de page en caractères gras signalent la page de début d'une étude plus approfondie.

---

**F**

|                      |     |
|----------------------|-----|
| <i>Filmer Robert</i> | 8   |
| <i>Frangi Marc</i>   | 175 |

---

**G**

|                              |                                         |
|------------------------------|-----------------------------------------|
| <i>Gaillard Emmanuel</i>     | <b>116</b> ; 118                        |
| <i>Gaulle Charles de</i>     | <b>319</b> ; <b>341</b> ; 352; 502; 541 |
| <i>Geffroy Jean-Baptiste</i> | 191                                     |
| <i>Godard</i>                | 336                                     |
| <i>Gounot Emmanuel</i>       | <b>350</b> ; 361                        |
| <i>Gridel Jean-Pierre</i>    | 84                                      |

---

**H**

|                                      |                         |
|--------------------------------------|-------------------------|
| <i>Habermas Jürgen</i>               | 25; 274; 537            |
| <i>Hauriou Maurice</i>               | 3; 20; <b>143</b> ; 362 |
| <i>Hecquard-Théron Maryvonne</i>     | 509                     |
| <i>Hegel Georg Wilhelm Friedrich</i> | 7; 145                  |
| <i>Henri Max</i>                     | 111                     |
| <i>Hubert Patrick</i>                | 267                     |

---

**J**

|                                   |         |
|-----------------------------------|---------|
| <i>Jeammaud Antoine</i>           | 44; 463 |
| <i>Jèze Gaston</i>                | 126     |
| <i>Julien-Laferrière François</i> | 256     |

---

**K**

|                       |                       |
|-----------------------|-----------------------|
| <i>Kelsen Hans</i>    | <b>103</b> ; 120; 135 |
| <i>Kuhn Thomas S.</i> | 538                   |

---

**L**

|                                 |            |
|---------------------------------|------------|
| <i>La Tour du Pin René (de)</i> | 317        |
| <i>Laubadère André de</i>       | 349        |
| <i>Le Play Frédéric</i>         | 438        |
| <i>Legendre Pierre</i>          | 154; 289   |
| <i>Lemire (Abbé)</i>            | <b>334</b> |

|                            |          |
|----------------------------|----------|
| <i>Lenoir Rémi</i>         | 542      |
| <i>Lévi-Strauss Claude</i> | 7; 564   |
| <i>Lochak Danièle</i>      | 489      |
| <i>Locke John</i>          | 8        |
| <i>Louis XIV</i>           | 436      |
| <i>Louis XVI</i>           | 328      |
| <i>Louis XVIII</i>         | 316      |
| <i>Luchaire François</i>   | 175; 286 |

---

**M**

|                             |          |
|-----------------------------|----------|
| <i>Mauco Georges</i>        | 502      |
| <i>Mazères Jean-Arnaud</i>  | 18; 21   |
| <i>Mendès France Pierre</i> | 320      |
| <i>Mény Yves</i>            | 313      |
| <i>Mitterrand François</i>  | 503; 541 |
| <i>Montesquieu</i>          | 557      |
| <i>Mourgeon Jacques</i>     | 19       |

---

**N**

|                        |                  |
|------------------------|------------------|
| <i>Neirinck Claire</i> | <b>106</b> ; 131 |
|------------------------|------------------|

---

**P**

|                         |                               |
|-------------------------|-------------------------------|
| <i>Paxton Robert O.</i> | 338                           |
| <i>Perroux François</i> | 16                            |
| <i>Pétain Philippe</i>  | <b>330</b> ; <b>339</b> ; 351 |
| <i>Platon</i>           | 7                             |
| <i>Poincaré Raymond</i> | 336                           |
| <i>Prélot Marcel</i>    | 361                           |
| <i>Prétot Xavier</i>    | 497                           |
| <i>Prigent Robert</i>   | 351                           |

---

**R**

|                       |                  |
|-----------------------|------------------|
| <i>Rawls John</i>     | 25               |
| <i>Renard Didier</i>  | 316              |
| <i>Renard Georges</i> | 3; 141; 143; 361 |
| <i>Reynaud Paul</i>   | 440              |

|                         |            |
|-------------------------|------------|
| <i>Rials Stéphane</i>   | 211        |
| <i>Rigaux François</i>  | 5          |
| <i>Rivero Jean</i>      | 308; 410   |
| <i>Romano Santi</i>     | <b>162</b> |
| <i>Roulleaux-Dugage</i> | <b>335</b> |
| <i>Roussel Louis</i>    | 537        |

---

**S**

|                                    |                    |
|------------------------------------|--------------------|
| <i>Saint-Just Louis-Antoine de</i> | 128                |
| <i>Salazar Antonio de Oliveira</i> | 330                |
| <i>Sartre Jean-Paul</i>            | 20                 |
| <i>Sauvy Alfred</i>                | 440; 455; 500; 541 |

|                                   |                               |
|-----------------------------------|-------------------------------|
| <i>Savatier René</i>              | <b>46</b> ; 51; 103; 120; 395 |
| <i>Savigny Friedrich Karl von</i> | 3                             |

---

**T**

|                              |             |
|------------------------------|-------------|
| <i>Tocqueville Alexis de</i> | 68          |
| <i>Troper Michel</i>         | 16; 64; 136 |

---

**W**

|                       |          |
|-----------------------|----------|
| <i>Weber Max</i>      | 135; 321 |
| <i>Weinberger Ota</i> | 146      |







## **TABLE ANALYTIQUE. <sup>a</sup>**

### **INTRODUCTION GENERALE. \_\_\_\_\_ 1**

A – Etat et famille : des rapports nécessaires et complexes. \_\_\_\_\_ 6

B – Famille et droit public : conditions d’une analyse. \_\_\_\_\_ 11

C – Problématique et plan. \_\_\_\_\_ 22

### **PREMIERE PARTIE : LA FAMILLE, OBJET D’UNE PROTECTION. \_\_\_\_\_ 25**

#### **TITRE 1 : LA DETERMINATION D’UNE TECHNIQUE DE PROTECTION. \_\_\_\_\_ 28**

*CHAPITRE 1 : L’ABSENCE DE PERSONNALISATION JURIDIQUE DE LA FAMILLE. \_\_\_\_ 29*

SECTION 1 : LE DEFAUT DE CONSECRATION EN DROIT POSITIF. \_\_\_\_\_ 30

§ 1 – La personnalité morale, une technique juridique. \_\_\_\_\_ 31

§ 2 – Une technique inappliquée à la famille. \_\_\_\_\_ 35

SECTION 2 : LES LECTURES DOCTRINALES PERSONNALISANT LA FAMILLE. \_ 37

§ 1 – Les thèses « personnalisantes ». \_\_\_\_\_ 39

A – La doctrine de la famille « personne morale méconnue ». \_\_\_\_\_ 39

B – La doctrine de la famille « personne morale réduite à la société conjugale ». \_\_\_\_ 43

§ 2 – La valeur des thèses « personnalisantes ». \_\_\_\_\_ 47

A – La persistance d’une lecture individualiste du droit de la famille. \_\_\_\_\_ 47

B – L’appréciation en tant que propositions de droit. \_\_\_\_\_ 48

---

<sup>a</sup> Les nombres renvoient aux pages.

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| SECTION 3 : LA PERSONNALISATION DE LA FAMILLE, UN ENJEU JURIDIQUE                                 |     |
| LIMITE.                                                                                           | 52  |
| § 1 – La personnalisation, une question de politique du droit.                                    | 53  |
| § 2 – La personnalisation, une réponse incomplète.                                                | 64  |
| A – Nécessité d’une analyse de la fondation juridique de la famille.                              | 65  |
| B – Nécessité d’une analyse de la puissance dans la famille.                                      | 70  |
| C – Utilité d’une délimitation de la famille juridique.                                           | 73  |
| CONCLUSION DU CHAPITRE 1.                                                                         | 82  |
| CHAPITRE 2 : LA CONSTRUCTION DE LA FAMILLE COMME « PARADIGME »                                    |     |
| DES PREROGATIVES INDIVIDUELLES.                                                                   | 83  |
| SECTION 1 : UNE LECTURE FONCTIONNALISTE DU DROIT POSITIF.                                         | 85  |
| § 1 – La famille dans une logique individualiste.                                                 | 86  |
| A – Une construction théorique de la famille.                                                     | 86  |
| B – Une présentation raisonnée du droit positif.                                                  | 90  |
| C – Une utilisation doctrinale équivoque.                                                         | 93  |
| 1 – La source des prérogatives, objet de controverses.                                            | 94  |
| 2 – Les hésitations autour du paradigme familial.                                                 | 95  |
| 3 – La fonction, une notion remise en cause.                                                      | 97  |
| § 2 – Les implications théoriques d’une approche fonctionnaliste.                                 | 101 |
| A – Une objectivation du droit.                                                                   | 101 |
| 1 – Une logique unitaire de « fonctions publiques ».                                              | 102 |
| 2 – Une analogie technique avec le droit public.                                                  | 107 |
| a – la fonction familiale comme service public.                                                   | 108 |
| b – les rapports familiaux comme prérogatives de puissance.                                       | 111 |
| c – la famille comme ordre intérieur.                                                             | 112 |
| B – Une lecture idéaliste du droit.                                                               | 116 |
| SECTION 2 : LECTURE INSTITUTIONNALISTE DU DROIT POSITIF.                                          | 121 |
| § 1 – La famille, une institution.                                                                | 123 |
| A – La nature institutionnelle de la famille.                                                     | 123 |
| B – La parenté de la famille et de l’Etat.                                                        | 130 |
| § 2 – Une relation interinstitutionnelle au fondement du « paradigme ».                           | 134 |
| A – Une relation politique entre ordres juridiques.                                               | 135 |
| B – La « relevance juridique » de la famille : le paradigme d’un droit individuel<br>fondamental. | 139 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE 2.                                                                         | 144 |
| CONCLUSION DU TITRE 1.                                                                            | 145 |

## TITRE 2 : LE CHOIX D'UN CRITERE DE PROTECTION,

|                                                                                    |     |
|------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| <b>LA « NORMALITE ».</b>                                                           | 146 |
| <i>CHAPITRE 1 : UN DROIT FONDAMENTAL, LE DROIT DE L'INDIVIDU</i>                   |     |
| <i>AU RESPECT DE SA VIE FAMILIALE NORMALE.</i>                                     | 148 |
| SECTION 1 : LA CONSTRUCTION D'UN DROIT GENERIQUE.                                  | 149 |
| § 1 – La pluralité des énoncés protecteurs de la famille.                          | 151 |
| A – La protection de la famille, objet de nombreux textes de droit international.  | 151 |
| B – La place de la protection de la famille dans les énoncés juridiques européens. | 155 |
| C – Les textes nationaux protégeant la famille.                                    | 158 |
| § 2 – Des jurisprudences convergentes.                                             | 159 |
| A – Une naissance européenne.                                                      | 160 |
| B – Une formulation nationale.                                                     | 162 |
| SECTION 2 : LES CARACTERISTIQUES DE LA NORME DEGAGEE.                              | 172 |
| § 1 – Un droit conditionnel.                                                       | 173 |
| § 2 – Un standard juridique.                                                       | 177 |
| A – Une normalité culturelle.                                                      | 177 |
| B – Une normalité normative.                                                       | 181 |
| § 3 – Une liberté complète.                                                        | 184 |
| A – Une liberté opposable.                                                         | 185 |
| B – Une opposabilité limitée à l'effectivité de la liberté.                        | 186 |
| SECTION 3 : UN DROIT GENERIQUE A CONCRETISER.                                      | 197 |
| § 1 – Approches de la « vie familiale ».                                           | 198 |
| A – « Vie familiale » et « vie privée ».                                           | 198 |
| B – « Vie familiale » et « lien familial ».                                        | 201 |
| § 2 – Eléments protégés de la vie familiale.                                       | 204 |
| A – Le couple comme fondement de la famille.                                       | 204 |
| B – Le droit d'avoir une famille.                                                  | 210 |
| C – Le droit aux relations familiales.                                             | 212 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE 1.                                                          | 221 |
| <i>CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DE L'INDIVIDU</i>                                    |     |
| <i>CONTRE LA FAMILLE ANORMALE.</i>                                                 | 222 |
| SECTION 1 : DES FAMILLES SOUS SURVEILLANCE.                                        | 223 |
| § 1 – Les instruments du contrôle public.                                          | 224 |
| A – Un contrôle administratif.                                                     | 224 |
| B – Des auxiliaires privés.                                                        | 227 |
| C – Une intervention judiciaire.                                                   | 229 |
| § 2 – Les significations du contrôle public.                                       | 233 |
| A – Des droits de l'individu à l'intérêt de l'Etat.                                | 233 |
| B – L'Etat comme famille supplétive.                                               | 235 |

|                                                                        |         |
|------------------------------------------------------------------------|---------|
| SECTION 2 : UNE ANORMALITE COMBATTUE. _____                            | 240     |
| § 1 – L'accusation de la famille anormale. _____                       | 241     |
| A – Le non-respect des droits du conjoint. _____                       | 241     |
| B – Le non-respect des droits de l'enfant. _____                       | 246     |
| § 2 – La condamnation de la famille anormale. _____                    | 251     |
| A – La sanction de la démission individuelle. _____                    | 251     |
| B – La sanction de la dissolution de l'ordre juridique familial. _____ | 253     |
| C – La sanction de l'anormalité familiale. _____                       | 255     |
| CONCLUSION DU CHAPITRE 2. _____                                        | 258     |
| CONCLUSION DU TITRE 2. _____                                           | 259     |
| <br><b>CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE. _____</b>                     | <br>260 |

## DEUXIEME PARTIE : LA FAMILLE, OBJET DE POLITIQUES. \_\_\_\_\_ 263

### TITRE 1 : LA FAMILLE, UN OBJET A REPRESENTER. \_\_\_\_\_ 266

#### CHAPITRE 1 : DE LA REPRESENTATION DE SUJETS A UN OBJET REPRESENTE. \_\_\_\_ 268

##### SECTION 1 : L'ECHEC D'UNE REPRESENTATION POLITIQUE DES FAMILLES. \_ 269

###### § 1 – Une revendication corporatiste. \_\_\_\_\_ 270

###### A – Un thème de représentation, la famille. \_\_\_\_\_ 270

###### B – Un mouvement de revendication, le familialisme. \_\_\_\_\_ 273

###### § 2 – Une consécration très limitée en droit positif. \_\_\_\_\_ 281

###### A – L'élection et la famille. \_\_\_\_\_ 281

###### 1 – L'élection familiale dans une problématique non démocratique. \_\_\_\_\_ 282

###### 2 – L'élection familiale dans une problématique démocratique. \_\_\_\_\_ 287

###### B – La famille dans les institutions publiques. \_\_\_\_\_ 292

###### 1 – Les chambres familiales. \_\_\_\_\_ 292

###### 2 – La représentation par le Conseil Economique et Social. \_\_\_\_\_ 296

###### a – la famille dans le Conseil Economique et Social. \_\_\_\_\_ 297

###### b – le Conseil Economique et Social dans les institutions. \_\_\_\_\_ 300

##### SECTION 2 : L'ETATISATION D'UNE REPRESENTATION FAMILIALE. \_\_\_\_\_ 302

###### § 1 – L'institutionnalisation d'une représentation de la famille. \_\_\_\_\_ 303

###### A – Une évolution historique. \_\_\_\_\_ 303

###### 1 – Une création du gouvernement de Vichy. \_\_\_\_\_ 303

###### 2 – Une création validée a la Libération. \_\_\_\_\_ 304

###### 3 – Une recréation en 1975. \_\_\_\_\_ 306

###### B – Une curiosité juridique. \_\_\_\_\_ 308

###### 1 – Une originalité législative. \_\_\_\_\_ 308

###### 2 – Une organisation « sui generis ». \_\_\_\_\_ 310

###### § 2 – Une représentativité postulée. \_\_\_\_\_ 313

###### A – L'influence de l'idéalisme institutionnel. \_\_\_\_\_ 313

###### B – La confrontation de deux logiques représentatives. \_\_\_\_\_ 315

###### § 3 – Une politique publique de la représentation. \_\_\_\_\_ 320

###### A – La représentation de l'intérêt des familles. \_\_\_\_\_ 320

###### B – L'instrumentalisation de la représentation. \_\_\_\_\_ 322

##### CONCLUSION DU CHAPITRE 1. \_\_\_\_\_ 327

*CHAPITRE 2 : L'INSTITUTION REPRESENTATIVE FAMILIALE,*

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>LE « CORPS FAMILIAL ».</i>                                    | 328 |
| SECTION 1 : LE STATUT DU « CORPS FAMILIAL ».                     | 329 |
| § 1 – Une association « mixte ».                                 | 330 |
| A – Une association d'utilité publique particulière.             | 330 |
| B – Des moyens financiers essentiellement publics.               | 335 |
| C – Une nature ambivalente.                                      | 338 |
| § 2 – Un « service public » original.                            | 342 |
| A – Une mission d'intérêt général, la représentation familiale.  | 342 |
| B – Un rattachement public, la tutelle de l'Etat.                | 343 |
| C – Une soumission partielle au droit administratif.             | 345 |
| SECTION 2 : DES POUVOIRS REPRESENTATIFS COMPLETS.                | 349 |
| § 1 – La représentation consultative, une attribution théorique. | 350 |
| A – Une consultation à l'appréciation des pouvoirs publics.      | 350 |
| B – Un pouvoir de proposition formel.                            | 353 |
| § 2 – La représentation participative, un privilège essentiel.   | 355 |
| A – Le mécanisme de la participation.                            | 355 |
| B – Les modalités de la participation.                           | 360 |
| § 3 – La représentation judiciaire, une pratique nuancée.        | 365 |
| A – L'action civile, un privilège lié à la représentation.       | 365 |
| B – Un contentieux limité.                                       | 367 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE 2.                                        | 370 |
| <i>CONCLUSION DU TITRE 1.</i>                                    | 371 |

**TITRE 2 : LA FAMILLE, UN OBJET ADMINISTRE.** 371*CHAPITRE 1 : LE DROIT PUBLIC AU SERVICE*

|                                                                  |     |
|------------------------------------------------------------------|-----|
| <i>D'UNE GESTION PUBLIQUE DE LA FAMILLE.</i>                     | 373 |
| SECTION 1 : LA FAMILLE COMME OBJET D'INTERVENTION PUBLIQUE.      | 375 |
| § 1 – La nationalisation de la question familiale.               | 376 |
| A – Les conditions de l'apparition des politiques de la famille. | 376 |
| 1 – L'influence de la science.                                   | 377 |
| 2 – Le rôle de l'appareil d'Etat.                                | 381 |
| B – Interprétations de l'apparition de politiques explicites.    | 383 |
| § 2 – Une politique mal identifiée.                              | 387 |
| A – Le vœu d'une politique spécifique.                           | 387 |
| 1 – Politique familiale et politique nataliste.                  | 387 |
| 2 – Politique familiale et politique sociale.                    | 389 |
| B – L'ambition d'une politique globale.                          | 392 |



|                                                                                      |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| C – Les difficultés d’une politique efficace. _____                                  | 394 |
| 1 – L’efficacité d’une politique nationale. _____                                    | 394 |
| 2 – La réalité d’une politique des familles. _____                                   | 397 |
| SECTION 2 : LES MOYENS JURIDIQUES DE L’INTERVENTION PUBLIQUE. _____                  | 399 |
| § 1 – Une politique de réglementation. _____                                         | 400 |
| A – Le droit privé, premier instrument de la politique familiale. _____              | 400 |
| B – Une réglementation peu lisible. _____                                            | 405 |
| § 2 – Des politiques d’incitation. _____                                             | 408 |
| A – La politique familiale fiscale. _____                                            | 408 |
| B – La politique de prestations. _____                                               | 411 |
| C – La politique d’environnement. _____                                              | 415 |
| § 3 – L’aspiration à une synthèse : la loi relative à la famille. _____              | 418 |
| A – Un contenu hétérogène. _____                                                     | 418 |
| B – Un apport nécessairement limité. _____                                           | 420 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE 1. _____                                                      | 422 |
| <i>CHAPITRE 2 : LE DROIT PUBLIC DE LA FAMILLE,</i>                                   |     |
| <i>INSTRUMENT DU CONTROLE SOCIAL. _____</i>                                          | 424 |
| SECTION 1 : LA MISE EN PLACE D’UN APPAREILLAGE D’INTERVENTIONS. _____                | 427 |
| § 1 – Un réseau complémentaire d’interventions publiques. _____                      | 428 |
| A – L’orientation par l’Etat central. _____                                          | 428 |
| 1 – La définition d’une politique nationale. _____                                   | 428 |
| 2 – Des structures étatiques appropriées. _____                                      | 431 |
| B – L’intervention subsidiaire des collectivités locales. _____                      | 439 |
| C – La création de structures spécialisées. _____                                    | 443 |
| § 2 – La prise en compte des interventions privées. _____                            | 450 |
| A – Une intégration organique. _____                                                 | 450 |
| B – Un intérêt public pour les services familiaux. _____                             | 453 |
| SECTION 2 : LA MAITRISE DU CONTROLE SOCIAL, ENJEU DU DROIT PUBLIC. _____             | 458 |
| § 1 – La participation du droit public au contrôle social des familles. _____        | 459 |
| A – Une logique de la cohésion. _____                                                | 459 |
| B – Une influence dans le champ social. _____                                        | 463 |
| § 2 – Le droit public de la famille, à la charnière du politique et du social. _____ | 467 |
| A – Le droit public de la famille, une nationalisation du contrôle social. _____     | 467 |
| B – Le droit public de la famille, une socialisation du domaine politique. _____     | 470 |
| CONCLUSION DU CHAPITRE 2. _____                                                      | 477 |
| <i>CONCLUSION DU TITRE 2. _____</i>                                                  | 478 |
| <b>CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE. _____</b>                                       | 479 |
| <b>CONCLUSION GENERALE. _____</b>                                                    | 481 |





**INDEX DES PRINCIPAUX NOMS CITES.** \_\_\_\_\_ 765

**TABLE ANALYTIQUE.** \_\_\_\_\_ 769

**annexes.**



## ***SOMMAIRE DES ANNEXES.***

### **A - ABREVIATIONS :**

1 : Abréviations des principales références en matière juridique  
adoptées par le Syndicat national de l'Edition <sup>1</sup>.

### **B - DOCUMENTS :**

- 2 : Eléments de jurisprudence.
- 3 : Dispositions constitutionnelles concernant la famille.
- 4 : Textes internationaux protégeant la famille.
- 5 : Historique des ministères en charge de la famille.
- 6 : Organigrammes des services centraux.
- 7 : Chronologie des textes instituant les représentations familiales.
- 8 : Etat des représentations familiales.
- 9 : Schéma d'organisation du « corps familial » depuis 1942.

### **C - BIBLIOGRAPHIE.**

### **D - RESUME EN ANGLAIS.**

### **E - TABLE THEMATIQUE.**

### **F - INDEX DES PRINCIPAUX NOMS CITES.**

### **G - TABLE ANALYTIQUE.**

---

<sup>1</sup> Une liste d'abréviations spécifiques et des conventions utilisées se trouve en tête de la thèse.

## ***ANNEXE 1 : ABREVIATIONS GENERALES.***

Nous reproduisons l'ensemble du document édité par le *Groupe des Editeurs de droit, sciences économiques et sociales*, visant à proposer une unification des abréviations des principales références en matière juridique.

Nous nous sommes tenu aux abréviations proposées, sous réserve d'usage d'abréviations complémentaires (signalées en tête de thèse), et d'une abréviation spécifique pour « proposition » (PP).

La liste utilisée a été arrêtée en Mai 1993.





























## **ANNEXE 2 : ELEMENTS DE JURISPRUDENCE.**

Nous mentionnons ici de manière sommaire une sélection de décisions de justice permettant une première approche du sujet ; sont indiqués en note les conclusions et les principaux travaux de doctrine (commentaires, notes, etc.) correspondants.

Cette liste ne vise pas l'exhaustivité et sera utilement complétée par les articles cités en bibliographie (notamment P. Ardant, *La famille et le juge administratif* ; F. Chauvin, *Le juge administratif et la famille, essai d'interprétation de la jurisprudence* ; J. B. Geffroy, *La famille dans la jurisprudence administrative* ; P. Kayser, *Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français* ; D. Ponton-Grillet, *La famille et le droit fiscal* ; etc.) et par les recueils de jurisprudence commentée (Berger, Lachaume, GAJA, GDCC).

Les points évoqués par les arrêts que nous mentionnons ne sont pas exclusifs d'autres apports, parfois plus importants au regard de l'ensemble du droit, mais sans relation directe avec notre recherche.

### **1 - Conseil constitutionnel.**

15 janvier 1975, **Déc. 54 DC**, L. relative à l'interruption volontaire de grossesse. Contrôle de constitutionnalité sur la loi Veil.

Le dispositif ne porte atteinte à aucune disposition ayant valeur constitutionnelle édictée par le Préambule de 1946. Deux interprétations sont alors possibles au regard de l'alinéa 10 (protection de la famille) : ou bien cet alinéa n'a pas valeur constitutionnelle, ou cette protection est compatible avec la légalisation de l'avortement. La jurisprudence ultérieure permet de retenir désormais la deuxième interprétation <sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> GDCC p. 295 (avec bibliographie complète).

3 septembre 1986, **Déc. 86-216 DC**, L. relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

Le législateur a compétence pour apprécier les conditions dans lesquelles les « droits de la famille » (curiosité sémantique) peuvent être conciliés avec les impératifs d'intérêt public ; il peut notamment faire prévaloir les nécessités d'ordre public. La loi autorise l'autorité compétente à prononcer une expulsion, mais celle-ci doit tenir compte de tous les éléments concernant l'individu, dont sa situation familiale ; en prévoyant un tel dispositif, le législateur n'a transgressé aucune disposition constitutionnelle <sup>2</sup>.

22 janvier 1990, **Déc. 89-269 DC**, L. portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé.

L'alinéa 11 du Préambule de 1946, dont la valeur constitutionnelle est affirmée, protège également les non-nationaux. Il appartient au législateur et à l'autorité réglementaire de fixer les modalités concrètes de son application <sup>3</sup>.

2 août 1991, **Déc. 91-299 DC**, L. relative au congé de représentation en faveur des associations et des mutuelles.

Les règles relatives au congé de représentation ne portent pas atteinte à la liberté d'association lorsqu'elles reposent sur des critères objectifs. Un système comparable a existé au seul bénéfice des unions d'associations familiales entre 1986 et 1991. *A contrario*, parce qu'elles avaient été instituées au bénéfice des représentants d'une association monopolistique, ces règles n'ont pas porté atteinte à la liberté d'association <sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> AIJC 1986 p. 436 & 452 (note Genevois) ; JDI 1987 p. 289 (note Pinto) ; Rev. sc. crim. 1987 p. 566 (note Loloum & Nguyen Huu) ; RD publ. 1989 p. 399 (chron. Favoreu) ; RFD adm. 1987 p. 120 (note Genevois).

<sup>3</sup> AJDA 1990 p. 471 (note Benoit-Rohmer) ; Dr. soc. 1990 p. 352 (note Pretot) ; Pouvoirs n° 54 p. 196 (chron. Avril & Gicquel) ; RD sanit. soc. 1990 p. 637 (note Dubouis) & p. 437 (note Pretot) ; RFD adm. 1990 p. 406 (note genevois) ; RFD const. 1990 n° 2 p. 330 (note Favoreu) ; RGDI publ. 1990 p. 497 (note Simon-Depitre). Suit la jurisprudence amorcée par l'ordre administratif dans les arrêts Lévy (TA Paris, 19/4/86 et CE, 30/6/1989, *infra*).

<sup>4</sup> D. 1992 p. 30 (chron. Laurin) ; Pouvoirs n° 60 p. 201 (chron. Avril & Gicquel) ; RD publ. 1992 p. 102 (chron. Rousseau) ; RFD const. 1991 p. 727 (note Favoreu).

13 août 1993, **Déc. 93-325 DC**, L. relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France .

Il s'agit de la première reconnaissance constitutionnelle du droit à mener une vie familiale normale. Parmi les droits et libertés de valeur constitutionnelles figurent la liberté du mariage (composante de la liberté individuelle) et le droit de mener une vie familiale normale (telle que conçue en France : monogamie, etc.). Ce dernier droit résulte de l'alinéa 10 du Préambule de 1946. La décision confirme la jurisprudence 269-DC quant à l'invocabilité des dispositions du Préambule par les étrangers (alinéa 10 du Préambule) : ce droit comporte pour les étrangers la faculté de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve des restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public, la protection de la santé publique (objectifs de valeur constitutionnelle) ; il appartient au législateur de concilier ces exigences et de respecter le droit (technique des réserves d'interprétation pour rendre ce droit plus effectif). Mais seules peuvent l'invoquer, pour ce qui est des étrangers, les personnes dont la résidence en France est stable et régulière. Pour faire respecter ces droits, un droit au recours est reconnu (Cf. Cour européenne des droits de l'homme, 6/10/79, Airey, *infra*) <sup>5</sup>.

27 juillet 1994, **Déc. 94-343-344 DC**, L. relative au respect du corps humain et L. relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.

Aucune disposition du Préambule de la Constitution de 1946 ne fait obstacle à ce que les conditions du développement de la famille soient assurées, dans les conditions fixées par la loi, par des dons de gamètes ou d'embryons : la possibilité d'avoir des enfants dont un des parents soit un « tiers donneur » ne porte ainsi pas atteinte à la protection de la famille ou à ses éventuels droits.

---

<sup>5</sup> GDCC p. 827 (avec bibliographie) ; *adde* D. 1994.111 (sommaire com. Maillard Desgrées du Loû) ; Dr. soc. 1994 p. 69 (comm. Dupeyroux & Prétot) ; Pouvoirs n° 68 p. 170 & 174 (chron. Avril & Gicquel) ; RD publ. 1994 p. 104 (chron. Rousseau) ; RFD adm. 1993 p. 871 (note Genevois).

## 2 - Juridictions internationales.

### **A - Juridictions du Conseil de l'Europe.** <sup>6</sup>

13 juin 1979, **Marckx c/ Belgique**, Série A n° 31.

La vie familiale protégée par l'art. 8 de la Convention européenne doit être effective et peut résulter du mariage ou d'autres situations (filiation, liens de sang, etc.). Elle englobe au moins les relations entre proches parents. Son respect implique qu'il ne soit pas fait de différence entre enfants légitimes et naturels (art. 8 et 14 combinés). Il appartient à l'Etat de prendre les mesures positives propres à faire cesser ces discriminations <sup>7</sup>.

8 octobre 1979, **Airey c/ Irlande**, Série A, n° 32.

Pour faire respecter sa vie familiale, un individu doit pouvoir disposer d'un recours (art. 6 & 8 combinés).

Déc. Commission, 13 décembre 1979, **Hamer c/ Royaume Uni**, Requête 7114-75.

La liberté physique n'est pas un préalable à l'exercice du droit de se marier (art. 12). Dissociation du mariage et de la vie familiale effective.

Déc. Commission, 13 mai 1980, **X c/ Royaume Uni**, Requête 8416-79.

Le père potentiel (mari ou non) ne peut se fonder sur l'article 8 de la Convention pour prétendre s'opposer à l'interruption de grossesse que la mère souhaite voir pratiqué sur sa personne.

26 mars 1985, **X & Y c/ Pays-Bas**, Série A n° 91.

L'article 8 oblige l'Etat à adopter des mesures positives visant les rapports interindividuels (*Drittwirkung der Grundrechte* : la Convention doit être respectée par les particuliers dans leurs rapports avec les autres particuliers ; c'est à l'Etat d'assurer par des mesures positives ce respect).

28 mai 1985, **Abdulaziz et autres c/ Royaume-Uni**, Série A n° 94.

L'art. 8 ne vise en principe qu'une vie familiale existante, mais la notion de vie familiale englobe également la vie familiale projetée. La relation née d'un mariage légal est ainsi protégée (implicitement, signifie que la famille suppose la filiation et que le mariage - art. 12- fonde la

---

<sup>6</sup> Sauf indication contraire, il s'agit d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Les arrêts de la Cour antérieurs à 1991 sont présentés dans le recueil de V. Berger.

<sup>7</sup> Jurisprudence confirmée par *Inze c/ Autriche* (28/10/87) ; *Vermeire c/ Belgique* (29/11/91).



famille pour cette filiation). Est protégée la vie familiale résultant d'un mariage rituel (mariage putatif et cohabitation). Le droit au respect de la vie familiale n'emporte pas pour les étrangers le droit de choisir leur pays de résidence. Si les époux peuvent mener leur vie familiale dans un autre pays, dont le leur, l'Etat peut accorder un droit de séjour à un seul des époux sans porter atteinte au respect de la vie familiale, sous réserve de ne pas procéder à une discrimination sexuelle (art. 14 et 8 combinés).

*17 octobre 1986, Rees c/ Royaume-Uni, Série A, N° 106.*

L'article 12 ne protège que le mariage traditionnel en tant que fondement de la famille, visant deux personnes de sexes biologiques différents (il ne protège ainsi pas le droit au mariage des transsexuels) <sup>8</sup>.

*18 décembre 1986, Johnston c/ Irlande.*

Le droit au mariage (art. 12) et le droit à une vie familiale normale n'impliquent pas le droit au divorce dès lors que la séparation de corps permet le respect de la vie privée (art. 8). Une vie familiale peut exister entre des parents et leur enfant adultérin, qui doit être respectée <sup>9</sup>.

*8 juillet 1987, W, O, H, B, R c/ Royaume-Uni (5 arrêts).*

Il est possible de séparer les enfants de leurs parents afin d'assurer leur protection (art. 8 § 2). Conditions de procédure (consultation des parents de sang, droit de visite).

*24 mars 1988, Olsson c/ Suède, Série A n° 130.*

Si l'Etat peut séparer des enfants de leurs parents pour les protéger (art 8 § 2), les conditions de placement doivent permettre une vie familiale normale des enfants (il est injustifié de les séparer sans raison) et entre les parents et les enfants (il est injustifié de restreindre les visites des parents sans raison) <sup>10</sup>.

*21 juin 1988, Berrehab c/ Pays-Bas, Série A n° 138.*

La vie familiale existe entre un parent et son enfant du seul fait de la filiation, même en l'absence de cohabitation (elle survit au divorce). Elle doit cependant être effective pour ouvrir droit au respect (visites, contacts : il s'agissait ici de démontrer que la vie familiale existait malgré un divorce dans une affaire de refus de renouvellement d'un titre de séjour ; cela signifie donc

---

<sup>8</sup> V. auparavant deux décisions plus nuancées de la Commission réfutées par cet arrêt : D. van Oosterwijk c/ Belgique (13 mars 1979) et Rees c/ Royaume-Uni (12 décembre 1984).

<sup>9</sup> Mais si ce droit est reconnu par l'Etat, il ne saurait limiter de manière différente le droit au remariage du conjoint selon qu'il soit ou non cause du divorce par une faute (adultère) : F c/ Suisse (18/12/87).

<sup>10</sup> Rev. sc. crim. sept. 1988 p. 573 (obs. Pettiti). Nombreuses applications de cette jurisprudence depuis. V. Olsson (2<sup>e</sup> affaire, 22/6/89), Andersson (25/2/92 - Journal du droit des jeunes, n° 134, avril 1994, obs. Tulkens) et Rieme (22/4/92).

qu'un parent divorcé a droit par l'effet de l'art. 8 à ces contacts et visites <sup>11</sup>). Les ingérences étatiques dans la vie familiale (art. 8 § 2) sont admises si elles sont nécessaires. Contrôle de proportionnalité (vie familiale/ bien être économique du pays) <sup>12</sup>.

22 juin 1989, **Eriksson c/ Suède**, série A n° 156.

Contrôle de proportionnalité pour apprécier la validité de l'ingérence étatique en matière de retrait d'enfant de sa famille. Sont jugées excessives les conditions de durée et l'interdiction des visites.

27 septembre 1990, **Cossey c/ Royaume-Uni**, Série A n° 184.

Confirme la jurisprudence *Rees (supra)* sur le mariage des transsexuels, mais la Cour retient pour l'avenir une possible évolution de sa conception (V. opinions dissidentes).

18 février 1991, **Moustaquim c/ Belgique**, Série A n° 193.

Les mesures concernant la police des étrangers doivent être nécessaires dans une société démocratique et ne porter qu'une atteinte proportionnée à la vie familiale (atteinte disproportionnée s'agissant de l'expulsion d'un étranger de la deuxième génération ayant commis des infractions, sa famille se trouvant dans le pays d'accueil ; première application à un cas d'expulsion). *De facto*, ouvre la voie à une protection systématique de la vie familiale pour les étrangers de la deuxième génération <sup>13</sup>.

25 mars 1992, **B. c/ France**, Série A n° 232.

Afin de respecter la vie privée d'un transsexuel (la question de la vie familiale n'est pas soulevée), l'Etat doit lui offrir le moyen de rectifier son état civil. Implicitement, permet, en droit français au moins, le mariage du transsexuel si cette modification concerne le sexe (*contra* les opinions dissidentes sur ce point des juges) <sup>14</sup>.

26 mars 1992, **Beldjoudi c/ France**, Série A n° 234.

L'expulsion à la suite d'une condamnation judiciaire d'un étranger marié à un national et sans enfant constitue une ingérence dans sa vie familiale (contrôle de proportionnalité : la Cour fait prévaloir en l'espèce la vie de couple qualifiée de familiale sur les nécessités de l'ordre public,

---

<sup>11</sup> Affirmé dans le rapport de la Commission.

<sup>12</sup> RTD eur. 1989 p. 173 (chron. Cohen-Jonathan).

<sup>13</sup> AJDA 1992 p. 32 (chron. Flauss) ; D. 1992 p. 326 (somm. commenté Renucci) ; Petites affiches 1991 n° 62 p. 32 (obs. Duffar). A la lumière de cette jurisprudence et du Rapport de la Commission, dans une affaire *Djeroud c/ France*, le gouvernement français a préféré transiger (abrogation d'un arrêté d'expulsion, attribution d'une carte de résident, versement d'une indemnité) dans la crainte d'une condamnation.

<sup>14</sup> D. 1993, p. 101 (note Marguénaud) ; JCP 1993-I-3654 (chron. Sudre). V. l'arrêt Cass. Ass. plén. du 11/12/92 *infra*.

malgré la gravité des infractions commises <sup>15</sup>). Confirme en l'amplifiant la jurisprudence *Moustaquim*, mais entretient la confusion vie privée /vie familiale (V. opinions dissidentes des juges) <sup>16</sup>.

23 juin 1993, **Hoffmann c/ Autriche**, Série C n° 255.

L'appartenance d'un parent à une minorité religieuse peut dans certaines circonstances justifier que ne lui soit pas confiée la garde des enfants après un divorce. Mais en se déterminant de manière prépondérante sur ce motif religieux, l'Etat commet une discrimination fondée sur la religion. L'ingérence dans la vie familiale est alors disproportionnée (art 8 & 14 combinés) <sup>17</sup>.

26 mai 1994, **Keegan c/ Irlande**, Série A n° 291.

La notion de famille ne se borne pas aux seules relations fondées sur le mariage. Un enfant, dès sa naissance et par le fait même de celle-ci, s'insère de plein droit dans une cellule familiale. Il existe entre l'enfant et chacun de ses parents un lien constitutif d'une vie familiale, quelles que soient les relations entre ces parents, et même si, non mariés, leurs relations avaient pris fin au moment de la naissance. En conséquence, la famille se définit uniquement par rapport à la filiation.

Il appartient à l'Etat d'accorder dès la naissance de l'enfant une protection juridique rendant possible l'intégration de l'enfant dans sa famille (Cf. Arrêt *Marckx*, *supra*) : pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale, même lorsque la relation entre les parents s'est rompue.

Il est remarquable que la Cour s'appuie ici à la fois sur le droit issu de la Convention et explicitement sur la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant <sup>18</sup>.

## ***B - Cour de justice des communautés européennes.*** <sup>19</sup>

<sup>15</sup> Cette jurisprudence appelle des bornes en termes de gravité des infractions, etc. V. la position de la Commission européenne des droits de l'homme, RFD adm. 1993 p. 964 et s. (chron. Giakoumopoulos).

<sup>16</sup> AJDA 1992 p. 424 (chron. Flauss) ; D.1993 p. 389 (somm. commenté Renucci) ; JCP 1993-I-3654 (chron. Sudre) ; RFD adm. 1993 p. 981 et s. (chron. Labayle & Sudre). V. sur la même affaire la position du Conseil d'Etat (18/1/91, *supra*).

<sup>17</sup> AJDA 1994 p. 32 (chron. Flauss) ; D. 1994.326 (note Hauser) ; JCP 1994-I-3742 (chron. Sudre) ; Les Petites Affiches 1993, n° 138, p. 20 (note Rouvière-Perrier) ; RTD civ. 1993, n° 4, p. 817 (chron. Hauser) ; RTDH 1994.405 (obs. Morange).

<sup>18</sup> AJDA 1994.511 (chron. Flauss).

<sup>19</sup> Analyse très complète de la jurisprudence communautaire par P. Kayser dans son article précité.

18 mai 1989, **Commission c/ RFA**.

Le droit communautaire relatif à la libre circulation des travailleurs et de leur famille doit s'interpréter en fonction de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>20</sup>.

7 juillet 1992, **Singh**, aff. 370/90.

Est garanti par le droit communautaire (notamment droit de circulation du ressortissant), et ne repose donc pas sur le droit national, le droit pour un ressortissant communautaire de rentrer et de demeurer avec son conjoint (tiers à la Communauté) dans son pays <sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> RTD eur. 1989 p. 701 (note Decaux).

<sup>21</sup> Rappr. CE 10/1/1992, *Esteves-Temporao* pour la position du Conseil d'Etat.

### 3 - Ordre Administratif. <sup>22</sup>

#### A - Conseil d'Etat.

15 février 1939, **Saïd ben Mohamed**, Rec. CE p. 88.

Un postulant étranger n'a pas droit à l'encouragement national aux familles nombreuses.

Sect., 8 décembre 1950, **Sieur Arnould**, Rec. CE p. 609.

Nature juridique des actes de l'UFAC. Rappr. des actes de l'UNAF qui dispose d'un statut comparable.

Ass., 28 juillet 1951, **UFAC**, Rec. CE p. 450.

Monopole de représentation de l'UFAC.

Ass., 13 février 1952, **UNAF**, Rec. CE p. 106.

Intérêt familial à attaquer une circulaire concernant les prestations familiales (irrecevabilité car l'acte ne fait pas grief).

19 décembre 1952, **Demoiselle Fiévet**, tables Rec. CE p. 378.

Le rapport des CAF avec le personnel relève de la compétence judiciaire.

12 décembre 1953, **UNAF**, Rec. CE p. 545.

Intérêt familial à attaquer un décret prévoyant la séparation prophylactique des enfants vaccinés <sup>23</sup>.

10 juillet 1954, **Union départementale 64 de l'UFAC**, Rec. CE p. 467. Procédure de désignation d'un représentant de droit.

---

<sup>22</sup> Le Recueil des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux (Lebon) contient traditionnellement dans ses tables une rubrique Famille. Par ailleurs, les rapports annuels du Conseil d'Etat pour 1991 et pour 1992 contiennent dans le chapitre consacré à l'analyse de la jurisprudence du Conseil de nombreuses références à des arrêts d'illustration, non repris ici, particulièrement sur l'applicabilité de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>23</sup> D. 1954.511 (note Rossillion) ; S. 1954.3.45 (Note Tixier).

19 novembre 1954, **Paulet**, Rec. CE p. 602.

Les CAF sont des organismes privés et les actes concernant leurs statuts ne constituent pas des actes administratifs.

28 janvier 1959, **UNAF**, Rec. CE p. 75.

Intérêt familial à attaquer une modification du code de la famille.

18 mars 1959, **UNAF**, Rec. CE p. 185.

Intérêt familial à attaquer une circulaire prévoyant la subordination à l'assiduité scolaire du versement des allocations familiales.

Ass. plénière, 10 mars 1961, **UDAF de Haute-Savoie**, Rec. CE p. 172.

Refus d'application par un préfet du décret Poinso-Chapuis du 22 mai 1948 complété.

Ass., 27 novembre 1964, **UNAF**, Rec. CE p. 587.

Intérêt familial à attaquer une réforme des prestations familiales.

Sect., 5 janvier 1966, **CAF de l'arrondissement de Lyon**, Rec. CE p. 3.

Précise l'arrêt du 18 mars 1959. Possibilité de subordonner le versement des prestations familiales à la production d'un certificat scolaire ou médical.

19 décembre 1969, **Etablissement Delannoy**.

Responsabilité de l'Etat sur le fondement du risque pour les fautes commises par un mineur délinquant confié à une personne publique ou privée à moins que l'enfant ne soit placé dans sa propre famille <sup>24</sup>.

8 juillet 1970, **Commune de l'Hermitage**, Rec. CE p. 469.

Discrimination à l'égard d'une association familiale.

Ass., 8 juin 1973, **Dame Peynet**, Rec. CE p. 406.

L'interdiction de licencier, sauf dans certaines circonstances, une femme enceinte constitue un principe général du droit <sup>25</sup>.

28 juin 1978, **Ministre de l'Intérieur c/ dame Lartigue**, Rec. CE p. 278. Suppléance d'un représentant familial.

---

<sup>24</sup> S. 1970 p. 268 (note Garrigou-Lagrange). Rapprochez T Confl. 5/4/1993, Mme Deceur (Responsabilité pour risque) & CRAMA de la Haute-Vienne (compétence judiciaire si responsabilité de l'Etat pour faute) ; 2 espèces (Rec. CE p. 396 et 397)

<sup>25</sup> Rec. CE (concl. Grevisse) ; AJDA 1973 p. 587 (chron. Franc & Boyon) ; JCP 1975.II.17957 (note Saint-Jours).

Ass., 8 décembre 1978, **GISTI**, Rec. CE p. 493.

Le droit à une vie familiale normale constitue un principe général du droit dégagé du Préambule de la Constitution de 1946 <sup>26</sup>.

Ass., 18 janvier 1980, **Bargain**, Rec. CE p. 29.

Régime de la liberté du mariage <sup>27</sup>.

16 mai 1980, **Ministre de l'Intérieur c/ Benacer**, Rec. CE p. 226.

Droit au regroupement familial d'un étranger polygame (sursis à statuer jusqu'à interprétation d'une convention internationale).

Ass., 11 juillet 1980, **Ministre de l'Intérieur c/ Mme Montcho**, Rec. CE p. 315.

Admission d'un regroupement familial polygame <sup>28</sup>.

25 juillet 1980, **Touami ben Abdelsem**, tables Rec. CE p. 820.

L'article 8 de la Convention de Strasbourg n'est pas directement applicable <sup>29</sup>.

31 octobre 1980, **Elections cantonales de l'Oyapok**, Rec. CE p. 735.

Le président d'une CAF peut se présenter aux élections cantonales dans le ressort de sa Caisse ; la distribution de prestations familiales ne porte pas atteinte à la sincérité du scrutin.

31 octobre 1980, **M. L.**

A moins qu'elle ne soit mineure célibataire, la femme a le droit d'apprécier elle-même si sa situation justifie que soit pratiquée une interruption de grossesse <sup>30</sup>.

26 juillet 1982, **Tibi**, tables Rec. CE p. 3502.

Recherches dans l'intérêt des familles.

4 mars 1983, **Association familiale rurale de circuit et de transport des élèves de la région Meslay-du-Maine**, Rec. CE p. 91.

Une association familiale gérant un service public ne peut pas subordonner l'accès au service à une adhésion <sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> GAJA n° 109 (avec bibliographie)

<sup>27</sup> AJDA 1980 p. 91 (chron. Robineau & Feffer).

<sup>28</sup> AJDA 1980 p. 523 (chron. Feffer & Pinault) ; JCP 1981.II.19269 (concl. Rougevin-Baville) ; Rev. adm. 1980 p. 607 (note Bienvenu & Rials) ; Rev. crit. DIP 1981 p. 658 (note Bischoff).

<sup>29</sup> JCP 1981-II-19613 (note Pacteau).

<sup>30</sup> D. 1981.39 (concl. Genevois).

<sup>31</sup> JCP 1984.II.20211 (note Debouy).

15 janvier 1986, **URAF de Bretagne**, n° 47241, inédit.

Désignation des délégués familiaux au Conseil économique et social régional.

15 janvier 1986, **URAF Rhône-Alpes**, Rec. CE p. 571.

Désignation des délégués familiaux au Conseil économique et social régional.

Sect., 6 juin 1986, **Fédérations des fonctionnaires, agents et ouvriers de la fonction publique**, Rec. CE p. 158.

Principe général du droit (lié au Préambule de 1946) en vertu duquel la Nation assure à la famille les conditions nécessaires à son développement et garantit, notamment à l'enfant et à la mère, la sécurité matérielle <sup>32</sup>.

26 septembre 1986, **GISTI**, Rec. CE p. 219.

Légalité du décret du 4/12/1984 limitant le regroupement familial. Atteintes justifiées par les nécessités de l'ordre public, de la santé publique et de la protection sociale des intéressés <sup>33</sup>.

31 mars 1989, **Département de la Seine c/ époux Sawruk**, Rec. CE p. 107.

Le régime d'autorisation d'adoption d'enfants étrangers (Circ. 25/7/1973, régime antérieur à la L. 85-772 de 1985) dit « attestation réglementaire » est dépourvu de base légale. Tout refus d'adoption sous ce régime doit en conséquence être annulé <sup>34</sup>.

30 juin 1989, **Ville de Paris et BAS de Paris c/ Lévy**, Rec. CE p. 157. Confirme

implicitement l'arrêt du TA de Paris du 19 mars 1986. La ville de Paris peut décider d'accorder une prestation familiale non obligatoire, mais ne peut pas décider de la réserver aux seuls nationaux. Une telle discrimination qui n'est pas la résultante de la loi et qui ne s'appuie sur aucun élément objectif ne serait légale que si elle répondait à un but d'intérêt général. Le but recherché par l'allocation est de favoriser les familles nombreuses françaises dans la capitale. Il ne peut être considéré comme répondant à une nécessité d'intérêt général justifiant la discrimination (mais le Conseil d'Etat n'évoque pas expressément la question des compétences démographiques locales) <sup>35</sup>.

24 novembre 1989, **époux Masamba**, Rec. CE p. 730.

Conditions de logement pour un regroupement familial.

<sup>32</sup> AJDA 1986 p. 421 (chron. Azibert & de Boisdeffre) ; D. 1986 p. 354 (information rapide Llorens) ; Dr. soc. 1986 p. 725 (concl. Massot) ; RD sanit. soc. (obs. Moneger)..

<sup>33</sup> AJDA 1987 p. 54 (note Richer) ; D. 1987 p. 192 (somm. commenté Llorens).

<sup>34</sup> Rapp. CE, 22/3/1991, Epoux Roger.

<sup>35</sup> Dr. soc. 1989 p. 767 (note Prétot) ; RFD adm. 1990 p. 575 (concl. Lévis) ; V. arrêt TA *infra*.



7 mars 1990, **UNAF**, Rec. CE p. 541.

Valeur de la protection familiale dans le Préambule de 1946 (principe constitutionnel).

6 avril 1990, **Malek Liaquat**, req. n° 94320.

Les moyens tirés de la situation familiale de l'étranger sont inopérants dans le contentieux des titres de séjour.

Ass., 29 juin 1990, **GISTI**, Rec. CE p. 171.

Regroupement familial dans le cadre de l'accord franco-algérien. Appréciation de l'enfant mineur en fonction de la conception française (18 ans). Interprétation de l'accord par le juge (abandon de la jurisprudence du renvoi préjudiciel au ministre pour interprétation) <sup>36</sup>.

Ass., 29 juin 1990, **Olmos Quintera & Imambaccus** (2 espèces).

Prise en compte de la situation familiale dans le contentieux d'une reconduite à la frontière. L'autorité administrative doit faire prévaloir la situation familiale sur l'ordre public dans des cas d'une exceptionnelle gravité. Contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Revirement sur l'arrêt du 6/4/90 <sup>37</sup>.

20 juillet 1990, **Préfet de la Haute-Savoie c/ Cavdar**.

Prise en compte de la situation familiale dans le contentieux de la reconduite à la frontière. Constitue une erreur manifeste d'appréciation le fait pour l'administration de ne pas tenir compte de la situation de grossesse et de la santé fragile du conjoint <sup>38</sup>.

Prés. de la sect. du contentieux, 28 septembre 1990, **Préfet de la Corrèze c/ Madame Ermiser**.

Conditions de ressources pour un regroupement familial.

Sous-sect. réunies, 24 octobre 1990, **Ragusi**, Rec. CE p. 290.

Contrôle entier sur le refus de délivrer un titre de séjour pour raison d'ordre public à un ressortissant communautaire <sup>39</sup>.

Ass., 21 décembre 1990, **CNAFC**, Rec. CE p. 369.

Intérêt d'une association familiale à attaquer un décret autorisant la mise sur le marché d'une pilule abortive. Contrôle au fond entre la loi du 17/1/1975 (loi Veil), et les dispositions

---

<sup>36</sup> GAJA n° 118 (avec bibliographie).

<sup>37</sup> AJDA 1990 p. 746 (chron. Honorat & Schwartz p. 709) ; JCP 1991.II.21657 (note Guimezanes) ; Rev. crit. DIP 1990 p. 682 (note Turpin) ; RFD adm. 1990 p. 530 (concl. Faugère).

<sup>38</sup> AJDA 1990 p. 747 (chron. p. 709).

<sup>39</sup> AJDA 1991 p. 322 (concl. Abraham) ; RTD eur. 1991 p. 301 (concl. Abraham).

antérieures de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 2 : droit à la vie) et du Pacte sur les droits civils et politiques de 1966 ; absence d'incompatibilité <sup>40</sup>.

18 janvier 1991, **Beldjoudi**, Rec. CE p. 18.

L'article 8 de la Convention de Strasbourg est directement applicable. Revirement sur l'arrêt du 25/7/1980. En l'espèce, l'ordre public prévaut sur la vie familiale <sup>41</sup>.

20 mars 1991, **Ministre de l'Intérieur c/ Madame Lamraoui**, Rec. CE p. 94.

Le droit au regroupement familial étant subordonné à la production d'un certificat médical établi dans le pays d'origine, un certificat médical obtenu en France n'ouvre pas droit au regroupement <sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> Lachaume, *Grandes décisions*, p. 47 ; Rec. CE (concl. Stirn) ; AJDA 1991 p. 91 (note CM, FD & YA) ; D. 1991 p. 283 (note Sabourin) ; RD publ. 1991 p. 525 (note Auby) ; RFD adm. 1990 p. 1065 (concl. Stirn) ; RUDH 1991.1 (note Ruiz-Fabri). *Adde* Sect. CE 25/1/91, *CNAFC*, AJDA 1991 p. 362 (chron. Schwartz & Maugué) : confirmation de l'intérêt à agir dans la même affaire, réception des arguments au fond (défaut du pouvoir du ministre pour exiger la mise sur le marché du produit abortif) et CE, 26 octobre 1992, *CNAFC*, Jade.

<sup>41</sup> Cahiers de l'IDEDH de Montpellier I, 1/1992 p. 33 (obs. Poirot-Mazères & Sudre) ; JCP 1991.IV.131. V. la position de la Cour de Strasbourg (26/3/1992, *supra*).

<sup>42</sup> *Adde* CE, 24/2/1992, Amine, rec. CE p. 73.

22 mars 1991, **Epoux B.**, Rec. CE p. 982.

Compétence du juge administratif pour connaître des litiges relatifs à un refus d'agrément à adoption. Droit à une seconde enquête après un tel refus.

Ass., 19 avril 1991, **Belgacem**, Rec. CE p. 152.

Contrôle de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte à la vie familiale et la nécessité de la défense de l'ordre public (expulsion) <sup>43</sup>.

Ass., 19 avril 1991, **Madame Babas**, Rec. CE p. 162.

Contrôle de proportionnalité entre la gravité de l'atteinte à la vie familiale et la nécessité de la défense de l'ordre public (reconduite à la frontière) <sup>44</sup>.

Prés. de la sect. du contentieux, 15 mai 1991, **Préfet des Yvelines c/ Madame Tréheux**, Rec. CE p. 984.

L'atteinte à la vie familiale suppose l'existence d'une communauté de vie.

8 juillet 1991, **Ministre de l'Intérieur c/ Debbouza**, Rec. CE p. 984.

Un célibataire sans famille à charge ne peut se prévaloir de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

8 juillet 1991, **Ministre de l'Intérieur c/ Faker**, Rec. CE p. 275.

Un étranger qui pourrait poursuivre hors de France une vie familiale normale ne peut invoquer l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pour faire obstacle à son expulsion.

Prés. de la sect. du contentieux, 26 juillet 1991, **Préfet de la Moselle c/Mlle Hadad**, Rec. CE p. 984.

Des circonstances particulières peuvent faire qu'un enfant majeur ne pouvant bénéficier du regroupement familial subirait néanmoins une atteinte à sa vie familiale normale s'il était expulsé.

Prés. de la sect. du contentieux, 11 octobre 1991, **Mademoiselle Laïb**, Rec. CE p. 984.

---

<sup>43</sup>AJDA 1991 p. 551 (note Julien-Laferrrière) ; Cah. dr. eur. 1991 p. 549 (note Nguyen Van Tuong) ; JCP 1991-II-21757 (note Nguyen Van Tuong) ; Petites affiches 8/7/1991 (note Reydellet) ; Petites affiches 1992, n° 155, p. 17 (note Icard) ; Rev. adm. 1991 p. 239 (note Ruiz-Fabri) ; Rev. crit. DIP 1991 p. 677 (note Turpin) ; RFD adm. 1991, n° 3, p. 497 (concl. Abraham) ; RGDI publ. 1991 p. 800 (concl. Abraham) ; RUDH 1991 p. 242 (concl. Abraham). *Adde*, AJDA 1991 p. 695 (chron. Maugué & Schwartz : ensemble de la jurisprudence qui a suivi les arrêts *Beldjoudi*, *Belgacem* & *Babas*) & p. 741 (note Prétot sous TA Versailles 2/7/1991).

<sup>44</sup> *Id.*

Les enfants majeurs ne bénéficient pas du regroupement familial.

Sect., 4 novembre 1991, **Epoux H.**, Rec. CE p. 361.

Le juge administratif procède à un contrôle entier sur l'acte de refus d'agrément à adoption. Garanties sur le plan familial pour une adoption <sup>45</sup>.

Sect., 4 novembre 1991, **Président du Conseil général des Yvelines c/ Mlle L.**, Rec. CE p. 372.

Appréciation des motivations de l'adoptant <sup>46</sup>.

Sect., 4 novembre 1991, **Epoux C.**, Rec. CE p. 373.

L'état de santé de l'adoptant peut faire obstacle à ce qu'il offre des garanties suffisantes pour un agrément <sup>47</sup>.

15 novembre 1991, **Madame Costa épouse Strasser**, Rec. CE p. 983.

Le fait qu'un décret fasse référence à la notion légalement abandonnée de chef de famille pour le versement d'une indemnité due à une personne mariée n'autorise pas à considérer cette femme mariée comme une célibataire.

25 novembre 1991, **Harres**, Rec. CE p. 984.

Pour un étranger, le fait que sa famille réside en France est insuffisant pour qu'il puisse se prévaloir d'une vie familiale normale : il doit justifier de l'effectivité de cette vie.

10 janvier 1992, **Ministre de l'Intérieur c/ Estèves-Temporao**.

Personnes bénéficiant du regroupement familial selon les dispositions communautaires <sup>48</sup>.

3 février 1992, **Belrhalla**, Rec. CE p. 1041.

N'est pas disproportionnée eu égard à sa vie familiale l'expulsion d'un étranger criminel récidiviste alors même qu'il n'a aucune attache familiale hors de France. Confirmation de la jurisprudence *Beldjoudi* du Conseil d'Etat (18/1/1991) <sup>49</sup>.

Prés. de la sect. du contentieux, 14 février 1992, **Préfet du territoire de Belfort c/ Sais**, Rec. CE p. 1040.

---

<sup>45</sup> AJDA 1992 p. 65 (concl. Hubert). *Adde* pour confirmation et affinement de cette jurisprudence CE 17/2/1993, Département de la Seine Saint-Denis, Département de Seine-et-Marne, et Département de la Savoie (Jade, 3 espèces).

<sup>46</sup> *Id.*

<sup>47</sup> *Id.*

<sup>48</sup> JCP 1992.IV.1131 (obs. Rouault) ; RFD adm. 1992 p. 357.

<sup>49</sup> Du même jour *El Baied* (Rec. CE p. 1040) : légalité de l'expulsion d'un criminel alors qu'il est marié et père de six enfants dont cinq nés en France.

Ne justifie pas d'une vie familiale en France un étranger en instance de divorce avec une ressortissante française qu'il a épousée après l'entrée sur le territoire, alors même qu'il vivrait en concubinage avec une autre ressortissante française dont il attend un enfant.

13 mars 1992, **Kishore**, Rec. CE p. 1038.

Application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au contentieux de l'expulsion en urgence absolue (atteinte non disproportionnée).

Sect., 10 avril 1992, **Aykan**, Rec. CE p. 152.

Application de l'art. 8 de la Convention européenne pour une demande de visa (atteinte non disproportionnée) <sup>50</sup>.

Sect., 10 avril 1992, **Marzini**, Rec. CE p. 154.

Application de l'art. 8 de la Convention européenne dans le cadre d'un refus de renouvellement de carte de séjour (atteinte non disproportionnée) <sup>51</sup>.

Sect., 10 avril 1992, **Minin**, Rec. CE p. 156.

Application de l'art. 8 de la Convention européenne dans le cadre d'un refus d'abrogation d'expulsion (atteinte non disproportionnée) <sup>52</sup>.

15 avril 1992, **Préfet de la Haute-Loire c/ Cifci**, Rec. CE p. 1040.

Application de la jurisprudence Babas (19/4/1991). Atteinte injustifiée à la vie familiale.

---

<sup>50</sup> AJDA 1992 p. 332 (chron. Maugué & Schwartz) ; JCP 1992.IV. (obs. Rouault) ; Rev. adm. 1992 p. 416 (note Ruiz-Fabri) ; RFD adm. 1993 n° 3 p. 541 (concl. Denis-Linton).

<sup>51</sup> *Id.*

<sup>52</sup> *Id.*

Sous-sect. réunies, 24 avril 1992, **Département du Doubs c/ époux F.**, Rec. CE p. 195.

L'administration peut se fonder pour refuser un agrément à adoption sur l'adhésion expresse des candidats à la doctrine des Témoins de Jéhovah en matière de transfusion sanguine. Cette adhésion sur ce point atteste une insuffisance des garanties offertes en ce qui concerne l'accueil de l'enfant. Le refus n'est pas par suite entaché d'un détournement de pouvoir : l'acte n'est pas pris sur le (seul ?) fondement des opinions religieuses des requérants <sup>53</sup>.

24 avril 1992, **Département du Loiret c/ T.**, Rec. CE p. 1037. L'administration commet un excès de pouvoir en estimant que les conceptions familiales d'un homme célibataire font obstacle à ce qu'il lui soit accordé l'agrément à adoption, alors que par ailleurs il offre des garanties psychologiques, éducatives, etc.

13 mai 1992, **Ndombe Eboa**, Rec. CE p. 1040.

L'art. 8 de la Convention européenne est applicable aux étrangers en situation irrégulière demandant un titre de séjour en qualité de travailleur salarié. Constitue une atteinte disproportionnée au respect de sa vie familiale le refus opposé à un étranger marié à une ressortissante française qui attend de lui un enfant <sup>54</sup>.

13 mai 1992, **Serend**, Rec. CE p. 1040.

Intégration de la jurisprudence *Moustaquim* de la Cour européenne des droits de l'homme. Est injustifiée l'expulsion d'un étranger résidant en France avec sa famille depuis longtemps et n'ayant pas commis d'infraction depuis sa jeunesse.

Sous-sect. réunies, 22 mai 1992, **Madame Larachi**, Rec. CE p. 203.

Une requérante majeure étrangère qui pourrait emmener avec elle dans son pays son fils mineur né en France d'un père français ne peut se prévaloir du non-respect de sa vie familiale par l'Etat qui lui refuse une carte de séjour. Application du droit de la Convention européenne à un cas régi par une convention bilatérale (accord franco-algérien) <sup>55</sup>.

29 juin 1992, **Laffore**, Rec. CE p. 1037.

---

<sup>53</sup> D.1993 p. 234 (note Rouvière-Perrier) ; R D sanit. soc. 1992 p. 712 (concl. contraires Hubert) ; RTD civ. 1992.550 (obs. Hauser).

<sup>54</sup> Petites affiches 1993 n° 78 p. 38 (note Haim). Dans une affaire Bonifacio Lucena du 1/4/92, le Conseil d'Etat avait appliqué sa jurisprudence antérieure, estimant que le préfet était tenu de refuser la délivrance du titre dès lors que l'étranger ne pouvait se prévaloir d'un séjour régulier, quelle que soit sa situation familiale.

<sup>55</sup> RD publ. 1992 p. 1794 (concl. Abraham). V. du même jour hors du régime de l'accord franco-algérien *Ministre de l'Intérieur c/ Zine El Khalma* (Rec. CE p. 1040 ; RFD adm 1992 p. 774) : non-respect de la vie familiale pour un refus de délivrer un certificat de résidence à la mère d'un enfant français, dont les parents résidaient aussi en France, et où elle se trouvait sous couvert d'une autorisation provisoire de séjour.

L'échec d'une tentative d'adoption n'est pas à elle seule suffisante pour justifier que soit abrogé l'agrément accordé.

26 octobre 1992, **Ministre du Budget c/ Fédération des Familles du Finistère**, Rec. CE p. 893.

Régime fiscal applicable aux activités d'une association familiale.

Sect., 6 novembre 1992, **Perrault**, Rec. CE p. 398.

Eu égard au droit actuel, les textes faisant référence au « chef de famille » doivent être appliqués à tout fonctionnaire, quel que soit son sexe (Rappr. 15 novembre 1991) <sup>56</sup>.

30 novembre 1992, **Picardo** (Jade).

Possibilité en application de la L. 86-1383 du 31/12/1986 de substituer en partie, pour les départements d'outre-mer, le financement d'actions collectives d'intérêt social au versement direct des prestations familiales.

23 juin 1993, **Bouchelkia**, Rec. p. 829.

Limites de la jurisprudence *Moustaquim-Serend (supra)* : ne constitue pas une atteinte excessive à sa vie familiale eu égard à sa dangerosité l'expulsion en urgence absolue d'un étranger condamné à 5 ans d'emprisonnement pour viol sous la menace d'une arme <sup>57</sup>.

---

<sup>56</sup> JCP 1993-II-22055 (concl. Lasvignes). *Adde* : 28/7/1993, Mme Dupuy, Rec. p. 244 ; 11/3/1994, Mme Cazalas, req. n° 137575.

<sup>57</sup> Limites confirmées à propos d'un étranger coupable d'attaques à mains armées (CE, 23/2/1994, *Ministre de l'Intérieur c/ Boukhari*, D. 1994.477, somm. comm. F. Julien-Laferrière) ou de vols et de violences (CE, 8/4/1994, *Zehar*, *ibid* ).

9 juillet 1993, **FFF et autres**, Rec. CE p. 829.

Le juge administratif exerce un contrôle restreint sur la revalorisation des bases mensuelles de calcul des allocations familiales. Ces bases n'ont pas à être indexées sur l'augmentation des prix <sup>58</sup>.

12 juillet 1993, **Ministère de la Solidarité, de la Santé et de la Protection sociale C/ Aggad**, Rec. CE p. 215.

Le moyen tiré de ce qu'un refus d'autorisation de travail méconnaîtrait les dispositions de l'art. 8 de la Convention européenne est inopérant.

Sect., 3 décembre 1993, **Département de Seine-et-Marne**, Rec. CE p. 335.

Conditions procédurales d'un refus d'agrément à adoption <sup>59</sup>.

10 décembre 1993, **Département du Pas-de-Calais**, Rec. CE p. 828.

Un refus d'agrément à adoption ne peut être motivé par le seul examen de l'âge des candidats. Néanmoins, il est possible de tenir compte de cet âge pour apprécier les conditions d'accueil que ceux-ci offrent.

29 décembre 1993, **Préfet des Yvelines c/ Mademoiselle Bali**, Rec. CE p. 382.

L'arrêté de reconduite à la frontière d'une personne ayant vécu en France durant presque toute sa vie, dont la famille réside en France et qui n'a pas d'attache dans son pays d'origine porte atteinte à sa vie familiale. Confirmation de la jurisprudence *Moustaquim-Serend* (*supra*) <sup>60</sup>.

18 février 1994, **Mme Francous**.

La procédure d'agrément en matière d'adoption est applicable à l'adoption d'enfants étrangers. Le président du Conseil général peut refuser cet agrément s'il apparaît que l'enfant est moins désiré pour lui-même que pour mettre fin à la solitude de l'intéressée <sup>61</sup>.

Section, 13 mai 1994, **Mme Ben Youcef**.

Confirmation de la jurisprudence *Moustaquim-Serend*. Annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière dans un cas de famille naturelle, parce que la personne n'avait plus de lien effectif avec sa famille dans son pays d'origine. Mais le Conseil d'Etat note toutefois que la requérante s'est mariée avec son concubin quelques semaines après la signature de l'arrêté <sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Rapp. J. Bichot (Président de la FFF) : *Revalorisation des prestations familiales : la loi du 12 juillet 1977 et son application*, Dr. soc. 1993, n° 5, p. 482 et s.

<sup>59</sup> AJDA 1994 p. 79 ; D. 1994.IR.50 ; RFD adm. 1994 p. 202.

<sup>60</sup> D. 1994-IR-39 ; D. 1994.478 (somm. comm. F. Julien-Laferrière) ; RFD adm. 1994 p. 195.

<sup>61</sup> D. 1994-IR-78 ; RFD adm. 1994 p. 406.

<sup>62</sup> RFD adm. 1994 p. 838.



## ***B - Tribunaux administratifs.***

Paris, 19 mars 1986, **Lévy**, Rec. CE p. 308.

La ville de Paris peut décider d'accorder une prestation familiale non obligatoire, mais ne peut pas décider de la réserver aux seuls nationaux. Une telle discrimination, qui n'est pas la résultante de la loi, et qui ne s'appuie sur aucun élément objectif, ne serait légale que si elle répondait à un but d'intérêt général. Ce but ne peut être ici qu'une politique nataliste qu'il n'appartient pas à une collectivité locale de définir ou de poursuivre <sup>63</sup>.

Nice, 6 mai 1987, **Ville de Menton**, Rec. CE p. 473.

Il n'appartient pas à un conseil municipal d'intervenir dans le domaine de la politique démographique. Confirme Paris 19 mars 1986 <sup>64</sup>.

Nancy, 15 mai 1987, **Madame Patentini**, (Jade).

Responsabilité de la puissance publique pour le refus d'habilitation d'un salarié de l'UDAF comme délégué aux tutelles aux prestations sociales.

Besançon, 19 octobre 1989, **UDAF du Jura**, req. n° 16333, inédit.

Désignation du délégué familial dans un CCAS.

Lyon, 27 décembre 1990, **Demiralay**, req. n° 90-01487, inédit.

Application de l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme dans un contentieux concernant un refus de délivrance de carte de résident.

Grenoble, 26 juillet 1991, **Association sauvegarde de Voreppe**, Jade.

Action d'une association familiale en matière d'environnement.

Nancy, 3 décembre 1991, **Achouri**.

Application de l'art. 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme malgré l'existence d'une convention bilatérale contraire (Convention franco-tunisienne). Contrôle de

---

<sup>63</sup> Dr. Soc. 1986 p. 488 (obs. Prétot).

<sup>64</sup> RD sanit. soc., 1988, p. 585.

proportionnalité dans le cadre d'un refus de titre de séjour (vie familiale/ bien être économique du pays) <sup>65</sup>.

Lyon, 16 avril 1992, **Bourezgue**.

Primauté de l'art. 8 sur une convention bilatérale (Convention franco-algérienne) dans un contentieux concernant le refus de renouvellement d'une carte de séjour. Examen de l'atteinte à la vie familiale de l'enfant français de l'étranger visé par le refus, sur lequel celui-ci exerce l'autorité parentale (aboutit aux mêmes résultats pratiques que ceux prescrits par l'Ord. de 1945 inapplicable ici) <sup>66</sup>.

Lyon, 17 février 1993, **Consorts Bensalem**, Rec. CE p. 829.

La Convention de New-York sur les droits de l'enfant ne produit pas d'effet direct à l'égard des particuliers ; ses stipulations ne peuvent être invoquées à l'encontre de l'Etat dans le contentieux de la police des étrangers.

## 4 - Ordre Judiciaire.

### A - Cour de Cassation <sup>67</sup>.

#### 1 - Assemblée plénière.

19 mai 1978, **Dame Roy c/ Association pour l'éducation populaire Sainte-Marthe**.

Admission de dérogations à la liberté du mariage dans les entreprises à tendance <sup>68</sup>.

11 décembre 1992, **x c/ Proc. gén. Aix en Provence**.

Les transsexuels ont le droit d'obtenir la modification d'indication de leur sexe sur les actes état civil. Implicitement, autorise leur mariage <sup>69</sup>.

---

<sup>65</sup> Petites affiches 1992, n° 152, p. 13 (note Petit). Confirme la jurisprudence du Conseil d'Etat non publiée antérieure à 1991 (ex : 15/11/89, req. 106412).

<sup>66</sup> Petites affiches 1993, n° 97, p. 28 (note Berthoud).

<sup>67</sup> Les décisions sans référence sont disponibles sur C.D. Rom Lexis.

<sup>68</sup> D. 1978.541 (concl. Schmelck & note Ardant) ; D. 1978.IR.391 (obs. Pelissier) ; Gaz. pal. 1978.2.464 (note Viatte) ; JCP 1978.II.19009 (rapp. Sauvageot & note Lindon).

<sup>69</sup> D. 1993, IR, 1 ; JCP 1993-II-21991 (concl. Jéol & note Mémeteau) ; RTD civ. 1993 p. 99 (obs. Hauser). Fait suite à l'arrêt de la Cour de Strasbourg du 25/3/92 : B c/ France, *supra*.

7 mai 1993, **Sté SNC CUUF et Cie c/ Syndicat de la nouveauté**.

Appréciation de l'intérêt collectif des syndicats de manière simplifiée et élargie. Solution susceptible d'être étendue à l'action familiale en justice <sup>70</sup>.

## 2 - Chambres civiles.

1<sup>ère</sup> ch., 21 juillet 1987. Arrêt N° 944, **pourvoi N° 85-15.044**.

Référé d'une association familiale sur la moralité d'un film.

1<sup>ère</sup> ch., 10 janvier 1990. Arrêt n° 25, **pourvoi n° 88-14.235**.

Référé d'une association familiale sur la moralité d'un film.

1<sup>ère</sup> ch., 10/3/1993, **Lejeune**.

Inapplicabilité directe de la Convention de New-York sur les droits de l'enfant <sup>71</sup>.

## 3 - Chambre criminelle.

20 décembre 1951, **Kneib**, Bull. crim. p. 585.

Habilitation des UDAF à exercer devant toutes les juridictions les droits réservés à la partie civile relatifs aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles (ord. 1945). Réception en matière d'infraction à la qualité du lait (détention de lait toxique).

17 juin 1954, **Vigne**.

Habilitation des UDAF à exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile relatifs aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles (ord. 1945). Refus en matière d'infraction à la qualité de la viande : le préjudice invoqué par les UDAF doit être différent du préjudice social dont le ministère public poursuit la réparation <sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> D. 1993.437 (conclusions Jéol).

<sup>71</sup> JCP 1993.I.3677 (note très critique Neirinck & Martin : *Un traité bien mal traité*). V. pour une interprétation différente D. 1993, chr. LIV p. 203 (Rondeau-Rivier : *Un traité mis hors jeux*). Adde D.1994.34 (sommaire commenté Dekeuwer-Défossez) ; RD san. soc. 1993 p. 533 (note Monéger). La décision a été confirmée le 2/6/1993 (sommaire précité Dekeuwer-Défossez) et le 15/7/1993 (2 espèces : D. 1993.IR.209 & JCP 1994.II.22219 - note Benhamou ; D. 1994.192 - note Massip).

<sup>72</sup> D. 1955.505.

26 mai 1971, **Voeglin**.

Habilitation des UDAF à exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile relatifs aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles (ord. 1945). Réception en matière d'infraction à la qualité du beurre : le préjudice invoqué par les UDAF doit être différent du préjudice social dont le ministère public poursuit la réparation <sup>73</sup>.

10 juillet 1973, **Le Guiader et autres**.

L'habilitation générale des UDAF et UNAF à exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile relatifs aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles (ord. 1945) ne concerne pas le domaine dérogatoire de l'outrage aux bonnes mœurs, pour la défense duquel les UDAF et UNAF doivent préalablement être agréées pour agir <sup>74</sup>.

23 octobre 1979, **UNAPEI**.

Les prérogatives en matière d'action civile ne sont accordées par l'ord. de 1945 qu'aux seules UNAF et UDAF <sup>75</sup>. Ne peuvent en bénéficier les associations familiales qui y adhèrent <sup>76</sup>.

3 septembre 1992, **pourvoi n° 91-86.591**.

Une UDAF est habilitée, en vertu de l'article 3 du code de la famille et de l'aide sociale, à exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits de nature à nuire aux intérêts moraux et matériels des familles. Application en matière de consommation sans recours à l'agrément consommation.

---

<sup>73</sup> Gaz. Pal. 1971-1-502.

<sup>74</sup> D. 1974 p. 242 (note critique Maury) ; JCP 1974-I-17728 (note favorable Blin). V. aussi TGI Paris 8/11/1976 *infra*.

<sup>75</sup> V. aussi : Cass. crim. , 20/12/1977, AFC Grenoble, Bull. crim. p. 1072.

<sup>76</sup> D. 1980.IR.142.

17 novembre 1992, **pourvoi N° 91-84.848.**

Intérêt à agir pour une association familiale. Outrages aux bonnes moeurs, minitel rose.

### ***B - Cours d'Appel.***

Lyon Pénal, 22 janvier 1964, **Procureur général et UDAF c/ dame Lebart et Soc. Omnium cinéma.**

Habilitation des UDAF à exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile relatifs aux faits de nature aux intérêts moraux et matériels des familles (ord. 1945). Réception en matière d'atteinte à la décence <sup>77</sup>.

Toulouse pénal, 14 février 1991, **n°149**, inédit.

Action civile d'une UDAF en tant qu'association agréée de consommateurs.

### ***C - Autres tribunaux judiciaires.***

TGI Paris (17<sup>e</sup> chambre), 8 novembre 1976, **Korber et autres.**

L'habilitation générale des UDAF et UNAF à exercer devant toutes les juridictions tous les droits réservés à la partie civile relatifs aux faits de nature aux intérêts moraux et matériels des familles (ord. 1945 modifiée L. 1975) englobe le domaine de l'outrage aux bonnes moeurs . Tire les conséquences de la réforme de 1975 pour infirmer la jurisprudence antérieure (Cass. crim. 10/7/1973, *supra*) <sup>78</sup>.

TGI Rochefort/mer, ordonnance du juge aux affaires matrimoniales, 27 mars 1992, **Mme Virginie X. c. M. Jean-Paul Y.**

---

<sup>77</sup> Gaz. Pal. 1964-1-324.

<sup>78</sup> D. 1977p. 320 (note Rolland).

L'attribution (L. du 22/7/1987) de l'autorité parentale dans la famille naturelle à la mère si les deux parents ont reconnu l'enfant est contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme <sup>79</sup>.

---

<sup>79</sup> JCP 1992-II-21885 (note Garé).

## **ANNEXE 3 : DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES CONCERNANT LA FAMILLE.**

Nous proposons, pour illustration et sans prétendre à l'exhaustivité, des extraits significatifs d'énoncés constitutionnels ayant la famille pour objet, selon 3 axes :

- Histoire constitutionnelle française ;
- Bloc de constitutionnalité positif ;
- Constitutions étrangères <sup>1</sup>.

### **1 - Histoire constitutionnelle française.**

**Constitution du 4 novembre 1848 (II<sup>e</sup> République),** Préambule, art. IV :

« [La République] a pour principe la Liberté, l'Egalité et la Fraternité.

Elle a pour base la Famille, le Travail, la Propriété, l'Ordre Public ».

**Loi constitutionnelle du 10 juillet 1940 (loi des pleins pouvoirs),** art. unique :

« L'Assemblée nationale donne tout pouvoir au Gouvernement de la République, sous l'autorité et la signature du maréchal Pétain, à l'effet de promulguer par un ou plusieurs actes une nouvelle constitution de l'Etat français. Cette constitution devra garantir les Droits du travail, de la Famille et de la Patrie [...] ».

**Projet de Constitution du maréchal Pétain :**

---

<sup>1</sup> On se reportera pour complément aux divers travaux de l'Association Henri Capitant cités en bibliographie et notamment aux rapports de droit constitutionnel présentés dans : *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, T. XXXIX, Economica, 1988.

Art. 5 « L'Etat reconnaît les droits des communautés spirituelles, familiales, professionnelles et territoriales au sein desquelles l'homme prend le sens de sa responsabilité sociale et trouve appui pour la défense de ses libertés ».

Art. 6 « [...] Sauf dans les élections de caractère professionnel, un suffrage supplémentaire est attribué aux chefs de familles nombreuses en raison de leurs responsabilités et de leurs charges ».

Art. 21, 2° « [La loi] institue le vote familial sur la base suivante <sup>2</sup> : le père ou, éventuellement, la mère, chef de famille de trois enfants et plus, a droit à un double suffrage. [Ces règles] sont applicables aux élections des Conseils provinciaux, départementaux et municipaux ».

**Projet constitutionnel du 19 avril 1946 (rejeté), Déclaration des droits de l'homme :**

Art. 24 « La Nation garantit à la famille les conditions nécessaires à son libre développement.

Elle protège également toutes les mères et tous les enfants par une législation et des institutions sociales appropriées.

Elle garantit à la femme l'exercice de ses fonctions de citoyenne et de travailleuse dans des conditions qui lui permettent de remplir son rôle de mère et sa mission sociale ».

Art. 37 « La participation de chacun aux dépenses publiques doit être progressive et calculée en fonction de l'importance de la fortune et des revenus, compte tenu des charges familiales ».

**Projet de loi constitutionnelle du 27 avril 1969 (rejeté), art. 65, B :**

« Les sénateurs représentant la famille sont désignés par l'UNAF. Toutefois, des sénateurs sont également désignés au titre de cette catégorie par les associations nationales représentatives de parents d'élèves. La moitié au moins des sénateurs désignés par l'UNAF doivent être de sexe féminin ».

## **2 - Bloc constitutionnel positif français.**

**Constitution du 27 octobre 1946, Préambule :**

---

<sup>2</sup> On notera qu'il s'agit en fait d'un vote plural et d'un suffrage familial.



Alinéa 10 « La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ».

Alinéa 11 « Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère, et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs [...] ».

### 3 - Constitutions étrangères.<sup>3</sup>

#### Allemagne :

*Constitution du 11 août 1919*, art. 119 (Constitution de Weimar) « Le mariage en tant que fondement de la vie de famille, de la conservation et de l'accroissement de la Nation, est placé sous la protection particulière de la Constitution. Il repose sur l'égalité des droits des deux sexes. Il incombe à l'Etat et aux communes de veiller à la pureté, à la santé et à l'amélioration sociale de la famille. Les familles nombreuses ont droit à des mesures qui compensent leurs charges. La maternité a droit à la protection et à la sollicitude de l'Etat ».

*Loi fondamentale du 23 mai 1949*, art. 6, « 1 - Le mariage et la famille bénéficient de la protection particulière de l'ordre politique.

2 - Les soins à donner aux enfants et l'éducation de ceux-ci sont un droit naturel des parents et une obligation qui leur échoit en premier lieu. L'accomplissement de ce devoir est surveillé par la communauté nationale.

3 - Les enfants ne peuvent être séparés de leur famille contre le gré de ceux qui ont la charge de leur éducation qu'en vertu d'une loi, lorsque ces derniers manquent à leur devoir ou lorsque les enfants risquent d'être laissés à l'abandon pour d'autres motifs.

4 - Toute mère a droit à la protection et à l'assistance de la communauté.

5 - La législation doit assurer aux enfants naturels les mêmes conditions qu'aux enfants légitimes en ce qui concerne leur développement physique et moral et leur situation sociale ».

#### Chine :

*Constitution de la République populaire de Chine du 4 décembre 1982*, art. 49 « Le mariage, la famille, la mère et l'enfant sont protégés par l'Etat.

Le mari comme la femme ont le devoir de pratiquer le planning familial.

---

<sup>3</sup> Le recensement est exhaustif pour les constitutions des pays de l'Union européenne contenant des dispositions sur la famille.

Les parents ont le devoir d'éduquer leurs enfants mineurs, et les enfants ayant atteint l'âge de la majorité de prendre soin de leurs parents ».

**Egypte :**

*Constitution du 11 septembre 1971*, art. 19 « La famille est le fondement de l'Etat ; elle est établie sur la religion, les mœurs, le patriotisme ».

**Espagne :**

*Constitution du 29 décembre 1978*, art. 18-1 « sont garantis le droit à [...] l'intimité familiale ».

*Constitution du 29 décembre 1978*, art. 20 « les libertés trouvent leurs limites dans [...] les prescriptions des lois qui développent [...le respect] du droit à la protection de la jeunesse et de l'enfance ».

*Constitution du 29 décembre 1978*, art. 39 « 1 - Les pouvoirs publics assurent la protection sociale, économique et juridique de la famille.

2 - Les pouvoirs publics assurent pareillement la protection intégrale des enfants, égaux devant la loi, indépendamment de leur filiation, et des mères, quelle que soit leur situation de famille. La loi rend possible la recherche de paternité.

3 - Les parents doivent prêter assistance de tous ordres aux enfants qu'ils ont eu dans ou hors mariage, durant leur minorité ou dans tous les autres cas légalement nécessaires.

4 - Les enfants en bas âge bénéficieront de la protection prévue par les accords internationaux qui veillent sur leurs droits».

**Grèce :**

*Constitution du 11 juin 1975*, art. 9 « La vie privée et familiale de l'individu est inviolable ».

*Constitution du 11 juin 1975*, art. 21 « 1- La famille, en tant que fondement du maintien et de la progression de la Nation, ainsi que le mariage, la maternité et l'enfance sont sous la protection de l'Etat.

2 - Les familles nombreuses [...] ont droit à un soin particulier de la part de l'Etat ».

**Iran :**

*Constitution de la République islamique de l'Iran du 4 décembre 1980*, § 10 « Comme la famille est l'unité fondamentale de la communauté islamique, toutes les lois, tous les règlements et les programmes y relatifs doivent être élaborés pour faciliter la création de la famille, la préservation de sa pureté et l'affermissement des relations familiales sur la base du droit et de la morale islamiques ».

*Constitution de la République islamique de l'Iran du 4 décembre 1980*, § 21-3 « Le gouvernement garantit les droits de la femme [...] et applique les dispositions suivantes [...] : création d'une saine justice de l'essence et de la stabilité de la famille ».

**Irlande :**

*Constitution du 1<sup>er</sup> juillet 1937*, art. 41 « 1-1 L'Etat reconnaît la famille comme le groupement primaire, naturel et fondamental de la société et comme une institution morale possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs à toute loi positive.

1-2 A cet effet, l'Etat garantit la protection de la constitution et de l'autorité de la famille, base nécessaire à l'ordre social et indispensable au bien-être de la Nation et de l'Etat.

2-1 En particulier, l'Etat reconnaît que par la vie dans son foyer, la femme donne à l'Etat un soutien sans lequel le bien commun ne peut-être obtenu.

2-2 A cet effet, l'Etat tentera d'empêcher que les nécessités économiques ne forcent les mères de famille à travailler en négligeant les devoirs de leur foyer.

3-1 L'Etat promet solennellement de veiller avec une attention spéciale à l'institution du mariage sur laquelle la famille est fondée et de la protéger contre toutes les attaques.

3-2 Aucune loi accordant la dissolution du mariage ne pourra être adoptée.

3-3 Aucune personne dont le mariage a été dissous selon la loi civile d'un autre Etat, mais dont le mariage continue à être valable selon la loi en vigueur à cette époque à l'intérieur de la juridiction [d'Irlande] ne sera capable de contracter un mariage valide à l'intérieur de cette juridiction, tant que la personne avec laquelle elle était mariée est encore en vie ».

**Italie :**

*Constitution du 27 décembre 1947*, art. 29 « La République reconnaît les droits de la famille comme société naturelle fondée sur le mariage.

Le mariage repose sur l'égalité morale et juridique des époux, avec les limites fixées par la loi pour garantir l'unité familiale »

*Constitution du 27 décembre 1947*, art. 30 « Les parents ont le devoir et le droit d'entretenir, d'instruire et d'élever leurs enfants, même s'ils sont nés hors du mariage.

Dans les cas d'incapacité des parents, la loi pourvoit à ce que leurs devoirs soient remplis.

La loi assure aux enfants nés hors du mariage toute la protection juridique et sociale compatible avec les droits des membres de la famille légitime ».

*Constitution du 27 décembre 1947*, art. 31 « La République favorise, par des mesures économiques et autres, la formation de la famille et l'accomplissement des devoirs qu'elle comporte, en ayant des égards particuliers pour les familles nombreuses.

Elle protège la maternité, l'enfance et la jeunesse, en favorisant les institutions nécessaires pour cela ».

**Luxembourg :**

*Constitution du 17 octobre 1868 modifiée*, art. 11 (3) « L'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille »

**Portugal :**

*Constitution du 25 avril 1976*, art. 36 « 1 - Toute personne a le droit de constituer une famille et de contracter mariage dans des conditions de pleine égalité.

2 - [...]

3 - Les conjoints ont les mêmes droits et les mêmes devoirs...

4 - [...] ».

*Constitution du 25 avril 1976*, art. 67 « L'Etat reconnaît la constitution de la famille et en assure la protection. Il lui incombe notamment de :

a) promouvoir l'indépendance sociale et économique des groupes familiaux

b) mettre en place un réseau national d'assistance maternelle et infantile, réaliser une politique du troisième âge

c) collaborer avec les parents à l'éducation des enfants,

d) promouvoir par les moyens nécessaires la diffusion des méthodes de planning familial et mettre en place les structures juridiques et techniques qui permettent l'exercice d'une responsabilité parentale

e) adapter les impôts et les avantages sociaux aux charges familiales ».

**Turquie :**

*Loi Constitutionnelle de 1982*, art. 12-II « [devoirs et responsabilités de l'individu envers sa famille] »

*Loi Constitutionnelle de 1982*, art. 41 « La famille est le fondement de la collectivité turque.

L'Etat prend les mesures nécessaires et établit l'organisation adéquate afin de promouvoir le bien-être familial, la protection de la mère et des enfants, l'enseignement et l'application de la planification familiale ».

## ***ANNEXE 4 : TEXTES INTERNATIONAUX PROTEGEANT LA FAMILLE.***

Nous présentons ici, à simple titre d'exemples, quelques dispositions significatives de droit international à effet d'assurer la protection de la famille. On aura une vision plus complète de ces textes, ainsi que la présentation d'autres dispositions qui ne sont pas reprises ici, en consultant les divers recueils d'instruments répertoriés en bibliographie (§ 6).

La présentation suit 3 axes, retenus pour des raisons pratiques :

- Textes déclaratifs ;
- Conventions liant la France ;
- Autres textes.

### **1- Textes déclaratifs.**

#### **Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme (Bogota, 2 mai 1948) :**

Art. 5 « Toute personne a droit à la protection de la loi contre les attaques abusives contre [...] sa vie familiale ».

Art. 6 « Toute personne a le droit de fonder une famille, élément fondamental de la société, et de recevoir protection en sa faveur ».

#### **Déclaration universelle des droits de l'Homme (New-York, ONU, 10 décembre 1948) :**

Art. 16 « 1 - A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

2 - Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.

3 - La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat ».

**Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent (ONU, 13 décembre 1985), art. 5-4:**

« Sous réserve de la législation nationale et d'une autorisation en bonne et due forme, le conjoint et les enfants mineurs ou à charge d'un étranger qui réside sur le territoire d'un Etat seront autorisés à accompagner ou à rejoindre l'étranger et à demeurer avec lui ».

**Déclaration sur l'égalité des femmes et des hommes (Comité des ministres du Conseil de l'Europe, 16 novembre 1988) :**

VI « [Les Etats membres du Conseil de l'Europe] déclarent que les stratégies à mettre en oeuvre [pour réaliser l'égalité effective entre homme et femme] doivent prévoir des mesures appropriées [...] concernant en particulier :

[...]

e) les droits dans la vie du couple

f) l'éradication de la violence dans la famille et dans la société

g) les droits et obligations vis-à-vis des enfants

[...] ».

**Déclaration des libertés et droits fondamentaux (Parlement européen, Union européenne, 12 avril 1989) :**

Art. 4 « L'égalité entre homme et femme devant la loi, notamment dans les domaines du travail, de l'éducation, de la famille, de la protection sociale et de la formation doit être assurée »

Art. 6-2 « Le respect de la vie privée et de la vie familiale, de la réputation, du domicile et des communications privées est garanti »

Art. 7 « La famille est protégée sur le plan juridique, économique et social ».

## 2- Textes liant la France.

### **Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Rome, 4 novembre 1950) <sup>1</sup> :**

Art 8 « 1 - Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2 - Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

Art. 12 « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

### **Charte sociale européenne (Conseil de l'Europe, Turin, 18 octobre 1961) <sup>2</sup>, art. 16 :**

« La famille, en tant que cellule fondamentale de la société, a droit à une protection sociale, juridique, et économique appropriée pour assurer son plein développement ».

### **Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (ONU, 21 décembre 1965) <sup>3</sup>, art. 5, d, IV. :**

« [Les Etats s'engagent à interdire la discrimination raciale dans la jouissance des droits de] se marier et de choisir son conjoint ».

### **Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (ONU, 16 décembre 1966) <sup>4</sup>, art. 10 :**

« Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent que :

---

<sup>1</sup> JO 04/05/1974, p. 4750 ; pour la levée de réserve sur le droit de recours individuel : JO 14/10/1981 p. 2783.

<sup>2</sup> JO 09/10/1974, p. 10344

<sup>3</sup> JO 10/11/1971, p. 11100.

<sup>4</sup> JO 01/02/1981, p. 405.

1 - Une protection et une assistance aussi larges que possibles doivent être accordées à la famille, qui est l'élément naturel et fondamental de la société, en particulier pour sa formation et aussi longtemps qu'elle a la responsabilité de l'entretien et de l'éducation d'enfants à charge. Le mariage doit être librement consenti par les futurs époux.

2 - Une protection spéciale doit être accordée aux mères pendant une période de temps raisonnable avant et après la naissance des enfants. Les mères salariées doivent bénéficier pendant cette même période, d'un congé payé ou d'un congé accompagné de prestations de sécurité sociale adéquates.

3 - Des mesures spéciales de protection et d'assistance doivent être prises en faveur de tous les enfants et adolescents, sans discrimination aucune pour des raisons de filiation ou autres. Les enfants et adolescents doivent être protégés contre l'exploitation économique et sociale. Le fait de les employer à des travaux de nature à compromettre leur moralité ou leur santé, à mettre leur vie en danger ou à nuire à leur développement normal doit être sanctionné par la loi. Les Etats doivent aussi fixer des limites d'âge en dessous desquelles l'emploi salarié de la main-d'oeuvre enfantine sera interdite et sanctionnée par la loi ».

**Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ONU, 16 décembre 1966) <sup>5</sup>, art.**

17 :

« 1 - Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

2 - Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

---

<sup>5</sup> JO 01/02/1981 p. 398.



**Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (ONU, 18 décembre 1979) <sup>6</sup> :**

Préambule « [...] Ayant à l'esprit l'importance de la contribution des femmes au bien-être de la famille et au progrès de la société, qui, jusqu'à présent n'a pas été pleinement reconnue, de l'importance sociale de la maternité et du rôle des parents dans la famille et dans l'éducation des enfants et conscients du fait que le rôle de la femme dans la procréation ne doit pas être une cause de discrimination et que l'éducation des enfants exige le partage des responsabilités entre les hommes, les femmes et la société dans son ensemble ;

Conscients que le rôle traditionnel de l'homme dans la famille et dans la société doit évoluer autant que celui de la femme si on veut parvenir à une réelle égalité [...] »

Art. 5 b « [Les Etats s'engagent à ] faire en sorte que l'éducation familiale contribue à bien faire comprendre que la maternité est une fonction sociale et à faire reconnaître la responsabilité commune de l'homme et de la femme dans le soin d'élever leurs enfants [...] ».

Art. 10 h « [Les Etats prennent des mesures pour] l'accès à des renseignements spécifiques d'ordre éducatif tendant à assurer la santé et le bien-être des familles, y compris l'information et des conseils relatifs à la planification de la famille ».

Art. 11-2 c « [Les Etats parties prennent des mesures pour] encourager la fourniture des services sociaux d'appui nécessaires pour permettre aux parents de combiner les obligations familiales avec les responsabilités professionnelles et la participation à la vie publique, en particulier en favorisant l'établissement et le développement d'un réseau de garderies d'enfants ».

Art. 13 a « [Les Etats parties s'engagent à assurer sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme les mêmes droits] aux prestations familiales ».

Art. 16 « Les Etats assurent [...] sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme :

- a) [le droit de contracter mariage]
- b) [liberté matrimoniale et libre choix du conjoint]
- c) [droits et responsabilités au cours du mariage et lors de la dissolution]
- d) [droits et responsabilités parentales]
- e) [droit de décider librement le nombre et l'espacement des naissances]
- f) [...] »

---

<sup>6</sup> JO 20/03/1984, p. 874.

**Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 22 novembre 1984) <sup>7</sup>, art. 5 :**

« Les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les Etats de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants ».

**Convention relative aux droits de l'enfant (ONU, New-York, 20 novembre 1989) <sup>8</sup> :**

Préambule « [...]Reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension [...] »

Art. 5 « Les Etats parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente convention ».

Art. 9 « 1 - Les Etats veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut-être nécessaire dans des cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant.

2 - Dans tous [ces] cas, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues.

3 - Les Etats parties respectent le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Art. 16 « 1 - Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et sa réputation.

2 - L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes »

---

<sup>7</sup> JO 27/01/1989, p. 1233.

<sup>8</sup> JO 12/10/1990, p. 12363.

Art. 18 « 1 - Les Etats parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents, ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

2 - Pour garantir et promouvoir les droits énoncés dans la présente convention, les Etats parties accordent l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de sa responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants ».

Art. 20-1 « Tout enfant qui est temporairement ou définitivement privé de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et à une aide spéciale de l'Etat

2 - [...]

3 - Cette protection de remplacement peut notamment avoir la forme du placement dans une famille, [...], de l'adoption ou en cas de nécessité du placement dans un établissement pour enfants approprié. [...].».

### 3 - Autres textes.

**Convention américaine relative aux droits de l'homme (Pacte de San-José de Costa-Rica, 22 novembre 1969) :**

Art. 17-1 « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société ; elle doit être protégée par la société et par l'Etat ».

Art. 19 « Tout enfant a droit aux mesures qu'exige sa condition de mineur, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat ».

Art. 32-1 « Toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité ».

**Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Charte de Nairobi, 27 juin 1981) :**

Art. 18 « 1 - La famille est l'élément naturel et la base de la société. Elle doit être protégée par l'Etat qui doit veiller à sa santé physique et morale.

2 - L'Etat a l'obligation d'assister la famille dans sa mission de gardienne de la morale et des valeurs traditionnelles reconnues par la communauté.

3 - L'Etat a le devoir de veiller à l'élimination de toute discrimination contre la femme et d'assurer la protection des droits de la femme et de l'enfant tels que stipulés dans les déclarations et conventions internationales.

4 - Les personnes âgées [...] »

Art. 27 « Chaque individu a des devoirs envers la famille et la société [...] »

Art. 29-1 « [L'individu a le devoir] de préserver le développement harmonieux de la famille et d'oeuvrer en faveur de la cohésion et du respect de cette famille ; de respecter à tous moments ses parents, de les nourrir, et de les assister en cas de nécessité ».

**Protocole additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'homme traitant des droits économiques et sociaux (Pacte de San Salvador, 17 novembre 1988) art. 15 :**

« 1- La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et elle doit être protégée par l'Etat qui doit veiller à l'amélioration de sa situation matérielle et morale.

2 - Toute personne a le droit de créer une famille et exerce ce droit conformément aux dispositions de la législation interne pertinente.

3 - Les Etats parties s'engagent à fournir à la cellule familiale une protection adéquate et en particulier à :

a) apporter une attention spéciale à la mère [...]

b) garantir une alimentation adéquate aux enfants [...]

c) adopter des mesures spéciales de protection des adolescents [...] mettre en oeuvre des programmes spéciaux d'éducation familiale pour contribuer à la création d'un environnement stable [...] »

## **ANNEXE 5 : HISTORIQUE DES MINISTÈRES EN CHARGE DE LA FAMILLE.** <sup>1</sup>

| <b>Date de nomin.</b> <sup>2</sup> | <b>Chef du Gouvern.</b> | <b>Titulaire</b> | <b>Titre</b>      | <b>Intitulé</b>                                 | <b>Observ.</b>                                                                     |
|------------------------------------|-------------------------|------------------|-------------------|-------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------|
| 5/6/1940 <sup>3</sup>              | Paul Reynaud            | Georges Pernot   | Ministre          | <i>Famille française</i>                        | Reprend toutes les attributions du ministère de la Santé publique qui est supprimé |
| 16/6/1940                          | Philippe Pétain         | Jean Ybarnégaray | Ministre          | <i>Anciens Combattants et Famille française</i> |                                                                                    |
| 12/7/1940                          | Philippe Pétain (2)     | Jean Ybarnégaray | Secrétaire d'Etat | <i>Jeunesse et Famille</i>                      | Coiffe 2 secrétariats généraux <sup>4</sup> (Jeunesse ; Famille et Santé)          |

<sup>1</sup> Reconstitué d'après Les Cahiers de l'histoire n° 48 (1965) : *Les gouvernements de la IV<sup>e</sup> République française, 1945-1958* ; Assemblée nationale : *Les gouvernements et les assemblées parlementaires sous la V<sup>e</sup> République (1959-1974)* ; Maurice Bargeton et Albert Ziegler, *Historique des ministères du Travail, de la Santé Publique, des Affaires Sociales*, RF aff. soc., 1971, p.59 et s. ; Les cahiers du GRMF n°3, *l'action familiale ouvrière et la politique de Vichy*; et les décrets parus au JO. A noter de nombreuses contradictions entre ces sources (intitulés, dates, etc.). Nous avons tranché selon la vraisemblance.

Par ailleurs, il faut se souvenir que les prestations familiales relèvent toujours de la Sécurité Sociale, et suivent donc souvent le sort du ministre en charge du Travail (autonome ou non). Néanmoins, rappelons que ces données concernent davantage la structuration politique du gouvernement que la division administrative de services ministériels, maintenant bien axée sur le concept « Affaires Sociales » (V. D. 70-1052 du 13/11/1970).

<sup>2</sup> Du ministre.

<sup>3</sup> Nous commençons avec le gouvernement Reynaud du 21/3/1940 qui, pour la première fois, fait place à un ministère de la Famille française. Après 1906, le ministère de l'Hygiène et de la Prévoyance sociale (regroupé avec le Travail, autonome en 1920, réuni en 1924, et divisé en 1930 en « Santé publique » et « Prévoyance », celle-ci rattachée au Travail) a pu traiter la question familiale. Pour la période antérieure, le ministère de l'Intérieur à titre principal (direction de l'Assistance et de l'Hygiène publique après 1889), les ministères spécifiques pour leur champ d'application, auraient été compétents, pour peu qu'une question de politique familiale ait pu surgir.

<sup>4</sup> Le secrétariat général est une structure ministérielle spécifique de la période de Vichy, que l'on ne peut assimiler exactement ni à nos secrétariats d'Etat, dont il a l'autonomie, ni à nos directions ministérielles, dont il a en partie les fonctions.

|            |                           |                      |                       |                             |                                                                                                                                                                                                              |
|------------|---------------------------|----------------------|-----------------------|-----------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 6/9/1940   | Philippe Pétain<br>(3)    | Serge Huard          | Secrétaire<br>général | <i>Famille et<br/>Santé</i> | Rattaché au<br>secrétariat<br>d'Etat à<br>l'Intérieur (M.<br>Peyrouton).<br>Philippe<br>Renaudin est<br>directeur de la<br>Famille                                                                           |
| 13/12/1940 | Philippe Pétain<br>(4)    | Jacques<br>Chevalier | Secrétaire<br>d'Etat  | <i>Famille et<br/>Santé</i> | Rattaché au<br>ministère de<br>l'Intérieur<br>Philippe<br>Renaudin est<br>directeur de la<br>Famille                                                                                                         |
| 23/2/1941  | Philippe Pétain<br>(5)    | Jacques<br>Chevalier | Secrétaire<br>d'Etat  | <i>Famille et<br/>Santé</i> | Rattaché au<br>ministère de<br>l'Intérieur<br>Philippe<br>Renaudin est<br>directeur de la<br>Famille                                                                                                         |
| 11/8/1941  | Philippe Pétain<br>reman. | Serge Huard          | Secrétaire<br>d'Etat  | <i>Famille et<br/>Santé</i> | Rattaché au<br>ministère de la<br>Guerre.<br>Philippe<br>Renaudin est<br>directeur de la<br>Famille.                                                                                                         |
| 7/9/1941   | Philippe Pétain<br>reman. | Serge Huard          | Secrétaire<br>d'Etat  | <i>Famille et<br/>Santé</i> | Rattaché au<br>ministère de la<br>Guerre.<br>Philippe<br>Renaudin est<br>commis.<br>général à la<br>Famille <sup>5</sup>                                                                                     |
| 18/4/1942  | Pierre Laval              | Docteur<br>Grasset   | Secrétaire<br>d'Etat  | <i>Famille et<br/>Santé</i> | Rattaché au<br>ministère de<br>l'Intérieur.<br>Philippe<br>Renaudin est<br>commis.<br>général à la<br>Famille. Le<br>commis.<br>général à la<br>Famille dépend<br>alors<br>directement du<br>Chef de l'Etat. |

<sup>5</sup> Le commissariat général est une structure qui a l'initiative des lois, et qui supervise les textes de l'ensemble du gouvernement portant sur sa matière. C'est ici qu'est le véritable pouvoir politico-administratif.

|            |                      |                         |                 |                                     |                                                                                                                                   |
|------------|----------------------|-------------------------|-----------------|-------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 16/3/1944  | Pierre Laval reman.  | Docteur Grasset         | Ministre        | <i>Santé et Famille</i>             | Philippe Renaudin est commis. général à la Famille                                                                                |
| 9/9/1943   | Charles de Gaulle    | Adrien Tixier           | Commis. général | <i>Affaires sociales</i>            | gouv. Alger                                                                                                                       |
| 2/9/1944   | Charles de Gaulle    | Robert Prigent          | Commis. général | Famille                             |                                                                                                                                   |
| 10/9/1944  | Charles de Gaulle    | François Billoux        | Ministre        | <i>Santé publique</i>               | Robert Prigent est commis. à la Famille                                                                                           |
| 4/4/1945   | Charles de Gaulle    | François Billoux        | Ministre        | <i>Santé publique</i>               | A. Sauvy est secrétaire général à la Famille et à la Population                                                                   |
| 22/11/1945 | Charles de Gaulle    | Robert Prigent          | Ministre        | <i>Population</i>                   | Reprend toutes les attributions du ministère de la Santé publique qui est supprimé, et intègre le secrétariat général d'A. Sauvy. |
| 27/1/1946  | Félix Guoin          | Robert Prigent          | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i> |                                                                                                                                   |
| 24/6/1946  | Georges Bidault      | Robert Prigent          | Ministre        | <i>Population</i>                   | R. Arthaud est ministre de la Santé                                                                                               |
| 18/12/1946 | Léon Blum            | Pierre Ségelle          | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i> |                                                                                                                                   |
| 22/1/1947  | Paul Ramadier        | Georges Marrane         | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i> | Démission le 5 mai 1947                                                                                                           |
| 9/5/1947   | Paul Ramadier        | Robert Prigent          | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i> |                                                                                                                                   |
| 22/10/1947 | Paul Ramadier reman. | Robert Prigent          | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i> | intégré à un grand ministère des Affaires Sociales et des Anciens Combattants(D. Mayer)                                           |
| 24/11/1947 | Robert Schuman       | Germaine Poinso-Chapuis | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i> |                                                                                                                                   |
| 26/7/1948  | André Marie          | Pierre Schneiter        | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i> |                                                                                                                                   |
| 2/9/1948   | Robert Schuman       | Pierre Schneiter        | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i> |                                                                                                                                   |



|            |                             |                        |                   |                                      |                                                                               |
|------------|-----------------------------|------------------------|-------------------|--------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------|
| 12/9/1948  | Henri Queuille              | Pierre Schneider       | Ministre          | <i>Santé publique et Population</i>  | Sous-secrétaire d'Etat à la Santé publique et à la Population : Jules Catoire |
| 27/10/1949 | Georges Bidault             | Pierre Schneider       | Ministre          | <i>Santé publique et Population</i>  | Sous-secrétaire d'Etat à la Santé publique et à la Population : Paul Ribeyre  |
| 7/2/1950   | Henri Queuille              | Pierre Schneider       | Ministre          | <i>Santé publique et Population</i>  |                                                                               |
| 12/7/1950  | René Pleven                 | Pierre Schneider       | Ministre          | <i>Santé publique et Population</i>  | Secrétaire d'Etat à la seule Santé publique : Jules Catoire                   |
| 10/3/51    | Henri Queuille (2)          | Paul Ribeyre           | Ministre          | <i>Santé</i>                         |                                                                               |
| 11/8/1951  | René Pleven (2)             | Paul Ribeyre           | Ministre          | <i>Santé</i>                         |                                                                               |
| 20/1/1952  | Edgar faure                 | Paul Ribeyre           | Ministre          | <i>Santé publique</i>                |                                                                               |
| 8/3/1952   | Antoine Pinay               | Paul Ribeyre           | Ministre          | <i>Santé publique</i>                |                                                                               |
| 8/1/1953   | René Mayer                  | André Boutemy          | Ministre          | <i>Santé publique</i>                |                                                                               |
| 28/6/1953  | Joseph Laniel               | Paul Coste-Fleuret     | Ministre          | <i>Santé publique</i>                |                                                                               |
| 19/6/1954  | Pierre Mendès-France        | Louis Aujoulat         | Ministre          | <i>Santé publique et Population</i>  |                                                                               |
| 4/9/1954   | Pierre Mendès-France reman. | André Monteil          | Ministre          | <i>Santé publique et Population</i>  |                                                                               |
| 23/2/1955  | Edgar Faure (2)             | Docteur Lafay          | Ministre          | <i>Santé publique</i>                |                                                                               |
| 1/2/1956   | Guy Mollet                  | André Maroselli        | Secrétaire d'Etat | <i>Santé publique et Population.</i> | Rattaché à un grand ministère des Affaires Sociales : Albert Gazier.          |
| 13/6/1957  | Maurice Bourges-Maunoury    | André Maroselli        | Secrétaire d'Etat | <i>Santé publique et Population</i>  | Rattaché à un grand ministère des Affaires Sociales : Albert Gazier.          |
| 6/11/1957  | Félix Gaillard              | Félix Houphouet-Boigny | Ministre          | <i>Santé</i>                         |                                                                               |
| 14/5/1958  | Pierre Pflimlin             | André Maroselli        | Ministre          | <i>Santé publique</i>                |                                                                               |
| 1/6/1958   | Charles de Gaulle           | Bernard Chenot         | Ministre          | <i>Santé</i>                         |                                                                               |
| 9/1/1959   | Michel Debré                | Bernard Chenot         | Ministre          | <i>Santé publique et Population</i>  |                                                                               |

|            |                              |                       |                 |                                      |                                                                                                                                                                                            |
|------------|------------------------------|-----------------------|-----------------|--------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 24/8/1961  | Michel Debré reman.          | Joseph Fontanet       | Ministre        | <i>Santé publique et population</i>  |                                                                                                                                                                                            |
| 16/4/1962  | Georges Pompidou             | Joseph Fontanet       | Ministre        | <i>Santé publique et population</i>  |                                                                                                                                                                                            |
| 16/5/1962  | Georges Pompidou reman.      | Raymond Marcellin     | Ministre        | <i>Santé publique et population</i>  |                                                                                                                                                                                            |
| 29/11/1962 | Georges Pompidou (2)         | Raymond Marcellin     | Ministre        | <i>Santé publique et Population</i>  |                                                                                                                                                                                            |
| 9/1/1966   | Georges Pompidou (3)         | Jean Marcel Jeanneney | Ministre        | <i>Affaires Sociales</i>             |                                                                                                                                                                                            |
| 7/4/1967   | Georges Pompidou (4)         | Jean Marcel Jeanneney | Ministre        | <i>Affaires Sociales</i>             |                                                                                                                                                                                            |
| 31/5/1968  | Georges Pompidou (4) reman.  | Maurice Schumann      | Ministre d'Etat | <i>Affaires Sociales</i>             |                                                                                                                                                                                            |
| 13/7/1968  | Maurice Couve de Murville    | Maurice Schumann      | Ministre d'Etat | <i>Affaires Sociales</i>             | 2 Secrétaires d'Etat auprès du ministre : M.M. Dienesch et P. Dumas                                                                                                                        |
| 23/6/1969  | Jacques Chaban Delmas        | Joseph Fontanet       | Ministre        | <i>Travail, Emploi et Population</i> | 1 Secrétaire d'Etat auprès du ministre : P. Dechartre. R. Boulin est ministre de la Santé publique et de la Sécurité Sociale avec 1 secrétaire d'Etat à l'Action Sociale : M.M. Dienesch.  |
| 15/5/1972  | Jacques Chaban Delmas reman. | Joseph Fontanet       | Ministre        | <i>Travail, Emploi et Population</i> | R. Boulin est ministre de la Santé publique et de la Sécurité Sociale                                                                                                                      |
| 7/7/1972   | Pierre Mesmer                | Jean Foyer            | Ministre        | <i>Santé publique</i>                | 1 secrétaire d'Etat chargée de l'Action Sociale et de la Réadapt. : M.M. Dienesch. E. Faure est ministre d'Etat chargé des Affaires Sociales. La population relève du ministère du Travail |

|           |                      |               |          |                                              |                                                                                                                                                                                   |
|-----------|----------------------|---------------|----------|----------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 6/4/1973  | Pierre Mesmer<br>(2) | Georges Gorse | Ministre | <i>Travail,<br/>Emploi et<br/>Population</i> | 1 secrétaire<br>d'Etat auprès<br>du ministre : C.<br>Poncelet.<br>M.<br>Poniatowski<br>est ministre de<br>la Santé<br>publique et de<br>la Sécurité<br>Sociale                    |
| 1/3/1974  | Pierre Mesmer<br>(3) | Georges Gorse | Ministre | <i>Travail,<br/>Emploi et<br/>Population</i> | M.<br>Poniatowski<br>est ministre de<br>la Santé<br>publique et de<br>la Sécurité<br>Sociale. M. M.<br>Dienesch est<br>secrétaire<br>d'Etat auprès<br>du ministre de<br>la Santé. |
| 28/5/1974 | Jacques Chirac       | Simone Veil   | Ministre | <i>Santé</i>                                 | R. Lenoir est<br>secrétaire<br>d'Etat auprès<br>du ministre de<br>la Santé chargé<br>de l'Action<br>Sociale.                                                                      |
| 27/8/1976 | Raymond<br>Barre     | Simone Veil   | Ministre | <i>Santé</i>                                 | R. Lenoir est<br>secrétaire<br>d'Etat auprès<br>du ministre de<br>la Santé chargé<br>de l'Action<br>Sociale                                                                       |
| 30/3/1977 | Raymond<br>Barre     | Simone Veil   | Ministre | <i>Santé</i>                                 | R. Lenoir et H.<br>Missoffe sont<br>secrétaires<br>d'Etat auprès<br>du ministre de<br>la Santé                                                                                    |
| 5/4/1978  | Raymond<br>Barre (2) | Simone Veil   | Ministre | <i>Santé et<br/>Famille</i>                  | 1 secrétaire<br>d'Etat auprès<br>du ministre :<br>D. Hoeffel<br>La population<br>relève du<br>ministère du<br>Travail                                                             |

|           |                      |                     |                   |                                                  |                                                                                                                                                                 |
|-----------|----------------------|---------------------|-------------------|--------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4/7/1979  | Raymond Barre reman. | Jacques Barrot      | Ministre          | <i>Santé et Sécurité Sociale</i>                 | 1 secrétaire d'Etat auprès du ministre : D. Hoeffel.<br>La population relève du ministère du Travail                                                            |
| 6/8/1979  | Raymond Barre reman. | Jacques Barrot      | Ministre          | <i>Santé et Sécurité Sociale</i>                 | Mise en place d'1 Comité interministériel à la Famille.<br>1 secrétaire d'Etat auprès du ministre : D. Hoeffel.<br>La population relève du ministère du Travail |
| 19/2/1980 | Raymond Barre reman. | Monique Pelletier   | Ministre déléguée | <i>Famille et Condition féminine</i>             | rattachée au Premier ministre<br>La population relève du ministère du Travail                                                                                   |
| 4/3/1981  | Raymond Barre reman. | Alice Saunier-Seïté | Ministre          | <i>Université, Famille et Condition féminine</i> | La population relève du ministère du Travail                                                                                                                    |
| 22/5/1981 | Pierre Mauroy (1)    | Georgina Dufoix     | Secrétaire d'Etat | <i>Famille</i>                                   | rattachée au ministre d'Etat, ministre de la Solidarité nationale : N. Questiaux.<br>La population relève du ministère du Travail                               |
| 23/6/1981 | Pierre Mauroy (2)    | Georgina Dufoix     | Secrétaire d'Etat | <i>Famille</i>                                   | rattachée au ministre de la Solidarité nationale : N. Questiaux.<br>La population relève du ministère du Travail                                                |

|           |                                |                               |                      |                                                                         |                                                                                                                                                                      |
|-----------|--------------------------------|-------------------------------|----------------------|-------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 29/6/1982 | Pierre Mauroy<br>(2)<br>reman. | Georgina<br>Dufoix            | Secrétaire<br>d'Etat | <i>Famille</i>                                                          | rattachée au<br>ministre des<br>Affaires<br>Sociales et de<br>la Solidarité<br>nationale : P.<br>Bérégovoy.<br>La population<br>relève du<br>ministère du<br>Travail |
| 24/3/1983 | Pierre Mauroy<br>(3)           | Georgina<br>Dufoix            | Secrétaire<br>d'Etat | <i>Famille,<br/>Population et<br/>Travailleurs<br/>immigrés</i>         | rattachée au<br>ministre des<br>Affaires<br>Sociales et de<br>la Solidarité<br>nationale : P.<br>Bérégovoy                                                           |
| 19/7/1984 | Laurent Fabius                 | Georgina<br>Dufoix            | Ministre             | <i>Affaires<br/>Sociales et<br/>Solidarité<br/>nationale</i>            |                                                                                                                                                                      |
| 20/3/1986 | Jacques Chirac                 | Michèle<br>Barzach            | Ministre<br>déléguee | <i>Santé et<br/>Famille</i>                                             | rattachée au<br>ministre des<br>Affaires<br>Sociales et de<br>l'Emploi, P.<br>Seguin                                                                                 |
| 10/5/1988 | Michel Rocard                  | Georgina<br>Dufoix            | Ministre<br>déléguee | <i>Famille, Droits<br/>de la femme,<br/>Solidarité et<br/>Rapatriés</i> | rattachée au<br>ministre des<br>Affaires<br>Sociales et de<br>l'Emploi, M.<br>Delebarre                                                                              |
| 23/6/1988 | Michel Rocard<br>(2)           | Hélène<br>Dorlhac de<br>Borne | Secrétaire<br>d'Etat | <i>Famille</i>                                                          | rattachée au<br>ministre de la<br>Solidarité, de<br>la Santé et de<br>la Protection<br>sociale, C.<br>Evin                                                           |
| 2/10/1990 | Michel Rocard<br>(2)<br>reman. | Hélène<br>Dorlhac de<br>Borne | Secrétaire<br>d'Etat | <i>Famille et<br/>Personnes<br/>agées</i>                               | rattachée au<br>ministre des<br>Affaires<br>Sociales et de<br>la Solidarité,<br>C. Evin                                                                              |
| 17/5/1991 | Edith Cresson                  | Laurent<br>Cathala            | Secrétaire<br>d'Etat | <i>Famille et<br/>Personnes<br/>agées</i>                               | rattaché au<br>ministre des<br>Affaires<br>Sociales et de<br>l'Intégration, J.<br>L. Bianco                                                                          |

|           |                     |                    |                      |                                                          |                                                                                          |
|-----------|---------------------|--------------------|----------------------|----------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| 4/4/1992  | Pierre<br>Bérégovoy | Laurent<br>Cathala | Secrétaire<br>d'Etat | <i>Famille,<br/>Personnes<br/>agées et<br/>Rapatriés</i> | rattaché au<br>ministre des<br>Affaires<br>Sociales et de<br>l'Intégration,<br>R.Teulade |
| 31/3/1993 | Edouard<br>Balladur | Simone Veil        | Ministre d'Etat      | <i>Affaires<br/>sociales, Santé<br/>et Ville</i>         |                                                                                          |

## **ANNEXE 6 : ORGANIGRAMMES DES SERVICES CENTRAUX S'OCCUPANT DE LA FAMILLE.**

Les services en charge de la famille sont éparés au sein du ministère des Affaires Sociales.

Nous reproduisons ici des extraits de l'organigramme officiel de ce ministère (*Organigramme des services centraux, SICOM, Documents d'information interne n° 93-2, Juillet 1993*) pour :

- 1 - La structure générale du ministère.
- 2 - La Délégation Interministérielle au Revenu minimum d'Insertion (DIRMI).
- 3 - La Direction Générale de la Santé (DGS).
- 4 - La Direction de l'Action Sociale (DAS).
- 5 - La Direction de la Sécurité Sociale (DSS).
- 6 - La Direction de la Population et des Migrations (DPM).
- 7 - La Mission Recherche Expérimentation (MIRE).

Sur chacun des organigrammes, les structures ayant vocation à s'occuper de la famille sont entourées d'un cadre hachuré. Le nom des agents a été occulté.

A la suite est reproduite :

- 8 - La réponse ministérielle à une question concernant les structures intervenant dans la politique familiale.



















## **ANNEXE 7 : TEXTES ETATIKES SUR LA REPRESENTATION FAMILIALE.**

Nous livrons ici sous une présentation chronologique les principaux textes officiels concernant la représentation familiale depuis 1939.

Ne sont pas mentionnés les textes concernant la politique familiale, généralement présentés de manière quasi exhaustive par les ouvrages sur la sécurité sociale (par exemple J. J. Dupeyroux, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, 12<sup>e</sup> édition, 1993) ni ceux concernant le régime de chacune des représentations assurées par l'UNAF, rappelées à l'annexe 8. On trouvera enfin pour compléter une « préhistoire » de la représentation familiale chez Robert Talmy, *Histoire du Mouvement familial en France (1896-1939)*, UNCAF, 1962.

### **D.- L. du 29/7/1939 relatif à la famille et à la natalité française** (JO 20/7/1939 p. 9607 et s.) :

Première grande loi sur la famille, elle procède d'une approche essentiellement nataliste et moraliste. Contrairement à une idée reçue, le problème de la représentation n'est pas abordé dans ce premier « code de la famille » <sup>1</sup>.

### **L. n° 1107 du 29/12/1942 relative aux associations de familles** (JO 31/12/1942 p. 4242) <sup>2</sup> :

Connue sous le nom de loi *Gounot*, elle sera reprise à la libération avec quelques aménagements. Il s'agit du premier texte instituant une représentation familiale.

Il existe sous ce régime deux ordres associatifs : l'ordre privé est indépendant de l'ordre semi-public.

L'ordre semi-public est constitué d'une seule association de famille par canton, commune ou quartier, unies dans une union départementale, puis nationale ; s'intercale éventuellement une union régionale;

---

<sup>1</sup> V. texte de la thèse, 2e partie, titre 1, chapitre 1, section 2.

<sup>2</sup> Commentaire juridique : A. Rouast, *Les associations de famille de la loi du 29 décembre 1942*, Dr. soc., 1943, p. 220 et s. ; E. Hamel, *Les associations de familles*, mémoire de l'Ecole libre des sciences politiques, Paris, 1944. Commentaire « familialiste » : H. Maxime, *Les associations de Familles, texte commenté de la loi du 29/12/1942*, ni lieu, ni date (documentation UNAF ; GRMF).



La loi précise le statut, la tutelle, les conditions d'adhésion et de fonctionnement des associations de l'ordre public ; elle en détermine les missions.

**D. n° 3291 du 3/12/1943, portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 29/12/1942 relative aux associations de familles (JO 8 & 9/12/1943) :**

Ce texte fixe les modalités d'application de la loi Gounot, et notamment les règles électorales.

**Ord. du 9/8 et 11/10/1944 :**

Rétablissant la légalité républicaine, elles sont muettes sur la loi Gounot, qui n'est pas abrogée.

**Ord. n° 45-323 du 3/3/1945 (JO 4/3/1945) <sup>3</sup> :**

Ce texte substitue des associations familiales aux associations de familles de la loi Gounot, qui est abrogée. Il fixe les conditions d'adhésion.

Il crée les Unions d'Associations Familiales (UDAF, ULAF & UNAF <sup>4</sup>), en fixe les rôles, statuts, ressources et contrôles.

**D. n° 45-327 du 3/3/1945, portant application de l'ord. du 3/3/1945 :**

Ce décret fixe la composition de la Commission d'agrément des Unions d'associations familiales et détermine les règles de vote pour les Assemblées Générales des Unions.

---

<sup>3</sup> Commentaires : R. Gauthier, *Les associations de famille de l'ordonnance du 3 mars 1945*, thèse droit, Paris, 1947 ; R. Théry, *Le «corps familial» de l'ordonnance du 3 mars 1945*, article en 3 parties, Dr. soc., 1951 p. 362 et s., 446 et s. & 508 et s.

<sup>4</sup> L'UNAF a été déclarée le 20/11/1945 (JO du 14/12/1945 p. 9291) avec le but suivant : « représentation officielle de l'ensemble des familles auprès des pouvoirs publics, gérance de tout service d'intérêt familial, défense des intérêts des familles et proposition de toute mesure conforme aux intérêts familiaux ». On ne sait si la « gérance » des services familiaux est due au déclarant ou au fonctionnaire ayant enregistré la déclaration. Elle donne cependant une saveur particulière à la théorie des personnes privées gérant un service public !

**Circ. ministérielle 88/1 du 5/4/1945 (ministère de la Santé Publique) :**

Cette circulaire invite les autorités publiques (ministres, préfets, etc.) à nommer des représentants familiaux.

**Instruction ministérielle 89/2 du 5/4/1945 (ministère de la Santé Publique) :**

Cette circulaire fixe l'interprétation officielle de l'ordonnance.

**Circ. ministérielle 298 du 1/7/1947(ministère de l'Intérieur) :**

Prise sur la demande de l'UNAF, ce texte invite les autorités publiques déconcentrées à faire appel aux représentants familiaux. Elle complète et rappelle donc les dispositions de la circulaire de 1945.

**Circ. conjointe du ministère de l'Intérieur et du ministère de la Santé Publique et de la Population du 28/3/1950 :**

Cette instruction adressée aux Préfets livre la position officielle des pouvoirs publics sur les relations entre les Unions et les Mouvements (regroupement de droit commun d'associations familiales adhérentes de l'UNAF). Elle insiste sur le monopole de représentation officielle des unions d'associations, monopole dont ne bénéficient pas les mouvements.

**L. n° 51-602 du 24/5/1951 (JO 26/5/1951 p. 5514) :**

Cette loi institue le fonds spécial destiné à financer le fonctionnement des Unions d'associations familiales et en fixe le montant à 0,03% du montant des prestations servies par les régimes généraux de prestations familiales.

**D. 51-944 du 19/7/1951, relatif à l'application de la loi du 24/5/1951 (JO 20/7/1951 p. 7833) :**

Ce décret fixe la procédure et les modalités d'attribution du fonds spécial, ainsi que le contrôle financier portant sur sa gestion.

**D. 56-149 du 24/1/1956, portant codification des textes relatifs à la famille (JO 26/1/1956 p. 1169) :**

Ce décret introduit au début du code de la Famille les textes relatifs aux associations et unions d'associations familiales, sans en changer les dispositions.

**D. 68-724 du 7/8/1968 fixant les conditions de remboursement des frais occasionnés par les déplacements des Agents de l'Etat et autres personnes qui collaborent aux conseils, comités, commissions et autres organismes consultatifs qui apportent leurs concours à l'Etat** (JO 10/8/1968 p. 7795) :

Ce décret établit un remboursement direct des frais de représentation (séjour et transport) en fonction de la situation professionnelle (agent de l'Etat - autres personnes) et du niveau de représentation (régional, départemental, local). Il ne concerne pas les seuls représentants familiaux, mais leur profite lorsqu'ils sont dans cette situation.

**L. 75-629 du 11/7/1975 portant modification des articles premier à 16 du C. fam.** (JO 13/7/1975) 5.

Cette loi modifie le Code de la Famille et fixe dans ses grandes lignes le droit actuel.

Les conditions d'adhésion à une association familiale sont élargies. Le but de l'association familiale peut être spécifique et ne pas concerner l'ensemble des familles. Le droit de représentation auprès des pouvoirs publics est reconnu aux fédérations d'associations, comme il l'était pour les associations, dans la limite de leur statut et des intérêts qu'elles ont en charge. La composition des Unions et de leurs Conseils d'administration est modifiée pour faire place aux fédérations. Le suffrage familial est modifié.

**D. 76-272 du 26/3/1976 pris pour l'application de la loi du 11/7/1975** (JO 28/3/1976 p. 1879) :

Ce texte abroge le décret du 3/3/1945. Il prévoit les conditions d'adhésion d'une famille étrangère à une association familiale française et détermine les règles de vote pour les Assemblées Générales des Unions.

**D. 76-354 du 21/4/1976** (JO 22/4/1976 p. 2436) :

Ce texte porte les prélèvements constitutifs du fonds spécial à 0,07% du montant des prestations servies par les régimes généraux de prestations familiales.

---

<sup>5</sup> Présentation dans Le Monde du 11/6/1976 p. 43 (commentaires Dumont & Noddings).

**L. 80-545 du 17/7/1980** (JO 18/7/1980 p. 1810) :

A l'occasion du vote de la loi famille de 1980, un amendement sénatorial reprend la proposition Briane, rejetée par l'Assemblée nationale le 13 mai 1980, et supprime l'obligation faite précédemment aux Conseils d'Administration des Unions de comporter une majorité de parents de 3 enfants ou plus dont un mineur.

**L. 86-76 du 17/1/1986** (JO 18/1/1986 p. 888) :

Cette loi institue un congé-représentation spécifique des représentants familiaux, qui est géré par l'UNAF. Il permet de dédommager l'employeur d'un représentant familial, et vise ainsi à permettre que ces représentations ne soient pas principalement assurées par des inactifs.

**D. 86-586 du 14/3/1986** (JO 18/3/1986) :

Le Fonds spécial est porté à 0,0726% du montant des prestations servies par les régimes généraux de prestations familiales.

**Arr. du 14/3/1986 portant désignation des organismes dont les réunions ouvrent droit à remboursement des charges salariales pour les employeurs des salariés appelés à assurer la représentation d'associations familiales - 1<sup>ère</sup> liste** - (JO 18/3/1986 p. 4508) :

En application de la loi du 17/1/86, une première liste est dressée.

**D. 88-454 du 27/4/1988** (JO 28/4/1988 p. 5671) :

Le Fonds spécial est porté à 0,1% du montant des prestations servies par les régimes généraux de prestations familiales.

**Arr. du 19/1/1989 portant désignation des organismes dont les réunions ouvrent droit à remboursement des charges salariales pour les employeurs des salariés appelés à assurer la représentation d'associations familiales - 2<sup>e</sup> liste** - (JO 22/4/1989) :

En application de la loi du 17/1/86, une deuxième liste est dressée.

**Arr. du 11/6/1990 portant désignation des organismes dont les réunions ouvrent droit à remboursement des charges salariales pour les employeurs des salariés appelés à assurer la représentation d'associations familiales - 3<sup>e</sup> liste** - (JO 26/6/1990 p. 7402) :

En application de la loi du 17/1/86, une troisième liste est dressée.

**L. 91-772 du 7/8/1991 relative au congé de représentation en faveur des associations et des mutuelles et au contrôle des comptes des organismes faisant appel à la générosité publique** (JO 10/8/1991 p. 10616) :

Cette loi accorde un congé représentation aux représentants d'associations déclarées, siégeant dans une instance, consultative ou non, instituée par une loi ou un règlement auprès d'une autorité de l'Etat. Son champ ne recouvre donc pas celui de la loi de 1986 : il y a davantage d'associations bénéficiaires mais moins d'instances concernées ; le salaire du représentant n'est pas maintenu en totalité. Les Unions restent régies par la loi de 1986 alors que les associations familiales et les mouvements qui y adhèrent bénéficient de cette loi pour leurs représentations directes <sup>6</sup>.

**D. 92-1058 du 30/9/1992 relatif au congé de représentation en faveur des associations et des mutuelles et modifiant le code du travail (JO 1/10/1992 p. 13620) :**

Décret d'application de la loi précédente.

---

<sup>6</sup> Un arrêté du 19/4/1994 (JO du 8/6/94) a dressé la liste des instances concernées, s'agissant du ministère des Affaires Sociales.

## ***ANNEXE 8 : ETAT DES REPRESENTATIONS ASSUREES PAR LES REPRESENTANTS FAMILIAUX.***

Nous proposons ici divers tableaux permettant d'apprécier les représentations assurées par les délégués des unions d'associations familiales. Ces tableaux ont été dressés par l'UNAF et concernent aussi bien des représentations publiques que quelques représentations dans des organismes privés. Nous avons occulté les noms des délégués, qui ne présente guère d'intérêt pour une étude structurelle.

Une première série concerne le niveau national. Ces tableaux sont à jour au 15/8/1994.

Une deuxième série concerne le plan local. Il n'était ici guère possible, eu égard aux diversités existantes, de prétendre à l'exhaustivité. Il s'agit donc, essentiellement, des représentations le plus généralement assurées par les Unions, au plan départemental principalement (UDAF), mais également régional ou communal.





























































## ***ANNEXE 9 : SCHEMAS SUCCESSIFS DU « CORPS FAMILIAL ».***

Nous proposons ici 3 organigrammes permettant d'apprécier l'organisation et l'évolution du « corps familial » sous les régimes successifs de 1942, 1945 & 1975.

Ces tableaux ont vocation à éclairer les développements correspondants au texte de la thèse : 2ème partie, titre 2. Notamment les différents concepts d'adhésion, et celui d'association mixte, sont ceux qui sont présentés dans la thèse.







## ***BIBLIOGRAPHIE.***

Cette bibliographie indique l'ensemble des documents utiles consultés pour la thèse. Certains ouvrages cités dans le texte ne sont pas repris ici : très généralement, il s'agit d'ouvrages à l'intérêt marginal pour l'ensemble de la thèse ; exceptionnellement, il peut s'agir de documents, auxquels en général les ouvrages qui suivent font référence, et que, pour une raison ou une autre (indisponibilité, etc.), il ne nous a pas été possible de consulter de manière effective.

Le thème abordé n'étant pas préconstitué dans la doctrine juridique, il a fallu manier les documents les plus divers par leur origine, par leur localisation, par leur champ d'investigation, par leur importance objective. Et pour pouvoir dégager une grille d'étude, les seuls documents cognitifs étaient insuffisants : tel texte par exemple, en apparence fort éloigné de la question traitée, se révéla en définitive d'une grande utilité méthodologique. Fallait-il alors mentionner tous les documents, quels qu'ils soient, ou s'en tenir à ceux en relation directe et complète avec le sujet sous son angle juridique ? Une auto-limitation de la bibliographie ne nous a pas semblé satisfaisante, notamment à l'égard d'éventuels chercheurs qui souhaiteraient ultérieurement approfondir tel ou tel point évoqué. Mais mentionner sans discernement une multitude d'ouvrages d'accès plus ou moins facile, ou d'intérêt nécessairement inégal, aurait rendu la bibliographie inutilisable, ce qui aurait été pire. Afin de limiter ce risque et de faciliter la lecture, nous avons fait suivre chaque référence d'un codage visant à sérier les sources.

a) Les ouvrages abordant directement des questions juridiques au sens large (y compris par exemple sociologie juridique et histoire politiques, etc.), sont codés par la lettre **D**, suivi d'un numéro et éventuellement d'une série de chiffres en caractères italiques. Les numéros correspondent au code suivant:

- **1** s'il s'agit d'ouvrages utiles soit pour la totalité de la thèse (fond, méthode, etc.), soit pour plusieurs points importants de la thèse [**D1**],
- **2** s'il s'agit d'ouvrages utiles pour un point important de la thèse [**D2**],
- **3** s'il s'agit d'ouvrages utiles pour un point particulier de la thèse ou pour approfondir une question périphérique [**D3**].

La série de chiffres (2 ou 3) en caractères italiques précise, pour les codages **D2** et **D3**, le point de la thèse considéré :

- Le premier chiffre indique alors la partie,
- Le deuxième chiffre indique le titre,

- Le troisième chiffre indique le chapitre (indication facultative),

Ainsi, par exemple, une référence suivie du codage [**D2-12**] sera considérée comme désignant un document utile pour la compréhension juridique des développements de la 1<sup>ère</sup> partie, titre 2, alors qu'une référence suivie du codage [**D3-212**] indiquera une source permettant d'approfondir juridiquement un point évoqué dans la 2<sup>e</sup> partie, titre 1, chapitre 2. Le juriste aura une vue d'ensemble en consultant les ouvrages codés D1 ; après avoir isolé le point qu'il souhaite approfondir, il lui faudra rechercher les ouvrages codés D2 & D3 correspondant.

b) Les ouvrages permettant de connaître et/ou d'interpréter le fait familial dans son rapport à l'Etat d'un point de vue autre que juridique sont codés par la lettre **F**, suivi d'une deuxième lettre en fonction de leur domaine :

- E pour les ouvrages d'économie ou de démographie [**FE**],
- H pour les ouvrages concernant l'histoire [**FH**],
- P pour les ouvrages de philosophie ou pour les ouvrages politiques [**FP**]
- S pour les ouvrages portant sur la sociologie [**FS**].

Le plus souvent, plusieurs codages étaient possibles. Afin d'alléger cette opération, deux règles ont été suivies :

S'agissant de la bibliographie d'une thèse de droit, les ouvrages posant des questions de droit ont systématiquement été codés comme ouvrages juridiques quel que soit leur champ d'investigation [**D1, D2, D3**].

Pour les autres ouvrages, la codification a été fonction de ce qui nous a paru être l'apport principal pour nos recherches.

Bien entendu, il ne s'agit pas ici d'imposer une certaine lecture nécessairement réductrice de tel ou tel ouvrage mais de préciser dans quel esprit nous l'avons abordé.

Les éditions mentionnées sont celles effectivement utilisées. Très généralement, il s'agit de l'édition la plus récente à la date de la thèse (recherche ou rédaction). Mais il est arrivé que nous ayons retenu une édition antérieure compte tenu de son intérêt. Parfois malheureusement aussi, il ne nous a pas été possible d'avoir accès à la toute dernière édition : tout chercheur connaît ces deux adversaires d'une recherche sereine que sont les impératifs budgétaires et les disponibilités des bibliothèques.

D'un point de vue formel, les références ont été regroupées en fonction du type d'ouvrage de la manière suivante <sup>1</sup> :

- 1 - OUVRAGES UNIVERSITAIRES (MANUELS, PRECIS, TRAITES, ETC.)
- 2 - THESES, MEMOIRES & MONOGRAPHIES
- 3 - OUVRAGES GENERAUX
- 4 - ARTICLES
- 5 - COMMUNICATIONS, DOCUMENTS INTERNES & RAPPORTS
- 6 - DICTIONNAIRES, RECUEILS & USUELS

---

<sup>1</sup> La jurisprudence faisant l'objet d'une annexe spécifique, les conclusions, notes et commentaires ne sont pas repris ici.

## 1 - Ouvrages universitaires (manuels, précis, traités, etc.).

**ALFANDARI** Elie, *Action et aide sociales*, Dalloz, Paris, 4<sup>e</sup> édition, 1989. [D1]

**ARDANT** Philippe, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 5<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-21]

**AUBY** Jean-Marie & alii, *Traité de science administrative*, Mouton & Co., Paris, 1966. [D2-212]

**BARTHELEMY** Joseph & **DUEZ** Paul, *Traité de droit constitutionnel*, édition de 1933, réédition Economica, Paris, 1985. [D2-21]

**BASO** Jacques-A., *Les groupes de pression*, Que-sais-je ? n° 895, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1983. [D2-212]

**BENOIT** Francis-Paul, *Le droit administratif français*, Dalloz, Paris, 1968. [D2-21]

**BICHOT** Jacques, *Economie de la protection sociale*, Armand Colin, Paris, 1992. [FE]

**BOULOUIS** Jean, *Cours de droit administratif : 2<sup>e</sup> année de licence, 1968-1969*, Les cours du droit, Paris, 1969, photocopié. [D2-21]

**BOUVIER** Michel, **ESCLASSAN** Marie-Christine & **LASSALE** Jean-Pierre, *Finances publiques*, LGDJ, 1993. [D2-212]

**BRAUD** Philippe, *Manuel de sociologie politique*, LGDJ, Paris, 1992. [D2-21]



**BRIMO** Albert, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'Etat*, Pédone, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1968. [D1]

**BURDEAU** Georges, *Traité de science politique : Les régimes politiques*, tome V, LGDJ, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1985. [D2-21]

**BURDEAU** Georges, **HAMON** Francis & **TROPER** Michel, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 23<sup>e</sup> édition, 1993. [D1]

**BURGUIERE** André & alii (Dir.), *Histoire de la famille*, 3 tomes, Armand Colin, Paris, 1994. [FH]

**CADART** Jacques, *Le régime électoral des états généraux de 1789 et ses origines (1302-1614)*, Sirey, Paris, 1952. [D2-211]

**CALAIS-AULOY** Jean, *Droit de la consommation*, Dalloz, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1992. [D3-212]

**CAPITANT** René, *Démocratie et participation politique, dans les institutions françaises de 1875 à nos jours*, Bordas, Paris, 1972. [D2-211]

**CARBONNIER** Jean :

1. *Droit civil : La famille, les incapacités*, PUF, Paris, 1992. [D1]

2. *Essai sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1979. [D1]

3. *Flexible droit : Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, Paris, 5<sup>e</sup> édition, 1983. [D1]

**CARRE DE MALBERG** Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Sirey, Paris, 1920, réimpression CNRS, 1962. [D1]

**CASTELLAN** Yvonne, *La famille*, Que-sais-je ? n° 1995, PUF, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1991. [FS]

**CHANTEBOUT** Bernard, *Droit constitutionnel et science politique*, Economica, Paris, 10<sup>e</sup> édition, 1991. [D3-211]

**CHAPSAL** Jacques, *La vie politique en France de 1940 à 1958*, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1984. [D3-211]

**CHAPUS** René :

1. *Droit administratif général, t. 1*, Montchrestien, Paris, 6<sup>e</sup> édition, 1992. [D3-21]
2. *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 4<sup>e</sup> édition, 1993. [D3-21]

**CHENOT** Bernard, *Les institutions administratives françaises*, Les Cours du Droit, Paris, Institut d'Etudes Politiques, 1962-1963. [D3-21]

**CHEVALLIER** Jacques :

1. *L'Etat de droit*, Montchrestien, Paris, 1992. [D1]
2. *Le service public*, Que-sais-je ? n° 2359, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1991. [D3-21]
3. *Science administrative*, PUF, Paris, 1986. [D1]

**CHEVALLIER** Jacques (Dir.) :

1. *L'institution*, PUF, Paris, 1981. [D1]
2. *La participation dans l'administration française*, PUF, Paris, 1975. [D2-212]

**CHEVALLIER** Jacques & **LOSCHAK** Danièle :

1. *La science administrative*, Que-sais-je ? n° 1817, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1987. [D1]

2. *Science administrative*, LGDJ, Paris, 1978. [D1]

**COHEN-JONATHAN** Gérard, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, Paris, 1989. [D1]

**COLAS** Dominique, *Sociologie politique*, PUF, Paris, 1994. [D1]

**COLLIARD** Claude-Albert, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 7<sup>e</sup> édition, 1989. [D3-212]

**CORNU** Gérard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 1990. [D3-11]

**COTTA** Alain, *Le corporatisme*, Que-sais-je ? n° 2208, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1984. [D2-21]

**DALLIGNY** Suzanne, *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, LGDJ, Paris, 1976. [D3-22]

**DEBBASCH** Charles & **BOURDON** Jacques, *Les associations*, Que-sais-je ? n° 2209, PUF, Paris, 4<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-21]

**DEBBASCH** Charles, **BOURDON** Jacques, **PONTIER** Jean-Marie & **RICCI** Jean-Claude, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Economica, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1986. [D2-211]

**DEBBASCH** Charles & **PONTIER** Jean-Marie, *La société française*, Dalloz, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1991. [D1]

**DEKEUWER-DEFOSSEZ** Françoise, *Les droits de l'enfant*, Que-sais-je ? n° 852, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-12]

**DELMAS-MARTY** Mireille, *Le droit de la Famille*, Que-sais-je ? n° 1474, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1980. [D2-212]

**DELVOLVE** Pierre, *L'acte administratif*, Sirey, Paris, 1983. [D3-212]

**DUBOUCHET** Paul, *La pensée juridique avant et après le code civil* :

1. *Livre premier : L'autorité de la chose pensée et la normativité du droit*, 2<sup>e</sup> édition, L'Hermès, Lyon, 1991. [D3-11]
2. *Livre deuxième : Le renouveau du droit naturel ou les deux sources de la pensée juridique européenne*, 1<sup>ère</sup> édition, L'Hermès, Lyon, 1992. [D3-11]

**DUGUIT** Léon :

1. *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Félix Alcan, Paris, 1908. [D1]
2. *Les transformations du droit privé depuis le code Napoléon*, Félix Alcan, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1920. [D1]
3. *Traité de droit constitutionnel*, 3<sup>e</sup> édition, de Boccard, Paris, 1927-1930. [D1]

**DUPEYROUX** Jean-Jacques, *Droit de la sécurité sociale*, Dalloz, Paris, 12<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-22]

**DUPUIS** Georges & **GUEDON** Marie-José, *Institutions administratives, droit administratif*, Armand Colin, 4<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-212]

**DURAND** Paul & **VITU** André, *Traité de droit du travail*, T. III, Dalloz, 1956. [D2-212]

**DUVERGER** Maurice, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, PUF, Paris, 15<sup>e</sup> édition, t. 1, 1978, et t. 2, 1980. [D2-211]

**EISENMANN** Charles, *Cours de droit administratif*, LGDJ, Paris, 1982. [D1]

**ELLUL** Jacques, *Histoire des institutions*, PUF, Paris, t. 1 & 2, 5<sup>e</sup> édition, 1979 ; t. 3, 8<sup>e</sup> édition, 1980 ; t. 4, 6<sup>e</sup> édition, 1969 ; t. 5, 7<sup>e</sup> édition, 1979. [D1]

**FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES SOCIALES DE POITIERS**, *Le droit non civil de la famille*, PUF, Paris, 1983. [D1]

**FAVOREU** Louis & **RENOUX** Thierry, *Le contentieux constitutionnel des actes administratifs*, Sirey, Paris, 1992. [D2-12]

**FOURNIER** Jacques, **QUESTIAUX** Nicole & **DELARUE** Jean-Marie, *Traité du social : Situations, luttes, politiques, institutions*, Dalloz, Paris, 5<sup>e</sup> édition, 1989. [D1]

**GENEVOIS** Bruno, *La jurisprudence du Conseil constitutionnel : Principes directeurs*, STH, Paris, 1988. [D2-12]

**GRAWITZ** Madeleine & **LECA** Jean (Dir.), *Traité de science politique*, PUF, Paris, 1985. [D2-21]

**GRZEGORCZYK** Christophe, **MICHAUT** Françoise & **TROPER** Michel (Dir.), *Le positivisme juridique*, LGDJ, Paris, 1992. [D1]

**GUILLAUME** Gilbert, *Collectivités territoriales et associations*, Economica, Paris, 1987. [D3-212]

**HAURIOU** Maurice :

1. *La gestion administrative : Etude théorique de droit administratif*, Larose, Paris, 1899. [D3-212]
2. *La science sociale traditionnelle*, Larose, Paris, 1896. [D1]
3. *Leçons sur le mouvement social données à Toulouse en 1898*, Paris, Larose, 1899. [D1]
4. *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1929, réimpression CNRS 1965. [D1]

5. *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3<sup>e</sup> année) et en doctorat ès sciences politiques*, Sirey, Paris, 1910. [D1]

**HAUSER** Jean & **HUET-WEILLER** Danièle, *La famille*, 2 tomes, in Ghestin Jacques (Dir.), *Traité de droit civil*, LGDJ, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1993. [D1]

**HESS** Rémi & **AUTHIER** Michel, *L'analyse institutionnelle*, (*Que-sais-je ? n° 1968*, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1981), PUF collection L'éducateur, Paris, 1993. [D1]

**HESS** Rémi & **SAVOYE** Antoine, *L'analyse institutionnelle*, Que-sais-je ? n° 1968, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1993 <sup>2</sup>. [D1]

**INSTITUT DE DROIT COMPARE DE L'UNIVERSITE JEAN MOULIN**, *Mariage et famille en question*, CNRS, Lyon, 6 vol., 1979-1982. [D2-12]

**JEANNEAU** Bernard, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Dalloz, Paris, 8<sup>e</sup> édition, 1991. [D2-212]

**JOBERT** Bruno & **MULLER** Pierre, *L'Etat en action : Politiques publiques et corporatismes*, PUF, Paris, 1987. [D2-22]

**JOIN-LAMBERT** Marie-Thérèse & *alii*, *Politiques sociales*, Dalloz, Paris, 1994. [D1]

**KAYSER** Pierre, *La protection de la vie privée*, Economica, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1990. [D3-121]

**KELSEN** Hans :

1. *La démocratie : Sa nature, sa valeur*, 2<sup>e</sup> édition française 1929, réédition Economica, Paris, 1988. [D3-21]

---

<sup>2</sup> Cette deuxième version est largement différente du *Que-sais-je ?* primitif et doit être considérée comme un ouvrage spécifique.

2. *Théorie pure du droit* (traduction française de la 2<sup>e</sup> édition de la «Reine Rechtslehre» par Charles Eisenmann), Dalloz, Paris, 1962, tirage Toulouse, 1989. [D1]

**LANGROD** Georges (Dir.), *La consultation dans l'administration contemporaine*, Cujas, Paris, 1972. [D2-212]

**LAROQUE** Michel, *Politiques sociales dans la France contemporaine : Le social face à l'avenir*, 3<sup>e</sup> édition, STH, Paris, 1990. [D2-22]

**LAROQUE** Pierre (Dir.), *Les institutions sociales de la France*, Doc. fr., Paris, 1980. [D2-22]

**LARY** Henri de, *La libre circulation des personnes dans la CEE*, Que-sais-je ? n° 2697, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1992. [D2-121]

**LASSALE** Jean-Pierre, *La démocratie américaine : Anatomie d'un marché politique*, Armand Colin, Paris, 1991. [D3-212]

**LAUBADERE** André de, **VENEZIA** Jean-Claude & **GAUDEMET** Yves, *Traité de droit administratif*, t. 1, 9<sup>e</sup> édition, LGDJ, Paris, 1992. [D2-21]

**LAUBADERE** André de, *Traité de droit administratif : Les grands services publics*, t. 3, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1978. [D1]

**LAVROFF** Dmitri Georges, *Les grandes étapes de la pensée politique*, Dalloz, Paris, 1993. [D2-211]

**LEGENDRE** Pierre, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours*, PUF, Paris, 1968. [D1]

**LYON-CAEN** Antoine & **LYON-CAEN** Gérard, *Droit social international et européen*, Dalloz, Paris, 7<sup>e</sup> édition, 1991. [D2-22]

**MacCORMICK** Neil & **WEINBERGER** Ota, *Pour une théorie institutionnelle du droit : Nouvelles approches du positivisme juridique*, LGDJ, Paris, 1992. [D1]

**MALAURIE** Philippe, *Droit civil : La famille*, Cujas, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1992. [D2-11]

**MARTIN** Marcel (Dir.), *Les institutions politiques de la France*, Doc. fr., Paris, t. 1, 1959, et t. 2, 1961. [D3-22]

**MARTY** Gabriel & **RAYNAUD** Pierre, *Droit civil ; T. 1 : Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1972. [D1]

**MATHIEU** Jean-Luc, *La défense internationale des droits de l'Homme*, Que-sais-je ? n° 2733, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1993. [D1]

**MAZERES** Jean-Arnaud :

1. *Acte administratif unilatéral et institution*, cours de DEA de droit public, Université de Toulouse 1, 1985 (manuscrit). [D1]
2. *Aspects et tendances du système administratif français*, cours de 4<sup>e</sup> année de licence en droit, photocopié, Centre d'édition universitaire de l'AGET-UNEF, Toulouse, 1973-1974. [D1]
3. *Cours de Science administrative*, Maîtrise en droit public, Université de Toulouse 1, 1984 (manuscrit). [D1]
4. *Théories institutionnelles de la connaissance juridique*, cours de DEA de droit public, Université de Toulouse 1, 1994 (manuscrit). [D1]

**MENY** Yves, *Politique comparée ; les démocraties : Etats-Unis, France, Grande-Bretagne, Italie, R.F.A.*, Montchrestien, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1988. [D2-21]

**MEUNIER-BOFFA** Martine, *Droit social*, Litec, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1991. [D2-22]



**MICHEL** Henri, *Les courants de pensée de la Résistance*, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1962. [D2-211]

**MICHEL** Henri & **MIRKINE-GUETZEVITCH** Boris, *Les idées politiques et sociales de la Résistance (documents clandestins 1940-1944)*, PUF, Paris, 1954. [D2-211]

**MILLON-DELSOL** Catherine, *L'Etat subsidiaire ; Ingérence et non-ingérence de l'Etat : Le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, PUF, Paris, 1992. [D2-211]

**MOREAU** Jacques, *Droit administratif*, PUF, Paris, 1989. [D2-212]

**MOURGEON** Jacques, *Les droits de l'Homme*, Que-sais-je ? n° 1728, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1981. [D1]

**NEIRINCK** Claire, *Le droit de l'enfance après la Convention des Nations-Unies*, Delmas, Paris, 1993. [D2-12]

**OLSON** Mancur, *Logique de l'action collective (the logic of collective action - Public goods and the Theory of Groups*, Harvard University Press, Harvard, 1966), traduction française PUF, Paris, 1978. [D2-21]

**ORY** Pascal (Dir.), *Nouvelle histoire des idées politiques*, Hachette, Paris, 1987. [D2-211]

**PACTET** Pierre, *Institutions politiques, droit constitutionnel*, Masson, Paris, 12<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-211]

**PHILIP** Loïc, *Histoire de la pensée politique en France, de 1789 à nos jours*, Economica, Paris, 1993. [D2-211]

**POUSSON-PETIT** Jacqueline & **POUSSON** Alain, *L'affection et le droit*, CNRS, Toulouse, 1990. [D2-11]

**PRIEUR** Michel, *Droit de l'environnement*, Dalloz, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1991. [D3-212]

**PRELOT** Marcel & **BOULOUIS** Jean, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Dalloz, Paris, 11<sup>e</sup> édition, 1990. [D2-21]

**PRELOT** Marcel & **LESCUYER** Georges, *Histoire des idées politiques*, Dalloz, Paris, 11<sup>e</sup> édition, 1992. [D2-211]

**RASSAT** Michèle-Laure, *Procédure pénale*, PUF, Paris, 1991. [D2-212]

**RENARD** Georges, *La théorie de l'institution : Essai d'ontologie juridique*, Sirey, Paris, 1930. [D1]

**RIGAUX** François, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, LGDJ, Paris, 1990. [D1]

**RIPERT** Georges :

1. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, Paris, 1946. [D3-112]

2. *Le déclin du droit : Etudes sur la législation contemporaine*, LGDJ, Paris, 1949. [D2-221]

**RIVERO** Jean, *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 11<sup>e</sup> édition, 1985. [D1]

**ROBERT** Jacques & **DUFFAR** Jean, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Paris, 5<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-12]

**ROMANO** Santi, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 1975. [D1]

**ROULAND** Norbert, *Anthropologie juridique*, PUF, Paris, 1988. [FS]

**RUBELLIN-DEVICHI** Jacqueline, *L'évolution du statut civil de la famille depuis 1945*, CNRS, Lyon, 1983. [D1]

**SAUVY** Alfred, *La population*, Que-sais-je ? n° 148, PUF, Paris, 15<sup>e</sup> édition, 1992. [FE]

**SAVATIER** René :

1. *Du droit civil au droit public, à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, Paris, 1945. [D1]
2. *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, Dalloz, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1952. [D1]

**SCHNAPPER** Bernard, *Voies nouvelles en histoire du droit : La justice, la famille, la répression pénale (XVI<sup>e</sup> siècle - XX<sup>e</sup> siècle)*, PUF, Paris, 1991. [D2-12]

**SERIAUX** Alain, *Le droit naturel*, Que-sais-je ? n° 2806, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1993. [D1]

**SINGLY** François de, *Sociologie de la famille contemporaine*, Nathan, Paris, 1993. [FS]

**STECK** Philippe, *Les prestations familiales*, Que-sais-je ? n° 2771, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1993. [D2-22]

**STEFANI** Gaston, **LEVASSEUR** Georges & **BOULOC** Bernard, *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 15<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-212]

**SUDRE** Frédéric, *La convention européenne des droits de l'Homme*, Que-sais-je ? n° 2513, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1992. [D1]

**TERRE** François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 1991. [D1]

**THEVENET** Amédée :

1. *L'aide sociale aujourd'hui après la décentralisation*, Editions ESF, Paris, 9<sup>e</sup> édition, 1992. [D1]

2. *Les institutions sanitaires et sociales de la France*, Que-sais-je ? n° 2319, PUF, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1994. [D1]

**TOPOR** Lucienne, *La médiation familiale*, Que-sais-je ? n° 2663, PUF, Paris, 1992. [D3-122]

**TOUCHARD** Jean, *Histoire des idées politiques*, PUF, Paris, 8<sup>e</sup> édition, 1981. [D2-211]

**TRICOT** Bernard & **HADAS-LEBEL** Raphaël, *Les institutions politiques françaises*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1985. [D2-211]

**VALDRINI** Patrick, **VERNAY** Jacques, **DURAND** Jean-Paul & **ECHAPPE** Olivier, *Droit canonique*, Dalloz, Paris, 1989. [D3-11]

**VAUSSARD** Maurice, *Histoire de la démocratie chrétienne, 1 : France, Belgique, Italie*, Editions du Seuil, Paris, 1956. [D2-211]

**VEDEL** Georges & **DELVOLVE** Pierre, *Droit administratif*, PUF, Paris, 12<sup>e</sup> édition, 1992. [D2-21]

**VERDIER** Jean-Maurice, *Syndicats et droit syndical*, in Camerlinck G.H. (Dir.), *Droit du travail*, t. 5, Dalloz, Paris, vol. 1, 2<sup>e</sup> édition, 1987. [D2-212]

**VERDIER** Pierre, *Nouveau guide de l'aide sociale à l'enfance*, Le Centurion, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1987. [D2-122]

**VINCENT** Jean & **GUINCHARD** Serge, *Procédure civile*, Dalloz, Paris, 22<sup>e</sup> édition, 1991. [D3-212]

**WACHSMANN** Patrick, *Les droits de l'homme*, Dalloz, Paris, 1992. [D2-121]

**WALINE** Marcel, *L'individualisme et le droit*, Montchrestien, Paris, 1945. [D1]

**WEIL** Prosper, *Le droit administratif*, Que-sais-je ? n° 1152, PUF, Paris, 15<sup>e</sup> édition, 1992. [**D2-211**]

**WEILL** Alex & **TERRE** François, *Droit civil : Les personnes, la famille, les incapacités*, Dalloz, Paris, 5<sup>e</sup> édition, 1993. [**D2-111**]

## 2 - Thèses, mémoires & monographies. <sup>3</sup>

**AMILHAU** Yves, *Le code de la famille : Etude critique médico-sociale*, thèse médecine, Toulouse, 1939, 87 p. [D3-221]

**ARSEGUEL** Albert, *La notion d'organisations syndicales les plus représentatives*, thèse droit, Toulouse, 1976, 648 p. dactylographiées + bibliographie. [D2- 212]

**ASSI** Emmanuel, *L'intérêt de la famille*, thèse 3<sup>e</sup> cycle droit privé, Montpellier I, 1983, 226 p. dactylographiées + bibliographie. [D1]

**AULAGNON** Henri, *Notion et protection de l'intérêt de la famille en droit civil moderne, spécialement d'après la loi du 22 septembre 1942*, thèse droit, Lyon, 1946, 223 p. dactylographiées + bibliographie <sup>4</sup>. [D1]

**BACRABERE** Georges, *Aspects de la société familiale dans le droit canonique*, Institut catholique de Toulouse, 1954, 36 p. dactylographiées. [D3-11]

**BAZEX** Michel, *Corporatisme et droit administratif : Le statut administratif des organismes professionnels*, thèse droit, Toulouse, 1967, 1141 p. dactylographiées + bibliographie. [D2-21]

**BECQUART** Joseph, *Les mots à sens multiples en droit civil français : Contribution au perfectionnement du vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 1928. [D2-121]

---

<sup>3</sup> La MIRE finance ou soutient la production de nombreuses monographies concernant le champ politique familial. La revue *MIRE info* fait régulièrement le point sur ces opérations. La revue et les rapports sont disponibles auprès de la MIRE, ministère des Affaires Sociales, pièce 2248, 1 place de Fontenoy, 75350 Paris 07 SP.

<sup>4</sup> L'exemplaire que nous avons pu consulter (bibliothèque interuniversitaire de Lyon, avril 1993) est fort abîmé et incomplet. Il manque notamment la partie la plus pertinente au regard de notre étude : le *chapitre 3 du Titre 2, 2<sup>e</sup> partie*, «les réformes à apporter au droit positif pour garantir l'intérêt de la famille, la personnalité morale des familles».

**BESSON** Sabine, *Religion et famille ; Problématique de l'appartenance à un groupe religieux minoritaire : L'exemple des témoins de Jéhovah*, thèse droit de la famille, Lyon III, 1993, 274 p. dactylographiées + ann + bibliographie. [D3-122]

**BON** Isabelle, *Le transsexualisme : Analyse de pratiques médicale et juridique*, Thèse droit privé, Université Jean Moulin-Lyon 3, 1990, 313 p. dactylographiées + ann. et bibliographie. [D3- 121]

**BORGETTO** Michel, *La notion de fraternité en droit public français : Le passé le présent et l'avenir de la solidarité*, LGDJ, Paris, 1993. [D3-222]

**BOUCAUD** Pascale, *Le Conseil de l'Europe et la protection de l'enfant : L'opportunité d'une Convention européenne des droits de l'enfant*, Dossiers sur les droits de l'Homme n° 10, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989. [D2-12]

**BOUILLOUX** Alain, *L'âge du salarié*, thèse droit, Université Lumière - Lyon II, 1993, 442 p. dactylographiées + bibliographie. [D3-221]

**BOYER** Pascale, *La femme et la famille dans les Semaines Sociales de France*, mémoire de DEA d'Histoire du droit, Université de Toulouse 1, 1984, 350 p. dactylographiées + notes, bibliographie et biographies. [D3-211]

**BRANLARD** Jean-Paul, *Le sexe et l'état des personnes : Aspects historique, sociologique et juridique*, LGDJ, Paris, 1993. [D3-12]

**BRAUD** Philippe, *La notion de liberté publique et ses implications en droit français*, LGDJ, Paris, 1968. [D3-121]

**BROUSSE-BLANC** Véronique & alii, *Vie associative et protection sociale*, mémoire collectif, Centre National d'Etudes supérieures de Sécurité Sociale, Saint-Etienne, XXII<sup>e</sup> promotion, Juin 1984, 187 p. dactylographiées + ann. [D3-222]

**CAHEN-SALVADOR** Jean, *La représentation des intérêts et les services publics*, Sirey, Paris, 1935. [D2-21]

**CARBONNIER** Jean, *Le régime matrimonial : Sa nature juridique sous le rapport des notions de société et d'association*, Y. Cadoret, Imprimerie de l'Université, Bordeaux, 1932. [D2-11]

**CARPENTIER** Louis, *L'organisation de la famille et le vote familial*, Giard & Brière, Paris, 1913. [D2-211]

**CAYRET** Etienne, *Le procès de l'individualisme juridique*, Sirey, Paris, 1932. [D2-11]

**CHAMOZZI-CAROUX** Françoise, *La dynamique associative : Emergence de nouveaux acteurs institutionnels : Les syndicats hors production*, thèse 3<sup>e</sup> cycle, Ecole des hautes études en sciences sociales, Centre d'ethnologie sociale et de psychosociologie, Paris, 1982, dactylographiée. [D2-21]

**CLAPIE** Michel, *De la consécration des principes politiques, économique et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps : Etudes de droit public*, thèse pour le doctorat de droit public, Montpellier, 1992, 479 p. dactylographiées + ann. + bibliographie. [D2-12]

**COET** Philippe, *Les notions cadres dans le code civil : Etude des lacunes intra legem*, thèse droit, Paris 2, 1985. [D2-12]

**COULOUGNON** Bernard, *La collaboration volontaire des administrés et de l'administration : Essai d'une théorie d'ensemble*, thèse droit, Montpellier, 1965, 315 p. dactylographiées. [D2-212]

**DARLES** Alain, *Le Centre Communal d'Action Sociale : Le Bureau d'Aide Sociale dans la Décentralisation*, thèse droit public, Tours, 1991, 1 vol. dactylographié + 1 vol. d'annexes. [D3-212]

**DARNOUX** Roland, *L'évolution du statut de l'administré en droit administratif français*, thèse droit, Lyon III, 1992, 195 p. dactylographiées + bibliographie. [D3-212]

**DELAUNAY** Bénédicte, *L'amélioration des rapports entre l'administration et les administrés : Contribution à l'étude des réformes administratives entreprises depuis 1945*, LGDJ, Paris, 1993. [D3-21]



**DELESTRE** Antoine & **MORGENTHALER** Jean-Louis (Dir.), *Les associations familiales et leurs militants : arrondissement de Nancy*, mémoire de l'Institut de Sociologie de l'Université de Nancy II, 1980, 25 p. dactylographiées. [FS]

**DEMICHEL** André, *Le contrôle de l'Etat sur les organismes privés : Essai d'une théorie générale*, LGDJ, Paris, 2 tomes, 1960. [D1]

**DESCAMPS** Henri, *La démocratie chrétienne et le MRP : De 1946 à 1959*, LGDJ, Paris, 1981. [D2-211]

**DESPAX** Michel, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, Paris, 1957. [D2-11]

**DIMOU** Fidèle, *La structure représentative des intérêts familiaux en France : L'UNAF*, mémoire DESS d'Administration Publique, Université de Paris X - Nanterre 1984, 44 p. dactylographiées + ann. [D2-21]

**DONEGANI** Jean-Marie, *Mouvement populaire des familles et Mouvement de libération du peuple (1942-1957) : De l'action catholique au combat politique*, mémoire Institut d'Etudes Politiques de l'Université de Paris, 1972, 168 p. dactylographiées + ann. [D2-211]

**DONNIER** Jean-Baptiste, *L'autorité en droit privé*, Thèse pour le doctorat en droit, Aix-en-Provence, 1992, 404 p. dactylographiées + bibliographie. [D1]

**DOULCET** Hubert, *La fonction représentative de l'UNAF*, mémoire Ecole Nationale de la Santé Publique, 1970, 56 p. dactylographiées + ann. [D2-212]

**DRZEMCZEWSKI** Andrew, *Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, tel que le garantit l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Dossiers sur les Droits de l'Homme n° 7, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1985. [D2-12]

**DUPARC** Christiane, *La Communauté européenne et les droits de l'homme*, Commission des communautés, Luxembourg, 1992. [D3-121]

**DURIEZ** Bruno & **NIZEY** Jean, *Les services d'aide familiale du Mouvement Populaire des Familles : Du mouvement confessionnel à l'action sociale spécialisée*, rapp. de fin de recherche, MIRE, Paris, 1990. [FH]

**DURUPT** Marie-Josèphe, *Les mouvements d'action catholique rurale : Facteur d'évolution du milieu rural*, thèse Institut d'études politiques, Paris, 1963, 413 p. dactylographiées + 1 vol. d'annexes. [D3-211]

**ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION**, *La population de la France*, 2 tomes, Séminaires de la promotion Jean Monnet, Futuribles, Paris, 1993. [D2-22]

**FERRY** Fresnette, *Le problème constitutionnel et l'opinion publique en France de 1940 à 1946*, Thèse droit, Paris, 1947, 353 p. dactylographiées + un vol. d'annexes. [D1]

**FIERENS** Jacques, *Droit et pauvreté : Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruylant, Bruxelles, 1992. [D3-22]

**FRANGI** Marc, *Constitution et droit privé : Les droits individuels et les droits économiques*, Economica, Paris, 1992. [D1]

**GAILLARD** Emmanuel, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, Paris, 1985. [D1]

**GARE** Thierry, *Les grands-parents dans le droit de la famille*, CNRS, Lyon, 1989. [D2-12]

**GARRIGOU-LAGRANGE** Jean-Marie, *Recherches sur les rapports des associations avec les pouvoirs publics*, LGDJ, Paris, 1970. [D1]

**GASTAUD** Jean-Pierre, *Personnalité morale et droit subjectif*, LGDJ, Paris, 1977. [D1]

**GAUTHIER** René, *Les associations de famille de l'ordonnance du 3 mars 1945*, thèse droit, Paris, 1947, 186 p. dactylographiées + ann. [D2-21]

**GENY** Bernard, *Essai d'une théorie générale de la collaboration des administrés avec l'administration en dehors de leurs rapports contractuels*, Sirey, Paris, 1930. [D2-21]

**GOUNOT** Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Rousseau, Paris, 1912. [D3-211]

**HAMEL** Etienne, *Les associations de familles*, mémoire de l'Ecole libre des sciences politiques, Paris, 1944, 173 p. dactylographiées. [D2-211]

**HECQUARD-THERON** Maryvonne, *Essai sur la notion de réglementation*, LGDJ, Paris, 1977. [D1]

**HELLER** Charles, *La fonction consultative dans le droit administratif français*, thèse droit, Strasbourg, 1961, 321 p. dactylographiées + bibliographie. [D3-212]

**HOSTIOU** René, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en Droit français*, LGDJ, Paris, 1975. [D3-212]

**ISAAC** Guy, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ, Paris, 1968. [D3-212]

**JOUVET-CHIRAT** Josette, *Le secret des affaires de famille dans le droit des personnes*, thèse droit, Université Jean Moulin-Lyon III, 1984, 537 p. dactylographiées + bibliographie. [D3-12]

**LABBE** Claude, *Géographie sociale des associations familiales en France en 1977 : Observations statistiques sur les Unions départementales des associations familiales (UDAF) regroupées en une Union nationale (UNAF)*, mémoire Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris, Septembre 1980, 248 p. dactylographiées + ann. + répertoire de cartes. [FS]

**LAFORE** Robert, *Recherche sur les interventions publiques en matière sociale : Le secteur de l'enfance inadaptée - handicapée*, thèse droit public, Limoges, 1986, 704 p. dactylographiées + bibliographie. [D2-12]

**LAGRAVE** Michel (Dir.), *L'action familiale associative*, Mémoire collectif Ecole Nationale d'Administration, Direction des Etudes : Questions sociales, Promotion Henri-François d'Aguesseau, Paris, 1981. [D2-21]

**LASCOMBE** Michel, *Les ordres professionnels*, thèse droit public, Strasbourg III, 1987, 499 p. dactylographiées + ann. et bibliographie. [D3-212]

**LENOIR** Rémi, *Politiques et représentations sociales de la famille*, rapp. pour la MIRE, Paris, décembre 1992. [D1]

**MEMMI** Dominique, *Le gouvernement de la famille : Régulation publique et maîtrise privée du conflit conjugal en Italie (1965-1975)*, thèse Institut d'Etudes politiques de Paris, 1987, 593 p. dactylographiées + bibliographie. [D3-221]

**MESSU** Michel, *L'action sociale : Prestations et politiques familiales*, thèse 3<sup>e</sup> cycle sociologie, Université de Paris X, 1980, 321 p. dactylographiées + ann. et bibliographie. [D1-22]

**MORLET** Bernard, *Les hommes qui font l'UDAF*, mémoire de fin de stage pour la formation «Manager 2000», Paris, 1991, 40 p. dactylographiées + bibliographie. [FS]

**NEGRIN** Jean-Paul, *L'intervention des personnes morales de droit privé dans l'action administrative*, LGDJ, Paris, 1971. [D1]

**NEIRINCK** Claire, *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, LGDJ, Paris, 1984. [D1]

**NGUYEN-KIM-SON**, *Le mariage et la famille dans le marxisme-léninisme : Libération de la femme et transformation des institutions familiales*, thèse 3<sup>e</sup> cycle philosophie appliquée, Université Jean Moulin-Lyon III, 1979. [FP]

**NOUVION** André-Pierre, *L'institution des chambres de commerce : Pouvoirs et contrepoids*, LGDJ, Paris, 1992. [D3-21]

**OLIVIER** Christian, *Le droit de la famille en matière d'enseignement*, Thèse droit, Paris, 1950, 230 p. dactylographiées + bibliographie. [D3-121]

**PARROT** Jean-Philippe, *La représentation des intérêts dans le mouvement des idées politiques*, PUF Paris, 1974. [D2-21]

**POIROT-MAZERES** Isabelle, *La représentation en droit administratif français*, thèse droit, Université des Sciences Sociales de Toulouse 1, 1989, 492 p. dactylographiées + bibliographie. [D3-212]

**RAY** Jean, *Essai sur la structure logique du code civil français ; & Index du code civil, contenant tous les mots qui figurent dans le texte du code accompagnés des références à tous les articles où ils se trouvent et illustrés de citations qui peuvent en éclairer le sens ou l'emploi (thèse complémentaire)*, Félix Alcan, Paris, 2 tomes, 1926. [D1]

**RAYNAUD** Pierre, *La nature juridique de la dot : Essai de contribution à la théorie Générale du Patrimoine*, Sirey, Paris, 1934. [D2-11]

**RENARD** Didier, *La famille comme catégorie de l'action socio-politique*, Rapp. final en application de la convention GRMF/MIRE du 19 mars 1986, MIRE, Paris, 1988. [D1]

**RENOUX** Thierry, *Le Conseil constitutionnel et l'autorité judiciaire, L'élaboration d'un droit constitutionnel juridictionnel*, Economica, Paris, 1984. [D3-12]

**RIALS** Stéphane, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, LGDJ, Paris, 1978. [D1]

**RUELLAN** Yves, *1940-1945 : De la corporation paysanne à la confédération nationale de la famille rurale ; Approche historique de l'origine d'un mouvement familial*, mémoire diplôme universitaire d'études de la pratique sociale, Université François Rabelais, Laboratoire des sciences de l'éducation et de la formation, Tours, 1990, 156 p. dactylographiées + bibliographie et ann. [FH]

**SFEZ** Lucien, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1966. [D3-112]

**SIAT** Guy, *La famille en droit fiscal français*, thèse droit, Université Robert Schuman, Strasbourg, 1990, 401 p. dactylographiées + bibliographie. [D3-221]

**SICARD** François, *Histoire du mouvement familial en Loire-Inférieure (1917-1947)*, mémoire DEA de droit privé de l'économie, Nantes, 1990, 111 p. dactylographiées + ann. [D2-211]

**SIMON** Gérald, *Puissance sportive et ordre juridique étatique : Contribution à l'étude des relations entre la puissance publique et les institutions privées*, LGDJ, Paris, 1990. [D3-212]

**SOUSI** Gérard, *L'intérêt social dans le droit français des sociétés commerciales*, thèse droit, Université Jean Moulin Lyon III, 1974. [D3-212]

**TALMY** Robert, *Histoire du mouvement familial en France (1896-1939)*, Thèse lettres, Lille, publiée par l'Union Nationale des Caisses d'Allocations Familiales, 2 vol., Aubenas, 1962. [FH]

**THERON** Jean-Pierre, *Recherches sur la notion d'établissement public*, LGDJ, Paris, 1976. [D3-212]

**THERY** Marie-Madeleine, *l'UNAF*, mémoire (cadre inconnu) Lille 1979. [FS]

**VARENE** Françoise, *Histoire de l'Union Départementale des Associations Familiales des Bouches-du-Rhône de 1945 à nos jours*, mémoire de maîtrise d'histoire, Université de Provence Aix-Marseille 1, 1978, 172 p. dactylographiées. [FH]

**WALINE** Jean, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, thèse droit, Paris, 1962, 341 p. dactylographiées. [D1]

**WEBER** Yves, *L'administration consultative*, LGDJ, Paris, 1968. [D2-212]

### 3 - Ouvrages généraux.

**ARENDT** Hannah, *Condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy/ Presses Pocket, Paris, 1983.  
[FP]

**BERIOT** Louis, *Le bazar de la solidarité*, Jean-Claude Lattès, Paris, 1985. [FP]

**BICHOT** Jacques, *La politique familiale : Jeunesse, investissement et avenir*, Cujas, Paris, 1992.  
[D2-22]

**BOUILLE** François, *Droit des étrangers*, Syros/CFDT, Paris, 1992. [D2-121]

**BOURDIEU** Pierre, *Le sens pratique*, Les éditions de Minuit, Paris, 1980. [FS]

**BOURETZ** Pierre (Dir.), *La force du droit : Panorama des débats contemporains*, Esprit, Paris, 1991 [D1]

**BOUSSARD** Isabel, *Vichy et la corporation paysanne*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 1980. [D2-211]

**BRAUDEL** Fernand, *L'identité de la France*, 3 vol., Arthaud-Flammarion, Paris, 1986. [FH]

**BRAULT** Yolande, *Des toits et des hommes : 50 ans de la vie du mouvement PACT-ARIM*, L'inédite, Paris, 1992. [FH]

**BURDEAU** Georges, *Le libéralisme*, Editions du Seuil, Paris, 1979. [D1]

**CHAUVIÈRE** Michel & **GODBOUT** Jacques T. (Dir.), *Les usagers entre marché et citoyenneté*, L'Harmattan, Paris, 1992. [FS]

**CLOSETS** François de, *Tant et plus*, Grasset-Le Seuil, Paris, 1992. [FP]

**COMMAILLE** Jacques, *Les stratégies des femmes : Travail, famille et politique*, Editions La Découverte, Paris, 1992. [FS]

**DANSETTE** Adrien, *Destin du catholicisme français : 1926-1956*, Flammarion, Paris, 1957. [FH]

**DELEUZE** Gilles & **GUATTARI** Félix, *Capitalisme et schizophrénie : L'Anti-Oedipe*, Minuit, Paris, 1972. [FS]

**DONZELOT** Jacques :

1. *L'invention du social : Essai sur le déclin des passions politiques*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1984. [FS]
2. *La police des familles*, Editions de Minuit, Paris, 1977. [D1]

**DROUARD** Alain, *Une inconnue des sciences sociales : La fondation Alexis Carrel*, Maison des sciences de l'homme, Paris, 1992. [D3-222]

**DUMONT** Gérard-François, *Le festin de Kronos : Réalités et enjeux des évolutions socio-démographiques en Europe*, Fleurus, Paris, 1991. [FE]

**DUMONT** Gérard-François (Dir.), *Pour la liberté familiale*, PUF, Paris, 1986. [FP]

**DUQUESNE** Jacques, *Les catholiques français sous l'occupation*, Grasset, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1986. [FH]

**DURKHEIM** Emile :

1. *De la division du travail social*, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1991. [FS]
2. *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, Paris, 7<sup>e</sup> édition, 1993 [D1]



3. *Textes*, Les éditions de Minuit, Paris, 3 tomes, 1975. [FS]

**DUVERGER** Maurice, *Les partis politiques*, Armand Colin, Paris, 10<sup>e</sup> édition, 1976. [D3-21]

**ENFIERE** André, *Le vote familial : La réforme électorale*, Giard, Paris, 1923. [D2-211]

**ENGELS** Friedrich, *L'origine de la famille, de la propriété privée et de l'Etat*, Editions Sociales, Paris, 1983. [FP]

**FAUVET** Jacques, *La IVe République*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 1959. [D3-211]

**FOSSAERT** Robert & **LEVY** Michel Louis, *100 millions de français contre le chômage*, Stock, Paris, 1992. [FE]

**GEGOT** Jean-Claude, *La population française au XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles*, Ophrys, Gap, 1989. [FH]

**GIRARD** Alain, *L'Institut national d'études démographiques : Histoire et développement*, Editions de l'INED, Paris, 1986. [D2-222]

**GOLDSMITH** Edward, **ALLEN** Robert, **ALLABY** Michael, **DAVULL** John & **LAWRENCE** Sam, *Changer ou disparaître*, Fayard, Paris, 1972. [FP]

**GOODY** Jack, *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Armand Colin, Paris, 1983. [FH]

**GUICHARD** Jean & **VIOT** Marcel, *Louis Alvergnat : Une figure du mouvement ouvrier*, Editions Garibaldi, Paris, 1986. [FH]

**GUITTON** Henri, *Le catholicisme social*, Les Publications techniques, Paris, 1945. [FH]

**HABERMAS** Jürgen :

1. *L'espace public : Archéologie de la publicité comme espace constitutif de la société bourgeoise*, Payot, Paris, 1978. [D1]
2. *Théorie de l'agir communicationnel*, 2 t., Fayard, Paris, 1987. [D1]

**HAURIOU** André, *Vers une doctrine de la Résistance : Le socialisme humaniste*, Editions Fontaine, Alger, 1944. [D2-211]

**HEGEL** Georg Wilhelm Friedrich, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, Paris, 1963. [D1]

**JACQUARD** Albert, *L'explosion démographique*, Flammarion, Paris, 1993. [D3-22]

**JEAN-PAUL II**, *Lettre aux familles*, Mame - Plon, Paris, 1994. [FP]

**JOUVENEL** Bertrand de, *Du pouvoir*, Hachette, Paris, 1972. [D3-21]

**KALTENBACH** Jeanne-Hélène & Pierre-Patrick, *La France : Une chance pour l'Islam*, Editions du Félin, Paris, 1991. [FP]

**KALTENBACH** Pierre-Patrick, *La famille contre tous les pouvoirs : De Louis XIV à Mitterrand*, Nouvelle Cité, Paris, 1985 <sup>5</sup>. [FP]

**KANT** Emmanuel, *Métaphysique des mœurs ; 1<sup>ère</sup> partie : Doctrine du droit*, Vrin, Paris, 1971 <sup>6</sup>. [FP]

**LACROIX** Jean, *Force et faiblesses de la famille*, Seuil, Paris, 1948. [FP]

---

<sup>5</sup> Cet ouvrage reproduit en annexe les actes du Colloque *Mariage, Famille et Société civile*, Fontevraud, Oct. 1984, avec des interventions de Nelly Viallaneix, Evelyne Sullerot, Jacques Ellul, Jean Carbonnier et France Quéré.

<sup>6</sup> Préface importante de Michel Villey.

**LAING** Ronald D., *La politique de la famille*, Stock, Paris, 1972.[FS] <sup>7</sup>

**LAROQUE** Pierre, *Au service de l'homme et du droit : Souvenirs et réflexions*, Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale, Paris, 1993. [D3-22]

**LA TOUR DU PIN** René de, *Vers un ordre social chrétien : Jalons de route 1882-1907*, Gabriel Beauchesne, Paris, 5<sup>e</sup> édition, 1929. [FP]

**LE GOFF** Jacques & **REMOND** René (Dir.), *Histoire de la France religieuse (IV) : Société sécularisée et renouveau religieux*, Editions du Seuil, Paris, 1992. [FH]

**LEFEBVRE** Henri, *La présence et l'absence : Contribution à la théorie des représentations*, Casterman, Paris, 1980. [D1]

**LEGENDRE** Pierre :

1. *Leçons II ; L'empire de la vérité : Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, Fayard, Paris, 1983. [D1]
2. *Leçons IV ; L'ineestimable objet de la transmission : Etude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, Paris, 1985. *Suite 1 ; Le dossier occidental de la parenté : Textes juridiques indésirables sur la généalogie*, Fayard, Paris, 1988. *Suite 2 ; Filiation : Fondement généalogique de la psychanalyse* (par A. Papageorgiou-Legendre), Fayard, Paris, 1990. [D1]
3. *Leçons VI ; Les enfants du texte : Etude sur la fonction parentale des Etats*, Fayard, Paris, 1992. [D1]
4. *Leçons VII ; Le désir politique de Dieu : Etude sur les montages de l'Etat et du droit*, Fayard, Paris, 1988 [D1]

---

<sup>7</sup> Le titre ne doit pas faire illusion. Il s'agit non d'un ouvrage de politique législative de la famille, mais d'un ouvrage, fort intéressant au demeurant, d'antipsychiatrie sur la famille.

5. *Leçons VIII ; Le crime du caporal Lortie : Traité sur le père*, Fayard, Paris, 1989. [D1]

**LEMENICIER** Bertrand, *Le marché du mariage et de la famille*, PUF, Paris, 1988. [FE]

**LE PLAY** Frédéric, *L'organisation de la famille, selon le vrai modèle signalé par l'histoire de toutes les races et de tous les temps*, Téqui, bibliothécaire de l'oeuvre Saint-Michel, Paris, 1871. [FP]

**LISCIA** Claude, *Familles hors la loi*, Maspéro, Paris, 1978. [FS]

**LOCHAK** Danièle, *Etrangers : De quel droit ?*, PUF, Paris, 1985. [D2-12]

**LOCKE** John, *Deuxième traité du gouvernement civil*, Vrin, Paris, 1977. [D1]

**LORY** Bernard, *La politique d'action sociale*, Privat, Toulouse, 1975. [D2-22]

**LOURAU** René, *L'analyse institutionnelle*, Editions de minuit, Paris, 1970. [D1]

**MALTHUS**, *Essai sur le principe de population*, Flammarion, Paris, 1992. [FE]

**MARX** Karl & **ENGELS** Friedrich, *L'idéologie allemande*, Editions Sociales, Paris, 1982. [FP]

**MAYEUR** Jean-Marie, *Catholicisme social et démocratie chrétienne : Principes romains, expériences françaises*, Les éditions du Cerf, Paris, 1986. [FH]

**MESSU** Michel, *Les politiques familiales : Du natalisme à la solidarité*, Les Editions Ouvrières, Paris, 1992. [D1]

**MENDES-FRANCE** Pierre, *La République moderne : Propositions*, Gallimard, Paris, 1966. [FP]

**MEYNAUD** Jean, *Les groupes de pression en France*, Armand Colin, Paris, 1958. [D2-21]

**MICHELS** Robert, *Les partis politiques : Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, 2<sup>e</sup> édition française, Flammarion, Paris, 1971. [D2-21]

**MILIBAND** Ralph, *L'Etat dans la société capitaliste : Analyse du système de pouvoir occidental*, Maspéro, Paris, 1973. [FP]

**MOUNIER** Emmanuel, *Oeuvres*, 4 tomes, Seuil, Paris, 1961-1963. [FP]

**PAQUOT** Thierry & alii, *Le familistère Godin à Guise : Habiter l'utopie*, Les éditions de La Vilette, 1982 <sup>8</sup>. [FH]

**PAXTON** Robert O., *La France de Vichy : 1940-1944*, Editions du Seuil, Paris, 1973. [D2-211]

**PRIGENT** Robert (Dir.), *Renouveau des idées sur la famille*, PUF, Paris, 1954. [D1]

**RAYMOND-LAURENT** & **PRELOT** Marcel, *Manuel politique : Le programme du Parti Démocrate Populaire*, Editions Spes, Paris, 1928. [FP]

**REICH** Wilhelm, *La révolution sexuelle*, UGE 10/18, Paris, 1968. [FP]

**REMOND** René, *Les droites en France*, Aubier, Paris, 1982. [FH]

**RENDU** Christian, *Le mouvement artisanal lyonnais et la création des chambres de métiers : 1919-1934*, Chambre de métiers du Rhône, Lyon, 1987. [D3-21]

---

<sup>8</sup> Ouvrage d'accès difficile à qui ne connaît pas déjà la vie et l'oeuvre de Jean-Baptiste André Godin, mais intéressant sur la place et les fonctions réservées à la famille dans les micro-sociétés que constituent les expériences fouriéristes et post-fouriéristes. Compléter avec la thèse de Guy Delabre & Jean-Marie Gautier, *La régénération de l'utopie socialiste : Godin et le familistère de Guise*, Paris, 1978, et, des mêmes auteurs, *Godin et le familistère de Guise, une utopie socialiste pratiquée en pays picard*, Société archéologique de Vervins et de la Thiérache, Laon, 1983.

**ROSANVALLON** Pierre, *Le sacre du citoyen : Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard, Paris, 1992. [D3-211]

**ROUSSEL** Louis, *La famille incertaine : Essai*, Editions Odile Jacob, Paris, 1989. [FS]

**SAINT-JUST** Louis Antoine Léon, *Les institutions républicaines*, in Oeuvres, La cité universelle, Paris, 1946. [FP]

**SAUVY** Alfred, *De Paul Reynaud à Charles de Gaulle : Scènes, tableaux et souvenirs*, Casterman, Paris, 1972. [FH]

**SINGLY** François de (Dir.), *La famille : L'état des savoirs*, Editions La Découverte, Paris, 1991. [D1]

**SULLEROT** Evelyne, *Pour le meilleur et sans le pire*, Fayard, Paris, 1984. [D1]

**TAPINOS** Georges (Dir.), *La France dans deux générations : Population et société dans le premier tiers du XXI<sup>e</sup> siècle*, Fayard, Paris, 1992. [D3-22]

**THERY** Irène & **BIET** Christian (Dir.), *La famille, la loi, l'Etat de la révolution au code civil*, Imprimerie Nationale, Paris, 1989. [D2-211]

**THERY** René, *Pour une politique de la famille : Questions de sens et de justice*, Les éditions du Cerf, Paris, 1988. [FP]

**TOCQUEVILLE** Alexis de, *De la démocratie en Amérique*, Robert Laffont, Paris, 1986. [D1]

**TOUCHARD** Jean, *La gauche en France depuis 1900*, Seuil, Paris, 1977. [D2-211]

**TOULEMON** André, *Suffrage familial ou suffrage universel intégral : Le vote des femmes*, Sirey, Paris, 1933. [D2-211]

**VALLIN** Jacques, *La démographie*, La Découverte, Paris, 1992. [FE]

**VERON** Jacques, *Arithmétique de l'homme : La démographie entre science et politique*, Seuil, Paris, 1993. [FE]

**WARIN** Philippe, *Les usagers dans l'évaluation des politiques publiques : Etude des relations de service*, L'Harmattan, Paris, 1993. [D2-22]

**YONNET** Paul, *Voyage au centre du malaise français : L'antiracisme et le roman national*, Gallimard, Paris, 1993 <sup>9</sup>. [FP]

---

<sup>9</sup> Cet ouvrage d'un chargé de mission auprès de l'UNAF a suscité des réactions souvent critiques. V. par exemple Roger-Paul Droit *La confusion des idées*, in *Le Monde* du 13/7/1993 et Pierre-André Taguieff : *Une lourde erreur d'analyse* en réaction à ce premier article in *Le Monde* du 27/7/1993. A notre connaissance, l'UNAF n'a pas pris position sur la parution de cet ouvrage et son contenu. L'auteur propose pourtant une lecture, qui doit pour le moins être débattue, de la période de Vichy. Pour nous tenir à l'aspect de l'ouvrage qui concerne directement cette thèse, il est remarquable que la politique familiale y soit évacuée dans une simple citation de l'ouvrage de Paxton sur la France de Vichy (que l'auteur critique par ailleurs) et une remarque sur le suffrage familial : de la part d'un sociologue lié à une institution familialiste officielle créée par Vichy, cette discrétion mérite attention.

## 4 - Articles. <sup>10</sup>

**ABDEL HADI** Maher, *Analyse comparative de la collaboration entre l'administration et les organismes privés dans le domaine social*, Travaux de l'UER de droit de Saint-Etienne, Vol. 1, 1977, p. 9 et s. [D3-21]

**ABRAHAM** Ronny, *Les incidences de la convention européenne des droits de l'homme sur le contentieux administratif français*, RFD adm. 1990, p. 1052. [D3-122]

**ACTIF & IDEF**, *L'enfance et la famille : Questions en suspens*, Les dossiers de l'ACTIF n° 142-143, Février-mars 1988. [D1]

**ACTUALITE JURIDIQUE - DROIT ADMINISTRATIF**, *Les associations et la vie administrative*, n° spécial, mars 1980. [D2-21]

**ADAM** Gérard, *L'institutionnalisation des syndicats : Esquisse d'une problématique*, Dr. soc., n° 11, novembre 1983, p. 597 et s. [D3-21]

---

<sup>10</sup> On complètera utilement cette liste par la lecture des collections de revues éditées par les institutions familiales et particulièrement :

- CNAF : *Dossiers CNAF ; Informations sociales*.
- IDEF : *La lettre de l'IDEF*.
- UNAF : *Bulletin de liaison et Réalités familiales ; La lettre de l'UNAF ; Le délégué au CCAS*.
- INED : *Population*.

La plupart des fédérations d'associations familiales éditent également des revues ; par exemple, mais la liste ne peut-être exhaustive (compléter avec note 32) :

- CNAFC : *La vie des AFC*.
- CNAFAL : *Familles laïques*.
- CNAPFS : *Empreinte*.
- CSF : *Nous, Vie Quotidienne*.
- CSCV : *Cadre de vie*.
- FF (Familles de France, ex : Fédération des familles de France-FFF) : *Familles de France ; Cahiers d'action familiale ; Lettre d'action familiale*.
- FR : *Familles rurales ; Le lien des maisons familiales rurales*.
- FAVEC : *Solidaires*.
- UNAPEI : *Vivre ensemble*.

Les articles qui en sont issus et qui revêtent une importance particulière pour le sujet traité sont regroupés *infra* avec les autres documents émanant des institutions familiales (5 c).



**ALLIOT-MARIE** Michèle, *Familles et droit*, Dr. soc., n° 5, mai 1975, p. 305 et s. [D2-11]

**ALLUM** Percy, *Les groupes de pression en Italie*, Rev. fr. sc. pol. , n° 5, 1980, p. 1048 et s. [D3-21]

**ALTHUSSER** Louis, *Idéologie et appareils idéologiques d'Etat*, in Positions, Editions sociales, Paris, 1976. [D1]

**ALVAREZ PUJANA** Nicolas, *Constitution de partie civile des syndicats*, RPDS n° 535, novembre 1989, p. 347 et s. [D3-21]

**ARCHIVES DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT**, *Réformes du droit de la famille*, t. 20, Sirey, Paris, 1975. [D1]

**ARDANT** Philippe, *La famille et le juge administratif*, in Mélanges offerts à René Savatier, Dalloz, Paris, 1965, p. 23 et s. [D1]

**ARNE** Serge, *Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitution*, RD publ. 1993, p. 459 et s. [D3-121]

**AUBY** Jean-Bernard, *La loi du 6 février 1992 et la citoyenneté locale*, RFD adm., n° 1, 1993, p. 37 et s. [D3-222]

**BALLADIER** Charles, **HERITIER-AUGE** Françoise, **JEANNIERE** Abel, **LABRUSSE-RIOU** Catherine & **SICARD** Emile, *V° Famille*, Encyclopaedia Universalis. [D1]

**BARGETON** Maurice & **ZIEGLER** Albert, *Historique des ministères du Travail, de la Santé publique, des Affaires Sociales*, RF aff. soc., 1971, n° 1, p.59 et s. [D2-22]

**BASTID** Paul, *V° Légitimité*, Encyclopaedia Universalis. [D2-21]

**BENOIT ROHMER** Florence, *Reconduite à la frontière : Développements récents*, RD publ. 1994, p. 429 et s. [D3-12]

**BEYME** Klaus von, *Une théorie de la représentation des intérêts alternatifs dans les nouveaux mouvements sociaux*, traduit de l'anglais in Droit, Institutions et systèmes politiques, Mélanges en hommage à Maurice Duverger, PUF, Paris, 1987, p. 237 et s. [D3-21]

**BICHOT** Jacques, *Revalorisation des prestations familiales : La loi du 12 juillet 1977 et son application*, Dr. soc. 1993, n° 5, p. 482 et s. [D3-22]

**BICHOT** Jacques & **MARCILHACY** Dominique, *Le sacrifice de la politique familiale au printemps 1993*, Dr. soc. 1993, n° 7/8, p. 623 et s. [D3-22]

**BIZEAU** Jean-Pierre, *Pluralisme et démocratie*, RD publ. 1993, p. 513 et s. [D3-21]

**BOBBIO** Norberto, *Nouvelles réflexions sur les normes primaires et secondaires*, in Ch. Perelman (Dir.), La règle de droit, Bruylant, Bruxelles, 1971, p. 104 et s. [D1]

**BORENFREUND** Georges, *Propos sur la représentativité syndicale*, Dr. soc. n° 6, 1988, p. 476 et s. [D2-21]

**BORLA** Emmanuelle, *Le RMI entre «assistance» et «nouvelles solidarités»*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, La solidarité, un sentiment républicain, PUF, Paris, 1992, p. 136 et s. [D3-222]

**BOUDON** Raymond, *V° Anomie*, Encyclopaedia Universalis. [FP]

**BOULOUIS** Jean, *Famille et droit constitutionnel*, in Etudes offertes à Pierre Kayser, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, T. 1, p. 147 et s. [D1]

**BOURDIEU** Pierre, *A propos de la famille comme catégorie réalisée*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 100, 1993, p. 32 et s. [FS]

**BOURRICAUD** François, *V° institutions*, Encyclopaedia Universalis. [D1]

**BOUVIER-AJAM** Maurice, *V° Corporatisme (Théorie du)*, Encyclopaedia Universalis. [D2-21]

**BRAUD** Philippe, *L'inclination des catholiques pratiquants vers la droite : Essai d'interprétation*, in Le pouvoir, Mélanges offerts à Georges Burdeau, LGDJ, Paris, 1977, p. 377 et s. [D3-211]

**BRIMO** Albert, *Le doyen Maurice Hauriou et l'Etat*, Archives de la philosophie du droit, n° 21, 1976, p. 99 et s. [D3-112]

**CABALLERO** Francis, *Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe*, RTD civ., 1985, p. 247 et s. [D3-212]

**CAHIERS DE L'HISTOIRE** (les), *Les gouvernements de la IV<sup>e</sup> République française : 1945-1958*, n° 48, 1965. [D2-221]

**CAHIERS FRANCAIS** (les), *La France et sa population*, n° 259, janvier-février 1993. [FE]

**CALLON** Jean-Eric, *Le projet constitutionnel d'André Philip en 1945-1946*, RD publ. 1992, p. 656 et s. [D3-211]

**CALOT** Gérard, *Dégradation de la situation démographique française : Une Europe démographiquement dépressive*, Futuribles, février 1994, p. 89 et s. [FE]

**CAROUGE** Ferdinand & **CHAUVIÈRE** Michel, *L'UNAF, le Droit de la famille et l'intérêt de l'enfant*, Actes n° 35/36, Evolution du droit de la famille, 1982. [FS]

**CHAUVIÈRE** Michel :

1. *Familialisme et régulation sociale ou aspects de la démultiplication du concept de famille*, Annales de Vaucresson, n° 27, 1987, p. 207 et s. [FS]
2. *L'expert et les propagandistes : Alfred Sauvy et le Code de la Famille de 1939*, Population, n° 6, 1992, p. 1441 et s. [FH]

3. *Le baptême républicain de l'UNAF*, Les cahiers de l'animation, n° 57-58, 1986, p. 187 et s. [FH]
4. *Les associations de familles sous Vichy ou le compromis juridico-social*, La revue de l'économie sociale, n° XIV, Avril 1988, p. 121 et s. [FH]
5. *Naissance d'un familialisme à la française*, Dialogue, recherches cliniques et sociologiques sur le couple et la famille, n° 84, 2e trimestre 1984, p. 103 et s. [FH]

**CHAUVIN** Francis, *Le juge administratif et la famille : Essai d'interprétation de la jurisprudence*, in La terre, la famille, le juge, études offertes à H. D. Cosnard, Economica, Paris, 1990, p. 269 et s. [D1]

**CHEVALLIER** Jacques :

1. *Droit, ordre, institution*, Droits, n° 10, 1989, p. 19 et s. [D3-11]
2. *L'association entre public et privé*, RD publ., 1981, p. 887 et s. [D2-21]
3. *L'Etat-Nation*, RD publ. 1980, p. 1271 et s. [D1]
4. *La participation dans l'administration française : Discours et pratique*, Bulletin de l'Institut international d'administration publique, n° 37, 1976, p. 85 et s. et n° 39, 1976, p. 497 et s. [D2-21]

**CLAUX** Jean-Pierre, *Faut-il supprimer le droit de la famille ?*, in Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, Paris, 1990, p. 53 et s. [D2-11]

**COMMAILLE** Jacques :

1. *Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque*, Droits n° 19, 1994, p. 65 et s. [D1]

2. *Ordre familial, ordre social, ordre légal : Eléments d'une sociologie politique de la famille*, l'Année sociologique, vol. 37, 1987, p. 265 et s. <sup>11</sup> [D1]

3. *Permanence et redéfinitions des rôles du Droit et de la Justice face à la Famille*, Actes n° 35/36, Evolution du droit de la famille, 1982. [D1]

**CONNELLY A. M.**, *Problems of interpretation of article 8 of the european convention on human rights*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 35, 1986, p. 567 et s. [D3-121]

**COUV RAT Pierre**, *Le droit pénal et la famille*, Rev. sc. crim. 1969, p. 807 et s. [D3- 122] <sup>12</sup>

**DABIN Jean** :

1. *Le problème de la personnalité morale de la famille*, Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques de l'Académie royale de Belgique, vol. 35, 1949, p. 329 et s. [D1]

2. *Sur le concept de famille*, Miscelanea Vermeersch, t. 2 in Analecta Gregoriana t. X, Rome, 1935. [D1]

**DEMOGUE René**, *La notion de sujet de droit*, RTD civ. 1909 p. 641 et s. [D2-11]

**DROITS**, *La représentation*, n° 6, 1987. [D2-21]

**DROITS DE L'ENFANCE ET DE LA FAMILLE**, *La convention internationale des droits de l'enfant*, n° 29, 1990. [D2-12]

**DROULERS Paul**, *L'idée de «corporation» chez les catholiques sociaux pendant l'entre-deux-guerres*, in Mélanges offerts à Henri Guitton, Dalloz-Sirey, Paris, 1976, p. 369 et s. [FH]

---

<sup>11</sup> Ce numéro de l'Année sociologique contient un important dossier sur la sociologie de la famille, riche de nombreuses contributions.

<sup>12</sup> L'auteur a actualisé cet article : *Les orientations actuelles du droit pénal de la famille en France*, in Journées de la société de législation comparée, RID comp., 1992, n° spécial, vol. 14, p.371 et s.

**DUBOUCHET** Paul, *Pour une théorie normative de l'institution*, RRJ 1993, n° 3, p. 739 et s. [D1]

**DUPIRE** Philippe, *Famille, besoin, travail et société civile chez Hegel*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, La société civile, PUF, Paris, 1986, p. 33 et s. [D1]

**DURAND** Clément, *Les laïques et le mouvement familial*, L'Ecole libératrice n° 33, 31/5/1957. [FP]

**DURAND** Paul, *Défense de l'action syndicale (à propos de deux arrêts de la chambre criminelle)*, D. 1960, chron. V, p. 21 et s. [D3-212]

**EISENMANN** Charles, *Droit public, droit privé (en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIX<sup>e</sup> au XX<sup>e</sup> siècle)*, RD publ. 1952, p. 903 et s. [D1]

**ENRICH MAS** Monserrat, *Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'Homme*, Affari Sociali internazionali n° 1, 1992, p. 163 et s. [D2-21]

**ERRERA** Roger, *La juridiction administrative française et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, EDCE n° 44, 1992, p. 325 et s. [D2-121]

**ESPRIT**, *La démocratie par l'association*, Juin 1978. [D2-21]

**FABRE-ALIBERT** Véronique, *Réflexions sur le nouveau régime juridique des étrangers en France*, RD publ., 1994, p. 1165 et s. [D2-121]

**FAGNANI** Jeanne, *Comparaison des politiques familiales en Europe*, Recherches et prévision n° 32, juin 1993, p. 19 et s. [D3-22]

**FULCHIRON** Hugues, *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale : Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi «Malhuret»*, D. 1993, chron. XXV, p.117 et s. [D2-12]

**FUTURIBLES**, *Prospective de la famille, de l'impératif social au désir personnel*, n° 153, avril 1991. [FS]

**GARRIGOU-LAGRANGE** Jean-Marie, *V° Association*, Encyclopaedia Universalis. [D2-21]

**GAUDEMET** Yves, *Remarques sur le pouvoir normatif des syndicats (le droit public et le contentieux de la désignation des délégués syndicaux)*, in Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, Paris, 1974, T. 2, p. 450 et s. [D3-21]

**GAUDEMET-TALLON** Hélène, *V° Famille*, Rép. civ. Dalloz. [D1]

**GEFFROY** Jean-Baptiste, *La famille dans la jurisprudence administrative*, D. 1986, chron. I, p. 1 et s. [D1]

**GLAUDE** Michel, *L'originalité du système du quotient familial*, Economie et statistique n° 248, nov. 1991, p. 51 et s. [D3-22]

**GRIDEL** Jean-Pierre :

1. *La personne morale en droit français*, RID comp., 1990, n° 2, p. 495 et s. [D2-11]
2. *Réflexions introductives à un cours de droit de la famille*, RRJ, 1984, p. 827 et s. [D1]

**GROUPEMENT DE RECHERCHE POUR L'EDUCATION PERMANENTE**, *Les associations : Leur avenir, leurs rapports avec l'Etat*, Pour, n° 29-30, 1973. [FS]

**GUILLEMAIN** Bernard, *V° Pouvoir et contre-pouvoir*, Encyclopaedia Universalis. [D2-21]

**HAURIOU** Maurice :

1. *Aux sources du droit : Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Cahiers de la nouvelle journée n° 23 (numéro spécial), Bloud & Gay, Paris, 1933, réédition Université de Caen, 1990. [D1]
2. *De la personnalité comme élément de la réalité sociale*, Revue générale du droit, de législation et de jurisprudence, 1898, article en 2 parties : p 1 et s., et 119 et s. [D2-11]
3. *L'institution et le droit statutaire*, Recueil de législation, 1906, p. 134 et s. [D1]

**HENRI** Max, *L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux*, D. 1979, chron. XXX, p. 179 et s. [D1].

**HOCREITERE** Patrick, *Production et besoin territorial dans le système d'organisation de l'espace français*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, Centre, Périphérie, Territoire, PUF, Paris, 1978, p. 205 et s. [D3-22]

**HORIZON SOCIAL**, *Politiques familiales*, n° 2, Juin 1991, Editions de l'Est, Jarville- La Malgrange. [D3-221]

**HUBERT** Patrick, *L'agrément administratif préalable à l'adoption : Mode d'emploi juridique*, Vie départementale et régionale, n° 90, 30 avril 1992, p. 10 et s. [D3-12]



**IDOT** Laurence, *Le regroupement familial en droit communautaire à la lumière du décret du 11 mars 1994*, Europe, Mai 1994, p. 1 et s. [D2-121]

**INFORMATIONS SOCIALES**, *Solidarités familiales*, n° 35/36, 1994. [FS]

**JARLOT** Georges, s. J., *La genèse du catholicisme social d'après les lettres de La Tour Du Pin à Louis Milcent*, in Mélanges offerts à Jean Brethe De La Gressaye, Editions Bière, Bordeaux, 1967, p. 331 et s. [FH]

**JEAMMAUD** Antoine :

1. *Irréductibilité du droit du travail à une organisation de l'entreprise*, inédit <sup>13</sup>. [D1]
2. *La règle de droit comme modèle*, D. 1990, chron. p. 199 et s. [D1]
3. *Les règles juridiques et l'action*, D. 1993, chron. LV, p. 207 et s. [D1]

**JEAMMAUD** Antoine & **SERVERIN** Evelyne, *Evaluer le droit*, D. 1992, chron., p. 192 et s. [D1]

**JOHANET** Gilles, *Politique familiale : Une nouvelle donne*, Dr. soc. 1981, n° 1, p. 124 et s. [D3-22] <sup>14</sup>

**JULIEN-LAFERRIERE** François :

1. *Le mythe de l'immigration « zéro »*, AJDA 1994, p. 83 et s. [D2-12]
2. *Les étrangers ont-ils droit au respect de leur vie familiale ? (l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Conseil d'Etat)*, D. 1992, chron. LVIII, p. 291. [D2-121]

---

<sup>13</sup> Extrait d'un ouvrage en préparation.

<sup>14</sup> Si cet article n'est plus d'actualité quant aux données juridiques positives, il apparaît en quelque sorte comme le programme politique de la gauche en matière familiale à l'approche de son arrivée au pouvoir ; rédigé par le futur directeur de cabinet du ministre socialiste de la Famille, il permet rétrospectivement une analyse de la politique menée entre 1981 et 1984. Ce même numéro de *Droit social* contient une contribution du dernier ministre giscardien de la Famille (si l'on excepte l'interim Saunié-Séité), ainsi que du président de l'UNAF sur le même thème.

**KAYSER** Pierre :

1. *Le regroupement familial dans le droit communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne français*, JCP 1993-3679, p. 235. [D2-121]
2. *La défense du nom de famille d'après la jurisprudence civile et d'après la jurisprudence administrative*, RTD civ. 1959, p. 10 et s. [D2-12]

**KROSS** Jean-Claude, *De « l'homme orchestre » au « virtuose » ou impressions subjectives de lecture de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993*, Gaz. Pal. 22 & 23 septembre 1993, p. 1. [D2-12]

**LABAYLE** Henri, *Le droit de l'étranger à mener une vie familiale normale : Lecture nationale et exigences européennes*, RFD adm., 1993, n° 3, p. 511 et s. [D2-121]

**LADRIERE** Jean :

1. V° : *Groupes de pression*, Encyclopaedia Universalis. [D2-21]
2. V° : *Représentation et connaissance*, Encyclopaedia Universalis. [FP]

**LAGRANGE** Hugues & **ROCHE** Sébastien, *Types familiaux et géographie politique en France*, RF sc. pol., n° 6, 1988, p. 941 et s. [D3-211]

**LAGRAVE** Michel, *Le mouvement familial*, in Mélanges offerts à Pierre Montané de la Roque, Presses de l'Institut d'Etudes Politiques de Toulouse, T. II, 1986, p. 1017 et s. [D2-211]

**LAHALLE** Dominique, *Le droit de vivre en famille des immigrés en Europe*, Action syndicale des familles, n° 114, Sept-oct 1993, p. 20 et s. [D2-121]

**LAPORTE** André & **NEGRIN** Jean-Paul, V° *action sociale privée*, J.-Cl. Administratif. [D2-22]

**LAPOYADE DESCHAMPS** Aude, *Les renonciations en droit de la famille*, D. 1993, chron. LXIX, p. 259 et s. [D3-11]

**LAROQUE** Michel :

1. *Les aspects familiaux de la politique sociale de la Communauté européenne*, RF aff. soc. 1987, n° 4, p. 7 et s. [D2-22]
2. *Systèmes familiaux et politique de la famille en France*, RF aff. soc. 1981, n° 2, p. 123 et s. [D1]

**LASCOUMES** Pierre :

1. *Action collective et intérêt général*, Informations sociales n° 31, 1993, p. 110 et s. [D3-212]
2. *Normes juridiques et mise en oeuvre des politiques publiques*, L'Année sociologique, 1990, p. 43 et s. [D2-22]

**LE BALLE** Robert, *La notion de puissance familiale dans la conception juridique française*, in Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Naojiro Sugiyama, Sirey, Paris, 1940, p. 171 et s. [D2-11]

**LE GOFF** Jacques, *V° Corporation*, Encyclopaedia Universalis. [FH]

**LEGRAND** Cyriaque, *L'intervention de l'Etat dans le conflit parental*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, La société civile, PUF, Paris, 1986, p. 128 et s. [D2-122]

**LENOIR** Rémi :

1. *Family policy in France since 1938*, in Ambler John S. (Dir.), The french welfare state, surviving social and ideological change, New-York University Press, New-York, 1992, p. 144 et s. [D3-22]
2. *Groupes de pression et groupes consensuels : Contribution à une analyse de la formation du droit*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 64, 1986, p. 31 et s. [FS]

3. *L'effondrement des bases sociales du familialisme*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 57/58, Juin 1985, p. 69 et s. [FS]
4. *L'Etat et la construction de la famille*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 91/92, 1992, p. 20 et s. [D1]
5. *Politique et famille en France*, Revue internationale d'action communautaire (Québec), n° 18/58, automne 1987, p. 17 et s. [FS]
6. *Politique familiale et construction sociale de la famille*, RF sc. pol., 1991, p. 781 et s. [D1]
7. *Transformations du familialisme et reconversions morales*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 59, Septembre 1985, p. 3 et s. [FS]

**LE ROY LADURIE** Emmanuel, *V° Rurale (civilisation)*, Encyclopaedia Universalis. [FH]

**LEVI-STRAUSS** Claude, *La famille*, in Le regard éloigné, Plon, Paris, 1983, p. 65 et s. [FP]

**LOCHAK** Danièle :

1. *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme*, in Les usages sociaux du droit, PUF, Paris, 1989, p. 252 et s. <sup>15</sup>. [D1]
2. *Espace et contrôle social*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, Centre, Périphérie, Territoire, PUF, Paris, 1978, p. 151 et s. [D1]

**LUCHAIRE** François, *Les fondements constitutionnels du droit civil*, RTD civ. 1982, p. 249 et s. [D1]

**MACLOUF** Pierre, *Eléments de la genèse de la Direction de l'action sociale*, RF aff. soc., 1992, n° 4, p. 123 et s. [D2-221]

---

<sup>15</sup> Michel TROPER a rédigé à la suite de cet article *La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle LOCHAK)*, qui est reproduit dans le même ouvrage, p. 286 et s.

**MARCUSE** Herbert, *Autorité et famille*, in Pour une théorie critique de la société, Denoël, Paris, 1971. [FP]

**MARIN** Louis, V<sup>o</sup> *Représentation narrative*, Encyclopaedia Universalis. [FP]

**MARMOT** Jean, *Les vicissitudes de la politique familiale*, Rev. adm., 1985, p. 93 et s. [D2-22]

**MASSOT** Jean, *L'immigré et sa famille : Le regroupement familial*, RD sanit. soc. n° 23, avril - juin 1987, p. 238 et s. [D2-121] <sup>16</sup>

**MAYMON-GOUTALOY** Mireille, *De la conformité du droit français des personnes et de la famille aux instruments internationaux protecteurs des droits de l'homme*, D. 1985, chron. XXXVII, p. 211. [D3-121]

**MAZERES** Jean-Arnaud :

1. *Les collectivités locales et la représentation : Essai de problématique élémentaire*, RD publ. 1990, p. 607 et s. [D3-21]
2. *Marché et Nation : Essai d'approche juridique*, Université des sciences sociales de Toulouse, mars 1994. [D1]
3. *Réflexions sur la génération du droit administratif*, in Mélanges offerts à Max Cluseau, IEP Toulouse, 1985, p. 439 et s. [D1]

**MENNA** Domenico, *La théorie des principes généraux du droit à l'épreuve de la jurisprudence constitutionnelle*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, Le droit administratif en mutation, PUF, Paris, 1993, p. 201 et s. [D3-121]

---

<sup>16</sup> Dans le même numéro, on trouvera d'autres articles sur le statut social de l'immigré et de sa famille.

**MENY** Yves, *La légitimation des groupes d'intérêts par l'administration française*, RF adm. publ. n° 39, 1986, p. 99 et s. [D2-21]

**MERCUZOT** Bernard, *L'intégration de la jurisprudence constitutionnelle à la jurisprudence administrative*, in Centre Universitaire de Recherches Administratives et Politiques de Picardie, *Le droit administratif en mutation*, PUF, Paris, 1993, p. 177 et s. [D3-121]

**MERLOZ** Georges & **MERLOZ** Anne, *Le Conseil économique et social en France sous la Ve République*, Dr. soc., n° 11, 1976, p. 413 et s. <sup>17</sup>. [D2-211]

**MEULDERS-KLEIN** Marie-Thérèse :

1. *Individualisme et communautarisme : L'individu, la famille et l'Etat en Europe occidentale*, Droit et société, n° 23-24, 1993, p. 163 et s. [D1]
2. *Vie privée, vie familiale et droits de l'homme*, RID comp. 1992, n° 4, p. 767 et s. [D2-121]

**MEYNAUD** Jean & **LANCELOT** Alain, *Groupes de pression et politique du logement : Essai d'analyse monographique*, RF sc. pol., n° 4, 1958, p. 821 et s. [D2-222]

**MOLINES** Henri, *Droits des familles et pupilles de l'Etat : Commentaire de la loi du 6 juin 1984*, RD sanit. soc. 1985, p. 221 et s. [D3-122]

**MONEGER** Françoise, *La loi du 8 janvier 1993 et les droits de l'enfant*, RD sanit. soc. 1993, p. 223 et s. [D2-12]

**MONNIER** Jean-Claude & *alii* (Dir.), *Les droits de l'enfant*, Problèmes politiques et sociaux n° 669, 13 décembre 1991. [D3-12]

**MORANGE** Jean, *Les organes consultatifs et les libertés publiques*, RFD adm. n° 0, mai-juin 1984, p. 134 et s. [D3-212]

---

<sup>17</sup> La CFTC et l'UNAF ont souhaité faire connaître leurs observations sur cette étude ; *Droit Social* les a publiées dans son numéro d'avril 1977, p. 139 et s.

**MOREL** René, *La suppression de la puissance maritale et de l'incapacité de la femme mariée par la loi du 18 février 1938*, in Mélanges juridiques dédiés à M. le Professeur Naojiro Sugiyama, Sirey, Paris, 1940, p. 225 et s. [D2-12]

**ONORIO** Joël-Benoît d', *La protection constitutionnelle du mariage et de la famille en Europe*, RTD civ. n° 1, janvier-mars 1988, p. 1 et s. [D2-12]

**PONTAVICE** Emmanuel du, *Droit de la famille et droit au bonheur*, in Mélanges offerts à P. Voirin, LGDJ, Paris, 1966. [D2-111]

**PONTON-GRILLET** Dominique, *La famille et le droit fiscal*, D. 1987, chron. XXIV, p. 125. [D2-22]

**POUJOL** Geneviève, *La dynamique sociale des associations*, Les cahiers de l'animation, n° 39, 1983, p. 57 et s. [FS]

**POURSIN** Jean-Marie, *Les fausses surprises de la démographie mondiale*, Futuribles n° 183, 1994, p. 19 et s. [FE]

**POURTOIS** Hervé, *Rationalisation sociale et rationalité juridique : Une lecture de Jürgen Habermas*, Revue philosophique de Louvain, Août 1991, p. 55 et s. [D1]

**POUVOIRS**, *Le régime représentatif est-il démocratique ?*, Pouvoirs, n° 7, 1978. [D2-21]

**PRELOT** MARCEL, *Les démocrates-populaires français, (chronique de vingt ans : 1919-1939)*, in Mélanges Sturzo, Bologne, 1953, t. 3, p. 203 et s. [D2-211]

**PRETOT** Xavier, *Quelle famille est prise en compte dans notre système de protection sociale ?*, RD sanit. soc. 1991, n° 3, p. 482 et s. [D1]

**PROST** Antoine, *L'évolution de la politique familiale en France de 1938 à 1981*, Le mouvement social, n° 129, Octobre-décembre 1984, p. 7 et s. [D2-221]

**PUISOYE** Jacques, *Le contrôle juridictionnel de l'activité administrative des ordres professionnels*, AJDA 1963 p. 201 et s. [D3-21]

**RAYMOND** Michel, *La loi du 29 décembre 1986 relative à la famille : Complexe, injuste et antinataliste*, Dr. soc. 1987, n° 4, p. 335 et s. [D3-22]

**REGOURD** Serge, *Le mouvement associatif et la «démocratisation» du pouvoir local*, in Mélanges offerts à Max Cluseau, Presses de l'IEP de Toulouse, 1985, p. 551 et s. [D2-21]

**RENARD** Georges :

1. *L'institution fondamentale : La famille*, in Renard Georges, L'institution, fondement d'une rénovation de l'ordre social, Flammarion, Paris, 1933, p. 190 et s. [D1]
2. *Qu'est-ce que le droit constitutionnel ? Le droit constitutionnel et la théorie de l'institution*, in Mélanges R. Carré de Malberg, Sirey, Paris, 1933, p. 483 et s. [D1]
3. *Le suffrage universel et la famille*, in Faculté de droit de Nancy, Le maintien et la défense de la famille par le droit, Sirey, Paris, 1930. [D2-211]

**RENDU** Christian, *Aux origines des chambres des métiers*, Rev. adm., 1987, p. 603 et s. [D3-21]

**RENOUX** Thierry, *La rénovation du Conseil économique et social*, AJDA, n° 1, Janvier 1985, p. 21 et s. [D2-211]

**REVUE DE DROIT SANITAIRE ET SOCIAL**, *Les travailleurs sociaux*, n° 29-4, oct-déc. 1993 [D1]

**REVUE FRANCAISE DE FINANCES PUBLIQUES**, *Les subventions*, n° 23, 1988. [D3-21]



**REYNAUD-CHANON** Marie, *Les souvenirs de famille : Une étape vers la reconnaissance de la personnalité morale de la famille*, D. 1987, chron. XLVI, p. 264 et s. [D2-111]

**RIGAUX** François & **RIGAUX** Marie-Françoise, *La famille devant le juge constitutionnel et le juge international*, in Présence du droit public et des droits de l'Homme, Mélanges offerts à Jacques Velu, t. 3, Bruylant, Bruxelles, 1992, p. 1711 et s. [D1]

**ROLLET** Catherine, *De l'intérêt de l'Etat aux Droits des enfants*, Le groupe familial, n° 138, 1993, p. 4 et s. [D2-122]

**RONDEAU-RIVIER** Marie-Claire, *Un traité mis hors jeux*, D. 1993, chr. LIV p. 203. [D2-121]

**ROUAST** André :

1. *Les associations de familles de la loi du 29 décembre 1942*, Dr. soc., 1943, p. 220 et s. [D2-211]
2. *Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés*, RTD civ., 1944, p. 1 et s. [D2-11]

**ROUSSEL** Louis, *Entre démographie et sociologie : La famille*, L'Année sociologique 1993, p. 319 et s. [FS]

**ROZES** Simone, *L'expérience des tribunaux de la famille en France*, Journées de la société de législation comparée, vol. 1, 1979, p. 365 et s. [D3-122]

**RUBELLIN-DEVICHI** Jacqueline :

1. *L'irrecevabilité de l'action civile et la notion d'intérêt général : Réflexions sur l'autonomie, au pénal et au civil, du droit économique*, JCP, 1965, I, 1922. [D2-212]
2. *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, JCP 1994.I.3739. [D1]

3. *Réflexions pour d'indispensables réformes en matière d'adoption*, D. 1991, chron. XLI, p. 209 et s. [D2-12]

**RUDE-ANTOINE** Edwige, *La polygamie et le droit français*, Regards sur l'actualité n° 176, décembre 1991, p. 38 et s. [D2-121]

**SAVATIER** René :

1. *La réalité juridique de «l'Etre Familial», ses exigences : Le point de vue du juriste*, in Recherche de la famille, essai sur «l'Etre Familial», Editions familiales de France, Paris (?), 1949, p. 49 et s. [D2-111]
2. *Une personne morale méconnue : La famille en tant que sujet de droit*, D. 1939, chron. XIII, p. 49 et s. [D2-111]

**SFEZ** Lucien, *Duguit et la théorie de l'Etat (représentation et communication)*, Archives de la philosophie du droit, n° 21, 1976, p. 111 et s. [D3-211]

**SLAMA** Alain-Gérard, *Le nouvel ordre juridique « moral »*, Droits, n° 19, 1994, p. 37 et s. [D2-222]

#### **SOLIDARITE SANTE - ETUDES STATISTIQUES :**

1. *Familles et politiques familiales*, n° 4, juillet-août 1988. [FE]
2. *Politiques familiales et transformations des modes de vie*, n° 4, oct. déc. 1993. [FE].

**SOS PAPA**, *L'enfant et sa famille disloquée : Analyses et propositions*, N° hors-série, Juin 1993. [D3-12]

**SOTO** Jean de, *L'individualisme dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, in Le juge et le droit public, Mélanges offerts à Marcel Waline, LGDJ, Paris, 1974, t. 2, p. 759 et s. [D2-11]

**SPITZ** Jean-Fabien, *L'Etat et la famille*, Droits n° 16, 1993, p. 59 et s. [D1]

**STECK** Philippe, *La branche famille de la Sécurité sociale : Etat des lieux*, Dr. soc. 1994, n° 1, p. 56 et s. [D2-22]

**TANGUY** Yann :

1. *L'institution dans l'oeuvre de Maurice Hauriou : Actualité d'une doctrine*, RD publ. 1991, n° 1, p. 61 et s. [D1]

2. *Quand l'argent fait la loi... Le cas de l'urbanisme commercial*, in Pouvoirs, Le droit administratif, bilan critique, n° 46, 1988, p. 97 et s. [D2-212]

**THEBAUD** Françoise, *Le mouvement nataliste dans la France de l'entre-deux-guerres : L'Alliance nationale pour l'accroissement de la population française*, Revue d'Histoire moderne et contemporaine, avril-juin 1985, pages 276 et s. [FH]

**THERY** René :

1. *Des associations à monopole : Pourquoi ?*, Dr. soc., n° 2, 1971, p. 77 et s. [D2-21]

2. *L'intérêt de la famille*, JCP-1972-I-2485. [D1]

3. *Le «corps familial» de l'ordonnance du 3 mars 1945*, article en 3 parties, Dr. soc., 1951 p. 362 et s., 446 et s. & 508 et s. [D2-21]

4. *L'octroi d'un monopole à une association*, Dr. soc., n° 7-8, 1969, p. 409 et s. [D2-21]

**THERY** René & alii, *Associations familiales et Famille*, Pour la vie, n° 35, 1950, p. 9 et s. [D2-21]

**TRENARD** Louis, *La famille et la femme dans l'ancienne France*, L'information historique, 1981, n° 43, p. 234 et s. [FH]

**TROPER** Michel :

1. *Justice constitutionnelle et démocratie*, RFD const. 1990 p. 30 et s. [D2-12]
2. *L'opposition public - privé et la structure de l'ordre juridique*, Politiques et management, vol. 5, n°1, mars 1987, p. 181 et s. [D2-11]
3. *Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle*, Mélanges Eisenmann, Cujas, Paris, 1974, p. 133 et s. [D2-12]
4. *La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak)*, in Les usages sociaux du droit, PUF, Paris, 1989, p. 286 et s. <sup>18</sup>. [D1]
5. *La pyramide est toujours debout ! Réponse à Paul Amselek*, RD publ. 1978, p. 1523 et s. [D1]

**TURPIN** Dominique, *Représentation et démocratie*, Droits n° 6, p. 79 et s. [D2-21]

**UNESCO**, *Evolutions de la famille*, Revue internationale des sciences sociales, n° 126, novembre 1990. [FS]

**VEDEL** Georges, *Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, in Mélanges René Chapus - droit administratif, Montchrestien, Paris, 1992, p. 647 et s. [D2-12]

**VERDIER** Jean-Maurice, **CAIRE** Guy & **LOWIT** Thomas, *Vis : Droit syndical et Syndicalisme*, Encyclopaedia Universalis. [D3-21]

**VERDIER** Jean-Maurice, *Les droits économiques et sociaux : Relance au Conseil de l'Europe ?*, Dr. soc. n° 4, avril 1992, p. 415 et s. [D2-121]

---

<sup>18</sup> V. note 15.

**VIER** Charles Louis, *Le Conseil économique et social*, in Luchaire François & Conac Gérard (Dir.), La Constitution de la République française, Economica, Paris, 2e édition, 1987, p. 1187 et s. [D2-211]

**VITU** André, *La collaboration des personnes privées à l'administration de la justice criminelle française*, Rev. sc. crim. 1956, n° 4, p. 625 et s. [D2-212]

**WALINE** Jean, *Les ordres professionnels en France*, Ann. Fac. Strasbourg, 1980, p. 53 et s. [D3-21]

**WARIN** Philippe, *La famille : Une catégorie de l'action collective*, Les annales de la recherche urbaine, n° 41, 1989, p. 35 et s. [D1]

**WILSON** Frank L., *Les groupes d'intérêt sous la Cinquième République*, RF sc. pol., n° 2, 1983, p. 220 et s. [D2-21]

**YONNET** Paul, *Les évolutions de la législation familiale en France*, in Sociétés : La famille en question ?, Annales de l'Université de Toulouse-Mirail, T. XVI, fascicule 4, 1980, p. 121 et s. [FS]

## 5 - Communications, rapports & documents internes.

### *A - Documents officiels.*

#### ASSEMBLEE NATIONALE CONSTITUANTE :

1. *Débat sur l'article 23 du projet de Constitution* <sup>19</sup>, 2<sup>e</sup> séance du 19 mars 1946, JO AN Constituante CR, p. 870 et s. [D1]
2. *Débat sur le 10<sup>e</sup> alinéa du projet de Constitution*, 2<sup>e</sup> séance du 29/8/1946, JO AN Constituante CR, p. 3405 et s. [D1]

**BARRET-KRIEGEL** Blandine, *L'Etat et la démocratie*, rapp. à François Mitterrand, Président de la République, Doc. fr., Paris, 1985. [D3-211]

**BILLOUX** François, *Discours du 7/2/1945 devant l'Assemblée Consultative pour le budget de la famille*, Fiches de l'action populaire, 6/4/1945. [D2-211]

#### **BOHL** André :

1. *Rapport au nom de la Commission des Affaires sociales du Sénat sur le projet de loi portant modification des articles premier à 16 du Code de la Famille et de l'aide sociale*, Sénat, Rapp. n° 275, 30/4/1975. [D2-21]
2. *Rapport au nom de la Commission des Affaires sociales du Sénat sur le projet de loi, modifié par l'Assemblée Nationale, portant modification des articles premier à 16 du Code de la Famille et de l'aide sociale*, Sénat, Rapp. n° 447, 29/6/1975. [D2-21]

---

<sup>19</sup> Deviendra l'article 24 du projet constitutionnel du 19 avril 1946.

**BRIANE** Jean, *Rapport au nom de la Commission des Affaires culturelles, familiales et sociales de l'Assemblée Nationale sur le projet de loi adopté par le Sénat portant modification des articles premier à 16 du Code de la Famille et de l'aide sociale*, AN, Rapp. n° 1735, 10/6/1975. [D2-21]

**BRIN** Hubert, *La Politique familiale française : Rapport présenté au nom du Conseil Economique et Social les 24 et 25 Septembre 1991*, JO Cons. écon. et soc. 1991, n° 23. [D2-22]

**CENTRE D'ETUDES DES REVENUS ET DES COUTS**, *Politique familiale et dimension de la famille*, Documents du CERC, n° 104, Doc. fr., Paris, 1<sup>er</sup> & 2e trimestre 1992 [FE]

**CHENOT** Bernard, *La liberté, les ordres et l'Etat : Conférence à l'occasion des journées pharmaceutiques internationales, Paris, 20 septembre 1974*, EDCE, 1973, p. 105 et s. [D3-212]

**CHERIOUX** Jean, *Politique familiale*, avis présenté au nom de la Commission des affaires sociales du Sénat sur le projet de loi de finances 1994, n° 105, t.3, Sénat, 22/11/1993.[D2-22]

**CHEROUTRE** Marie-Thérèse, *Exercice et développement de la vie associative dans le cadre de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 : Rapport présenté au nom du Conseil Economique et Social les 23 et 24 février 1993*, JO Cons. écon. et soc. 1993, n° 4. [D1]

**CODACCIONI** Colette :

1. *La politique familiale : Rapport remis à M. Edouard Balladur, Premier ministre*, Octobre 1993, inédit. [D2-22]
2. *Rapport au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi n° 1201 relatif à la famille*, AN, Rapp. n° 1239, 17/5/1994.

**COMITE NATIONAL CHARGE DE LA PUBLICATION DES TRAVAUX PREPARATOIRES DES INSTITUTIONS DE LA Ve REPUBLIQUE**, *Documents pour servir à l'histoire de l'élaboration de la Constitution du 4 octobre 1958*, Doc. fr., Paris, 1987. [D2-211]

**COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES**, *Communication de la Commission sur les politiques familiales*, Com (89) 363 final, Bruxelles, 8 août 1989. [D3-22]

**COMMISSION NATIONALE CONSULTATIVE DES DROITS DE L'HOMME**, *La lutte contre le racisme et la xénophobie*, Rapp. 1993, Doc. fr., Paris, 1994. [D2-12]

**CONSEIL D'ETAT :**

1. *La réforme des établissements publics*, rapp. adopté le 15 janvier 1971, Doc. fr., Paris, 1972. [D3-212]

2. *Statut et protection de l'enfant*, rapp. adopté en mai 1990, Doc. fr., Paris, 1991. [D3-122]

**CONSEIL DE L'EUROPE**, *Les prestations familiales et la prise en compte de la situation familiale pour le calcul de l'impôt sur le revenu dans les Etats membres du Conseil de l'Europe*, Actes de la Conférence des ministres européens chargés des Affaires Familiales, Strasbourg, février 1993. [D3-22]

**CONSEIL NATIONAL DE LA VIE ASSOCIATIVE**, *Bilan de la vie associative en 1990-1991*, Doc. fr., Paris, 1992. [D1]

**DUMON** Wilfried, *Les politiques familiales des Etats membres de la Communauté Européenne en 1991*, Commission des Communautés Européennes, Observatoire européen sur les politiques familiales nationales, 1992 <sup>20</sup>. [D2-221]

**DUMONT** Gérard-François :

1. *Dynamique départementale et solidarité : L'action familiale dans le département des Yvelines*, Rapp. pour le Conseil Général des Yvelines, 1991. [FE]

2. *L'évolution démographique et familiale de la Région Midi-Pyrénées*, Rapp. pour le Conseil Régional Midi-Pyrénées, 1990. [FE]

3. *La famille en Vendée*, rapp. pour le Conseil général de Vendée, 1990. [FE]

---

<sup>20</sup> Adde pour une présentation chiffrée : *Recueil statistique sur la protection sociale en Europe*, t. 4 « la famille », Eurostat, Luxembourg, 1993.



4. *Territoire et vie sociale : Le mouvement associatif familial dans la Région Midi-Pyrénées*, Rapp. pour le Conseil Régional Midi-Pyrénées, 1991. [FE]

5. *Région et ressources humaines : Les orientations d'une politique familiale pour la Région Midi-Pyrénées*, Rapp. pour le Conseil Régional Midi-Pyrénées, 1991. [FE]

**FRAGONARD** Bertrand (Dir.), *Cohésion sociale et prévention de l'exclusion : Rapp. préparatoire au XI<sup>e</sup> plan*, Doc. fr., Paris, 1993. [D2-22]

**HAUT CONSEIL A L'INTEGRATION**, *Conditions juridiques et culturelles de l'intégration*, Rapp. au Premier ministre, Doc. fr., Paris, mars 1992. [D1]

**HUGUENARD** Robert, *Question écrite n° 4139, avec réponse de Simone Veil, ministre d'Etat, ministre des Affaires Sociales, de la Santé et de la Ville*, JOAN Q, 29/11/1993, p. 4239 <sup>21</sup>. [D2-22]

**INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ETUDES ECONOMIQUES**, *Le système statistique public français*, Imprimerie nationale, Paris, 1993. [D2-222]

**INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ETUDES ECONOMIQUES & CENTRE D'ETUDES DES REVENUS ET DES COUTS**, *Les familles nombreuses*, INSEE, Paris, 1989. [FE]

**LAROQUE** Pierre (Dir.), *La politique familiale en France depuis 1945*, rapp. pour le Commissariat général au plan, Doc. fr., Paris, 1985. [D2-22]

#### **MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE L'INTEGRATION :**

1. *La politique familiale en France*, Paris, 1993. [D2-22]

---

<sup>21</sup> Question portant sur les structures publiques en matière familiale.

2. *Schémas d'organisation*, Paris, 1993. [D2-22]

**MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE L'INTEGRATION & INSTITUT NATIONAL D'ETUDES DEMOGRAPHIQUES**, 22<sup>e</sup> *rapport sur la situation démographique de la France*, INED, Paris, 1993 <sup>22</sup>. [FE]

**OBSERVATOIRE NATIONAL DE L'ACTION SOCIALE DECENTRALISEE**, *L'action sociale décentralisée : Bilan et perspectives*, Editions ODAS, Paris, 1993. [D1]

#### **ORGANISATION DES NATIONS UNIES:**

1. *Travailleurs migrants*, Département des affaires économiques et sociales internationales, Centre pour le développement social et les affaires humanitaires, 2 fasc., New York, 1983 & 1987. [D3-121]
2. *La famille*, Département des affaires économiques et sociales internationales, Centre pour le développement social et les affaires humanitaires, fasc. 1, 3 & 4, New York, 1984 & 1987. [D3-221]

---

<sup>22</sup> Ce rapport est préparé par l'INED et présenté au Parlement par le ministre des Affaires Sociales chaque année, en application de la Loi du 28 décembre 1967. L'ensemble de ces rapports constitue une source considérable d'informations.

## ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL :

1. *L'évolution démographique et la sécurité sociale en Europe*, BIT, Genève, 1991. [D3-22]

2. *Population, développement, bien-être familial*, BIT, Genève, 1985. [D3-22]

**PHILIBERT** Jean-Pierre, *Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles sur le projet de loi relatif à la maîtrise de l'immigration*, AN, n° 326, 10 juin 1993. [D2-121]

**RENAUDIN** Philippe, *Intervention du Commissaire général à la Famille au cours de la réunion des présidents de Centres départementaux de coordination, tenue au centre national le 7/2/1993, précédé d'une Présentation de la loi Gounot*, anonyme <sup>23</sup>. [D2-211]

**RIBES** Bruno, *Familles et politiques : Tendances et évolutions en 1988-1989*, Commission des Communautés Européennes, Observatoire européen sur les politiques familiales nationales, 1990. [D2-221]

**SAPIN** Michel, *La place et le rôle des usagers dans les services publics*, rapp. au Premier ministre, Doc. fr., Paris, 1983. [D2-212]

**TABAH** Léon & **MAUGÜE** Christine, *Démographie et politique familiale en Europe : Rapport pour le Haut Conseil de la Population et de la Famille*, Doc. fr., Paris, 1989. [D2-22]

**VIREM** Isabelle, *Haut conseil de la population et de la famille : Historique et perspectives*, rapp. interne, Secrétariat d'Etat à la famille, Direction de la population et des migrations, Bureau DM. 1, mars 1992 <sup>24</sup>. [D2-22]

## **B - Actes de colloques.**

---

<sup>23</sup> V. note 26.

<sup>24</sup> Le Haut Conseil ne nous a pas autorisé à prendre connaissance de l'ensemble du document et ne nous a communiqué que des extraits (Introduction et chapitre 1- ann.).

**ABRAHAM** Ronny, *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit constitutionnel et administratif des Etats parties*, intervention au colloque de Leyde, RUDH 1992, p. 409 et s. [D2-12]

**ADAM** Gérard, *Les syndicats : Un pouvoir excessif ?*, exposé d'ouverture du 10e colloque de Droit Social, 14/10/1983, Dr. soc., n° 1, janvier 1984, p. 2 et s. [D2-212]

**ARCY** François d' (Dir.), *La représentation*, actes du 2<sup>e</sup> congrès de l'Association française de science politique, Grenoble, Janvier 1984, Economica, Paris, 1985. [D2-212]

#### **ASSOCIATION HENRI CAPITANT :**

1. *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, T. XXXIX, Economica, Paris, 1988. [D1]

2. *La protection de l'enfant*, T. XXX, Economica, Paris, 1981. [D2-122]

3. *Les groupements et organismes sans personnalité juridique*, T. XXI, Dalloz, Paris, 1969. [D1]

**BOLLENOT** Gilles (Dir.), *Religions, Eglises et Droit*, Actes des journées d'études du Centre d'étude et de recherches d'histoire du droit, 1989, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1990. [D3-12]

**BRUSCHI** Christian, *Essai sur un jeu de miroir : Famille / Etat dans l'histoire des idées politiques*, in Association française des historiens des idées politiques, L'Etat, la Révolution française et l'Italie, actes du colloque de Milan, 14-15-16/9/1989, PUAM, 1990. [D1]

**CENTRE DE LA PENSEE POLITIQUE ET SOCIALE CONTEMPORAINE DE L'UNIVERSITE DE PROVENCE**, *Familles et pouvoirs*, actes du colloque d'Aix-en-Provence, Juin 1979, Informations sociales n° 4/5, 1980 et Economie et Humanisme n° 251, Janvier-Février 1981 <sup>25</sup>. [FS]

---

<sup>25</sup> Les contributions réparties dans les deux revues ne font pas toujours double emploi. Par ailleurs, *La revue de sociologie du Sud-Est* (Université de Provence éditeur), a également publié des interventions de ce colloque.

**CENTRE UNIVERSITAIRE DE RECHERCHES ADMINISTRATIVES ET POLITIQUES DE PICARDIE**, *Les bonnes moeurs*, PUF, Paris, 1994. [D1]

**CHAPLET** Pierre, *Le droit de la famille dans le monde*, rapp. introductif au congrès de l'Association nationale des avocats, Nancy, 14-17 mai 1970, *Pour la vie*, n° 117, 1970. [D2-22]

**CONSEIL REGIONAL DE MIDI-PYRENEES & UNION REGIONALE DES ASSOCIATIONS FAMILIALES DE MIDI-PYRENEES**, *Actes des Premières assises régionales de la famille en Midi-Pyrénées : Colloque des 7 et 8 octobre 1993*, Publications de la Région Midi-Pyrénées, 1994. [D1]

**CRESAL**, *Les raisons de l'action publique : Entre expertise et débat*, actes du colloque CRESAL-CNRS de Saint-Etienne, 13-14 mai 1992, L'Harmattan, Paris, 1993. [D2-22]

**DESPAX** Michel, *Droit des associations et environnement : Synthèse des travaux du 1<sup>er</sup> congrès de la Société française de droit de l'environnement*, Strasbourg, mai 1976, *Rev. jur. env.* n° 3/4, 1976, p. 199 et s. [D3-212]

**ENRICH MAS** Monserrat, *La protection des enfants mineurs dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme : Analyse de jurisprudence*, intervention au congrès du Mouvement international des juristes catholiques et du centre international des avocats de Strasbourg, Strasbourg, 24-26 novembre 1990, diffusion Conseil de l'Europe. [D2-21]

**FACULTES DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES DE TOULOUSE**, *Droit, économie et sociologie*, Travaux du VI<sup>e</sup> colloque, Toulouse, 28-31 mai 1958, *Ann. Fac. Toulouse* 1959. [D1]

**FAVOREU** Louis (Dir.), *La protection des droits fondamentaux par les juridictions constitutionnelles en Europe : Actes du colloque d'Aix-en-Provence, 19-20-21 février 1981*, RID comp. n° 2, avril-juin 1981. [D1]

**FEDERATION INTERNATIONALE DES FEMMES DE CARRIERE JURIDIQUE**, *La famille contemporaine et sa protection légale*, actes du congrès de Varsovie, 20-26 août 1967, *Pour la vie*, n° 117, 1970. [D2-11]

**FIXES** Bernard (Dir.), *La famille : Cycle de conférences à l'Institut catholique de Toulouse*, 1993-1994, enregistrement sonore sur cassettes, Institut catholique de Toulouse. [FS]

**GOUNOT** Emma, *Un droit nouveau pour une famille nouvelle*, in Couples et familles dans la société d'aujourd'hui, 59<sup>e</sup> session des Semaines sociales de France, Metz 1972, Chronique sociale de France. [D2-11]

**GROUPEMENT DE RECHERCHE POUR L'EDUCATION PERMANENTE**, *Associations et décentralisation*, actes du colloque de Marly-le-Roi, 22 au 24/3 1982, Pour, n° 87, Janvier-Février 1983. [D2-212]

**GROUPEMENT POUR LA RECHERCHE SUR LES MOUVEMENTS FAMILIAUX :**

1. *De l'action catholique au mouvement ouvrier : La déconfectionnalisation du Mouvement Populaire des Familles, 1941-1950*, Les cahiers du GRMF, n° 2, 1984. [FH]
2. *Femmes, famille et action ouvrière : Pratiques et responsabilités féminines dans les mouvements familiaux populaires (1935-1958)*, Les cahiers du GRMF, n° 6, 1991. [FH]
3. *L'action familiale ouvrière et la politique de Vichy - Monde ouvrier et la presse des mouvements familiaux populaires - Etre femme, être militant au Mouvement Populaire des Familles : Journées d'études des 28 et 29 novembre 1984*, Les cahiers du GRMF, n° 3, 1985. [FH]
4. *La bataille des squatters et l'invention du droit au logement (1945-1955) : Journées d'étude de novembre 1987*, Les Cahiers du GRMF, n° 7, 1992. [FH]
5. *Les mouvements familiaux populaires et ruraux : Naissance, développement, mutations, 1939-1955 ; Journées d'études des 2 et 3 octobre 1982*, Les cahiers du GRMF, n° 1, Août 1983. [FH]
6. *Monde Ouvrier 1937-195 : Une presse libre pour des temps difficiles*, Les cahiers du GRMF, n° 4, 1986. [FH]

7. *Vingt ans de luttes ouvrières et familiales (1940-1960), le Mouvement populaire des familles dans le Nord - Pas-de-Calais : Espoirs et réalisations ; Journée régionale d'étude du 16 novembre 1985*, Les cahiers du GRMF, n° 5, études régionales, 1988. [FH]

**HAUT CONSEIL DE LA POPULATION ET DE LA FAMILLE**, *Du politique et du social dans l'avenir de la famille*, actes du séminaire de Paris, 6 et 7 février 1990, Doc. fr., Paris, 1992. [FS]

**JACQUE** Jean-Paul, *Le respect de la vie privée dans la jurisprudence des organes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, intervention aux Journées d'information sur la Convention européenne des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Toulouse, 4-5 décembre 1980, Ann. Toulouse 1981, t. XXIX, p. 125 et s. [D2-121]

**JEAMMAUD** Antoine (Dir.), *Consécration et usage de droits nouveaux*, actes du colloque du Centre de recherches critiques sur le droit de mai 1985, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 1987. [D1]

**JOURNEES DE LA SOCIETE DE LEGISLATION COMPAREE**, *Le rôle et la participation des associations dans l'action en justice : 16<sup>e</sup> journées juridiques franco-polonaises*, Varsovie, 24-30 mai 1988, RID comp. n° spécial, vol 10, 1988. [D3-212]

**LABORATOIRE D'ETUDES ET DE RECHERCHES APPLIQUEES AU DROIT PRIVE**, *Le droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, Actes du colloque de 1992, LGDJ, Paris, 1993. [D2-12]

**LEREBOURS-PIGEONNIERE** Paul, *La famille et le code civil*, in Société d'Etudes Législatives, Le Code Civil (1804-1904) : Livre du centenaire, Duchemin, Paris, 1969, t. 1, p. 265 et s. [D2-111]

**MINISTERE DES AFFAIRES SOCIALES ET DE LA SOLIDARITE NATIONALE & MINISTERE DE LA RECHERCHE ET DE L'INDUSTRIE**, *Recherches et familles*, actes du colloque du 26 janvier 1983 à l'UNESCO, RF aff. soc., n° 4, octobre-décembre 1983. [D1]

**NEIRINCK** Claire, *La fonction de socialisation du droit de la famille*, Communication aux 6<sup>e</sup> entretiens juridiques annuels de l'ANPASE, Les Petites Affiches, 23 juin 1993, p. 16 et s. [D1]

**OBERDORFF** Henri (Dir.), *L'Europe en marche : De l'économie et du droit au politique ; Cycle de conférences de l'Université Jean Monnet de Saint Etienne*, CIEREC, Université de Saint Etienne, 1989. [D3-121]

**REMOND** René (Dir.), *Le gouvernement de Vichy (1940-1942) : Actes du colloque des 6 et 7 mars 1970*, Armand Collin, Paris, 1972. [D2-211]

**RIALS** Stéphane, *Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (la représentation : Continuité ou nécessité ? )*, in Association française des constitutionnalistes, La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989, Journées d'études des 16 et 17 mars 1989, Economica, Paris, 1990. [D3-21]

**ROUSSEAU** Dominique & **SUDRE** Frédéric (Dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des Droits de l'homme : Droits et libertés en Europe*, Actes du colloque de Montpellier, 20 et 21 janvier 1989, Edition des sciences et techniques humaines, Paris, 1990. [D2-121]

**SINGLY** François de & **SCHULTHEIS** Franz, *Affaires de famille, affaires d'Etat*, actes du colloque franco-allemand de sociologie de la famille, Editions de l'Est, Jarville-la-Malgrange, 1991. [FS]

**SOYSAL** Mümtaz, *Les relations publiques en matière administrative : II. L'action des administrés sur le fonctionnement de l'administration publique, à l'exception du droit électoral*, rapp. général pour le XIII<sup>e</sup> Congrès international des sciences administratives, Paris, 20-23 juillet 1965, Institut international des sciences administratives, Bruxelles, 1965. [D3-212]

**TERNEYRE** Philippe, *Le Conseil d'Etat et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, intervention au 1<sup>er</sup> Congrès français de droit constitutionnel, Strasbourg, 27, 28 et 29 septembre 1990. [D1]



**WIEVORKA** Michel, *Les mouvements de «consommateurs» en France*, in L'objet local, UGE 10/18, Paris, 1977, p. 131 et s. [FS]

**X**, *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : Concurrence ou complémentarité ; rapp. présenté par la délégation française à la IXe conférence des Cours constitutionnelles européennes, Paris, 10-13 mai 1993*, RFD adm. 1993 p. 849. [D2-12]

**C - Documents émanant des institutions familiales.** <sup>26</sup>

**ALLIANCE NATIONALE - POPULATION ET AVENIR**, *Pour un nouveau code de la famille*, Population et avenir, n° 611, janv.- févr. 1993. [D2-22]

**ARCHAMBAULT** Paul, *Eléments d'une doctrine familiale*, Rapp. présenté au Conseil d'administration de l'UNAF le 16/6/1946. [FP]

**ARFEUX** Maurice :

1. *Bilan de XXV années d'action familiale*, Intervention devant Georges Pompidou, Président de la République, 5 décembre 1970. [FH]
2. *L'intervention des familles dans la vie publique & La nature des intérêts familiaux*, interventions aux journées européennes de l'UIOF, Bruxelles, 4 au 6 Novembre 1966, Publications de l'UNAF. [D2-21]

**BILLET** Jean, *Point des travaux des commission de l'UNAF pour l'Assemblée Générale du 6/11/1982*, Lettre Générale de l'UNAF 1701, ann. 2. [D2-212]

**BIZOT** Thierry & alii, *Rapport de synthèse : Etude pour la Confédération régionale des associations familiales d'Ile-de-France*, Junior entreprise des élèves de l'Ecole Supérieure des Sciences économiques et commerciales, Paris(?), Juin 1984. [FS]

**BRETAGNOL** Michel, *Les représentations départementales aux services des familles*, communication aux assises départementales de la famille, Union départementale des associations familiales de l'Essonne, 16/5/1987, p. 69 et s. [D2-212]

**BURNEL** Roger :

---

<sup>26</sup> Les textes relatifs aux divers mouvements familiaux ou aux Unions d'associations familiales, qui n'ont pas fait l'objet d'une diffusion commerciale sont pour la plupart consultables auprès de la documentation de l'UNAF, 28 Place Saint-Georges, Paris, ou auprès du Groupement pour la Recherche sur les Mouvements Familiaux, 4 allée du Ternois, 59650 Villeneuve d'Ascq.

1. *L'action familiale... pourquoi ? : Journées inter-régionales de réflexion 1970-1971*, Publications de l'UNAF. [FP]
2. *L'UNAF dans le débat économique et social*, intervention à l'Association des Ages, 21 Septembre 1983, Lettre générale de l'UNAF 1773. [FP]
3. *L'UNAF : Parlement des familles*, La lettre de l'UNAF, Septembre 1981. [FP]
4. *Le mouvement familial : Perspectives d'avenir ; Intervention au Congrès du Mouvement familial, UNESCO, Paris, 25 & 26 janvier 1964*, Pour la vie n° 96, Mars 1964, p. 112 et s. [FP]
5. *La nature des intérêts familiaux : Journées inter-régionales de réflexion 1972-1973*, Publications de l'UNAF. [FP]
6. *La représentation et la défense institutionnelle des familles et des intérêts familiaux*, Publications de l'UNAF. [D2-212]

#### CAISSE NATIONALE D'ALLOCATIONS FAMILIALES <sup>27</sup>:

1. *Les associations familiales*, Informations sociales n° 6/7, 1978. [FS]
2. *Portrait d'une institution*, Dossiers CAF, 1984. [D2-222] <sup>28</sup>

**CHRETIENS DANS LE MONDE RURAL**, *Le mouvement Chrétiens dans le monde rural*, Editions du CMR, Paris, 1966. [FP]

---

<sup>27</sup> La CNAF publie régulièrement des statistiques sur les sujets suivants : prestations familiales, prestations logement, action sociale des CAF, personnel des CAF. D'un intérêt peut-être limité pour le juriste, elles permettent de saisir très concrètement le poids de l'institution.

<sup>28</sup>La collection *Dossiers CAF* éditée par la CNAF présente des informations claires et complètes sur des thèmes en relations avec la CNAF (prestations, action sociale, etc.).

**CONFEDERATION GENERALE DES FAMILLES**, *Le nouveau statut de la famille française*, Editions familiales de France, Paris, 1947. [FH]

**CONFEDERATION SYNDICALE DES FAMILLES**, *La représentativité a-t-elle encore un avenir ?*, Action Syndicale des familles, n° 111, avril-mai-juin 1993, p. 6 et s. [D2-21]

**CONFEDERATION SYNDICALE DU CADRE DE VIE**, *1952-1992 : 40 ans d'action par les consommateurs*, supplément à Cadre de Vie n° 78, Octobre-Novembre-Décembre 1992. [FH]

**DAUTRESME Michel**, *Familles rurales en mouvement : 50 ans d'histoire*, Familles rurales, Paris, 1993. [FH]

**DESMOTTES Georges**, *L'histoire d'une ordonnance ou la naissance du Corps Familial*, Réalités familiales n° 45, 1955, p. 11 et s. [FH]

**ECOLE DES PARENTS**, *Dossier « médiation familiale »*, décembre 1993. [D3-12]

**ENFANCE ET FAMILLES D'ADOPTION**, *Etre partenaire : Actes du Congrès d'Enfance et Familles d'Adoption*, Accueil n° 1-2, Février 1991. [FP]

**FAMILLES RURALES**, *Le corps familial français, vu par «Familles Rurales» depuis 1945*, Fédération nationale des familles rurales, Paris, Mai 1992. [FH]

**GAULTIER Jean-Patrice**, *Sur une histoire du mouvement familial en France*, Pour la vie, n° 89, Juin 1962. [FH]

**GUICHARD Claude**, *Représentation institutionnelle et représentation syndicale*, Action Syndicale des Familles n° 57, 1/6/1983, p. 5 et s. [FP]

**HAURY** Paul, *Note sur une histoire du mouvement familial en France de 1896 à 1939*, Pour la vie, n° 90-91, Novembre-décembre 1962 <sup>29</sup>. [FH]

**JUIGNER** Bruno, *Centre Communal d'Action Sociale et action sociale locale : Guide à l'attention des délégués familiaux*, numéro spécial du Délégué au CCAS, Septembre 1989. [D2-212]

**LEBEL** Roland, *L'action institutionnelle : Intervention au Congrès du Mouvement familial, UNESCO, Paris, 25 & 26 janvier 1964*, Pour la vie n° 96, Mars 1964, p. 88 et s. [D2-212]

**MAXIME** Henri, *Les associations de familles : Texte commenté de la loi du 29/12/1942*, ni lieu, ni date <sup>30</sup>. [D2-211]

**MOUVEMENT POPULAIRE DES FAMILLES**, *Forces familiales ouvrières : Famille dans la Nation*, Mouvement Populaire des familles, sans lieu, 1945 (?). [FP]

**NICOLAS** Jean-Pierre (Dir.), *La protection de l'enfance et de la jeunesse dans les pays de la Communauté Européenne*, 12 fasc., IDEF & Association de sauvegarde de l'enfance et de l'adolescence de Maine-et-Loire, 1993. [D3-122]

**PARKER** Daniel, *Mission sociale et éducative des «associations de familles» de droit semi-public*, Confédération générale des familles, Paris, 1943. [FP]

**PERNOT** Georges, *D'où vient, où va le mouvement familial ?*, Pour la vie, n° 1, Juillet 1945, p. 75 et s. [FH]

**POTTIER** Robert & **MEYNARD** Gaston, *Les APF et la représentation familiale*, Confédération nationale des associations populaires familiales, Paris, 1957 <sup>31</sup>. [FP]

---

<sup>29</sup> Il s'agit d'une réponse à la thèse de l'abbé Talmy précitée.

<sup>30</sup> Henri Maxime est le pseudonyme de l'Abbé Hua, aumônier national du Mouvement populaire des familles.

<sup>31</sup> Contient 2 rapports internes des APF de 1955 et 1957.

**REMOND** René, *Le Mouvement familial dans l'histoire : Intervention au Congrès du Mouvement familial, UNESCO, Paris, 25 & 26 janvier 1964*, Pour la vie n° 96, Mars 1964, p. 51 et s. **[FH]**

**RIVERO** Jean, *Exposé introductif pour l'Assemblée Générale de l'UNAF du 6/11/1982*, Lettre Générale de l'UNAF 1701, ann. 1. **[D2-212]**

**ROMATIF** François, *La famille Rurale dans l'action familiale*, supplément à Familles rurales n° 297, Juin-Juillet 1978. **[FH]**

**UNION DEPARTEMENTALES DES ASSOCIATIONS FAMILIALES DES HAUTS-DE-SEINE**, *Les représentations familiales*, UDAF 92, Octobre 1991, p. 13 et s. **[D2-212]**

**UNION DEPARTEMENTALE DES ASSOCIATIONS FAMILIALES DU NORD**, *Guide de l'administrateur UDAF 1992-1994*, Publication de l'UDAF du Nord, Lille, 1992. **[D2-212]**

#### **UNION NATIONALE DES ASSOCIATIONS FAMILIALES :**

1. *Application du protocole d'accord UNAF - Mouvements au cadre départemental*, 22/12/1966. **[D2-21]**
2. *Cinquième anniversaire de l'Ordonnance du 3 Mars 1945*, Bulletin de liaison UNAF n° 42-43, 1950. **[FH]**
3. *Compte rendu de l'Assemblée Générale de l'UNAF des 18 & 19 Juin 1965*, Bulletin de liaison de l'UNAF, 1965, p. 349 et s. **[FP]**
4. *Historique de l'UNAF*, Septembre 1970, Publications de l'UNAF. **[FH]**
5. *Le mouvement familial en France*, Réalités Familiales n° 29, décembre 1993 <sup>32</sup>. **[FP]**

---

<sup>32</sup> Présentation de l'ensembles des mouvements adhérant à l'UNAF (organigrammes, missions, publications, etc.).

6. *Présider et gérer une Union d'Associations Familiales : Dossier du Président d'UDAF*, Publication de l'UNAF, Paris, 1980. [FP]

7. *Procès-verbal de l'Assemblée Générale de l'UNAF du 6/11/1982*, Lettre Générale de l'UNAF 1719. [FP]

8. *Procès-verbal de l'Assemblée Générale de l'UNAF des 10 & 11 Juin 1989*, Lettre Générale de l'UNAF 2062. [FP]

9. *Qu'est-ce que l'UNAF, Pourquoi l'UNAF ? : Un peu d'histoire ou le fait précède le Droit*, Publications de l'U.N.A.F, 195(?). [FP]

**VIOT** Marcel, *La CSF, l'UNAF et les UDAF*, Action Syndicale des Familles n° 70, Mars-Avril 1985 p. 15 et s. [FP]

**X**, *La famille dans les institutions : Réponse française pour le congrès mondial de la famille*, 1958. [D2-21]

## 6 - Dictionnaires, recueils & usuels.

*Code Civil*, Dalloz, Paris, 1993. [D1]

*Code de la Santé Publique, de la Famille et de l'Aide Sociale*, Dalloz, Paris, 1993. [D1]

*Code Pénal et Nouveau Code Pénal*, Dalloz, Paris, 1993. [D1]

*Droits de l'homme en droit international, textes de base*, Editions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1992. [D2-121]

*Droits de l'homme : Recueil d'instruments internationaux*, ONU, New York, 1988. [D2-121]

**ARDANT** Philippe, *Les textes sur les droits de l'homme*, Que-sais-je ? n° 2538, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1993. [D2-121]

**ARNAUD** André-Jean (Dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1988. [D1]

**AUROUX** Sylvain & **WEIL** Yvonne, *Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie*, Hachette, 1991. [FP]

**BERGER** Vincent, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4<sup>e</sup> édition, Sirey, Paris, 1994. [D2-12]

**CORNU** Gérard (Dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1992. [D1]

**DORON** Roland & **PAROT** Françoise (Dir.), *Dictionnaire de psychologie*, PUF, Paris, 1991. [FP]



**DUHAMEL** Olivier & **MENY** Yves (Dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, Paris, 1992. [D2-212]

**FAVOREU** Louis & **PHILIP** Loïc, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Sirey, Paris, 7e édition, 1993. [D1]

**FONTETTE** François de, *Vocabulaire juridique*, Que-sais-je ? n° 2457, PUF, Paris, 3<sup>e</sup> édition, 1991. [D1]

**FOULQUIE** Paul, *Dictionnaire de la langue philosophique*, PUF, Paris, 1969. [FP]

**FRANCIS LEFEBVRE**, *Mémento pratique : Droit du travail - Sécurité sociale*, Editions Francis Lefebvre, Paris, 1992. [D2-22]

**GOMIEN** Donna, *Vade-mecum de la Convention européenne des droits de l'homme*, Les éditions du Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1991. [D2-12]

**GUINCHARD** Serge & **MONTAGNIER** Gabriel, *Lexique de termes juridiques*, Dalloz, Paris, 9<sup>e</sup> édition, 1993. [D1]

**JEANDIDIER** Wilfrid & **BELOT** Jacques, *Procédure pénale (les grandes décisions de la jurisprudence)*, PUF, Paris, 1<sup>ère</sup> édition, 1986. [D2-212]

**JOLLY** Jean, *Dictionnaire des parlementaires français*, PUF, Paris, 6 tomes, 1960. [D2-221]

**LACHAUME** Jean-François, *Les grandes décisions de la jurisprudence : Droit administratif*, PUF, Paris, 7<sup>e</sup> édition, 1993. [D1]

**LABICA** Georges & **BENSUSSAN** Gérard (Dir.), *Dictionnaire critique du marxisme*, PUF, Paris, 2<sup>e</sup> édition, 1985. [FP]

**LALANDE** André, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Paris, 17<sup>e</sup> édition, 1991. [FP]

**LITTRE** Emile, *Dictionnaire de la langue française*, Hachette, Paris, 1873, 4 tomes + suppl. [FP]

**LONG** Marceau, **WEIL** Prosper, **BRAIBANT** Guy, **DELVOLVE** Pierre & **GENEVOIS** Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, Paris, 10<sup>e</sup> édition, 1993. [D1]

**REY-DEBOVE** Josette & **REY** Alain (Dir.), *Le nouveau petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2 tomes, 1993. [FP]

**ROLLAND** Patrice & **TAVERNIER** Paul, *La protection internationale des droits de l'homme, textes*, Que-sais-je ? n° 2461, PUF, Paris, 1989. [D2-121]

**UNION NATIONALE DES ASSOCIATIONS FAMILIALES**, *Textes légaux, réglementaires et statutaires relatifs aux unions d'associations familiales, UNAF et UDAF*, numéro spécial du Bulletin de Liaison, Avril 1977. [D2-212]

**X**, *Guide de l'administrateur de sécurité sociale*, Editions Docis, Paris, 1991 (avec mise à jour 1993). [D3-22]

## ***RESUME EN ANGLAIS (ABSTRACTS).***

The family is, in terms of public law, a notion which acts as a sort of reference for a number of directly operational concepts, but at the same time, without there being a single and exact definition in substantive law or doctrine. The importance of this notion has nevertheless become such, notably through the constitutionally protected right to lead a normal family life and the various public-sector actions aimed at families, that one can no longer simply observe the presence of the notion in legal pronouncements and an attempt has to be made to develop a coherent description of the notion of the *family*.

That is the intention of this thesis. This will require the application of methods of analysis that will allow us to get behind the manifest diversity that is the public law concept of the *family*, to attempt to discover its real contents. This will involve considering the origins of the constructed notion and the legal processes that have constructed the notion of the *family*, using a global analytical grid. This would show the State and the Family as social phenomena with direct links of dependence and opposition. Public law would be seen as an instrument enabling the reconstruction of the social reality of these links, through the construction of the legal notion of the *family*.

One can then show how, by means of this reconstruction, the State protects the only concept of the family that, through its forms and above all its functions, is useful for its own construction and how, in doing this, it places it in a context of social control through the use of legal techniques that ensure its representation and its administration.

## TABLE THEMATIQUE. <sup>1</sup>

|                                                    |                      |                                                      |                                                                                              |
|----------------------------------------------------|----------------------|------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>A</b>                                           |                      | <i>Caisses d'allocations familiales</i>              | <b>543-549</b>                                                                               |
|                                                    |                      | <i>Capacité juridique</i>                            | 164-165                                                                                      |
|                                                    |                      | <i>Catholicisme social</i>                           | 317                                                                                          |
| <i>Abandon</i>                                     | <b>298-301</b>       | <i>Chambres consulaires</i>                          | 372-373                                                                                      |
| <i>Abus de droit</i>                               | 107                  | <i>Charte sociale européenne</i>                     | 180 ; 218                                                                                    |
| <i>Acte administratif</i>                          | 78 ; 86              | <i>Christianisme</i>                                 | 69                                                                                           |
| <i>Acte juridique</i>                              | <b>79-82 ; 149</b>   | <i>Collectivités locales</i>                         | 164 ; 514-515 ; <b>526-532</b>                                                               |
| <i>Action civile</i>                               | <b>434-441</b>       | <i>Compétence juridictionnelle</i>                   | 86 ; <b>129-130 ; 264-268 ;</b>                                                              |
| <i>Adoption</i>                                    |                      | <i>Concubinage</i>                                   | 121 ; 208 ; 245 ; 263 ; 277 ; 299-300 ; 338-344 ; 494                                        |
| <i>Agrément (des associations)</i>                 | 370 ; 438 ; 440      | <i>Conformisme</i>                                   | 71 ; 210                                                                                     |
| <i>Aide sociale à l'enfance</i>                    | 258 ; <b>260-261</b> | <i>Conseil de l'Europe</i>                           | 477                                                                                          |
| <i>Analyse institutionnelle</i>                    |                      | <i>Conseil économique et social</i>                  | <b>13-19 ; 51 ; 144 ; 160-162 ; 365-367 ; 400 ; 338-344 ; 383</b>                            |
| <i>Anomie</i>                                      | 226 ; 451            | <i>Conseil national de l'information statistique</i> | 518                                                                                          |
| <i>Assistance éducative</i>                        | 273-274              | <i>Conseil supérieur de l'adoption</i>               | 524                                                                                          |
| <i>Association « mixte »</i>                       | <b>399-403</b>       | <i>Conseil supérieur de l'information sexuelle</i>   | 525                                                                                          |
| <i>Association française des établissements de</i> |                      | <i>Consentement (dans la famille)</i>                | 4 ; 47 ; 53 ; 64 ; 67 ; <b>72-</b>                                                           |
| <i>crédit</i>                                      | 362                  | <i>Constitution du 27/10/1946</i>                    | 6 ; 24 ; 74 ; 180 ; <b>183 ; 1</b>                                                           |
| <i>Associations familiales</i>                     |                      | <i>Constitution du 4/10/1958</i>                     | 87 ; 183 ; 192 ; 504                                                                         |
| <i>Autorité parentale</i>                          |                      | <i>Constitution du 4/11/1948</i>                     | 44-45 ; 56 ; 67 ; 75 ; 83 ; 86 ; 87 ; 94 ; 100 ; 102 ; 111 ; 121 ; 128 ; 132 ; 149 ; 247 ; 6 |
| <i>Avis</i>                                        | 417-420              | <i>Constitutionnalisation du droit</i>               | 11                                                                                           |
| <i>Avortement</i>                                  | 245                  | <i>Consultation</i>                                  | <b>416-420</b>                                                                               |
| <i>Axiome (l'Etat et le droit comme)</i>           |                      | <i>Continuité fonctionnelle (Etat/famille)</i>       | 15 ; 116 ; 138 ; 142 ; 21 ; 124 ; 129 ; 163 ; 27                                             |
| <b>B</b>                                           |                      | <i>Contraception</i>                                 | 245                                                                                          |
|                                                    |                      | <i>Contrat</i>                                       | 72 ; <b>77-82 ; 86</b>                                                                       |
| <i>Bayeux (Discours de)</i>                        | 317 ; 337 ; 339      | <i>Contrat de mariage</i>                            | 51                                                                                           |
| <i>Bioéthique</i>                                  | 209 ; 245 ; 289      | <i>Contre-révolution</i>                             | 317 ; 322                                                                                    |
| <b>C</b>                                           |                      | <i>Contrôle de conventionnalité</i>                  | 190 ; 198 ; 252                                                                              |
|                                                    |                      | <i>Contrôle de proportionnalité</i>                  | 132                                                                                          |
|                                                    |                      | <i>Contrôle public</i>                               | 86 ; 94 ; 113 ; 121 ; 128                                                                    |

<sup>1</sup> Les numéros indiqués renvoient aux numéros de paragraphe. Les italiques signalent les développements des notes infrapaginales du ou des paragraphes concernés. Les numéros en gras indiquent les points où le thème est particulièrement étudié.

|                                                    |                      |
|----------------------------------------------------|----------------------|
| <i>Contrôle social</i>                             | 284 ; <b>508-589</b> |
| <i>Convention européenne des droits de l'homme</i> |                      |
| <i>Convention sur les droits de l'enfant</i>       |                      |
| <i>Corporatisme</i>                                |                      |
| <i>Corporatisme familial</i>                       |                      |
| <i>Cotisations familiales</i>                      | 468                  |
| <i>Cour de discipline budgétaire et financière</i> | 398                  |
| <i>Cour des comptes</i>                            | 398 ; 541            |

## D

|                                                         |                                       |
|---------------------------------------------------------|---------------------------------------|
| <i>Déchéance</i>                                        | 303-304                               |
| <i>Déclaration des droits de l'homme et du citoyen</i>  | 492                                   |
| <i>Déclaration universelle des droits de l'homme</i>    | 178                                   |
| <i>Délibération (pouvoir de)</i>                        | 431                                   |
| <i>Démembrement</i>                                     | 124 ; 400                             |
| <i>Démocratie chrétienne</i>                            | 317 ; 365 ; 457                       |
| <i>Démographie</i>                                      |                                       |
| <i>Désignation (pouvoir de)</i>                         | 426                                   |
| <i>Détournement de pouvoir</i>                          | 107 ; 113-114 ; 131                   |
| <i>Divorce</i>                                          | 87 ; 243 ; 284 ; <b>286-287</b>       |
| <i>Dot</i>                                              | 50                                    |
| <i>Droit à la filiation</i>                             | 246                                   |
| <i>Droit de la famille (doctrine)</i>                   | 87                                    |
| <i>Droit pénal</i>                                      |                                       |
| <i>Droit privé</i>                                      |                                       |
| <i>Droit-créance</i>                                    | <b>216-229</b>                        |
| <i>Droits constitutionnels (ou droits fondamentaux)</i> | 157 ; 168 ; 197 ; 201-203 ; 221 ; 255 |
| <i>Droits de l'enfant</i>                               | <b>289-295</b>                        |
| <i>Droits des familles (usage de la formule)</i>        |                                       |

## E

|                                                      |                      |
|------------------------------------------------------|----------------------|
| <i>Effectivité</i>                                   | 15 ; 202 ; 254 ; 488 |
| <i>Efficacité</i>                                    |                      |
| <i>Election politique</i>                            | <b>320-332</b>       |
| <i>Eloignement des étrangers (aspects familiaux)</i> | <b>250</b>           |
| <i>Erreur manifeste d'appréciation</i>               | 132                  |
| <i>Etat-Nation</i>                                   |                      |
| <i>Etats généraux (régime électoraux)</i>            | <b>322-323</b>       |

|                  |                                                         |
|------------------|---------------------------------------------------------|
| <i>Ethique</i>   | 18 ; 140-141                                            |
| <i>Eugénisme</i> | 180 ; <b>185-188</b> ; 192 ; 231-237 ; <b>245</b> ; 452 |
|                  | 176 ; 178 ; 291                                         |

|                               |                                                          |
|-------------------------------|----------------------------------------------------------|
| <i>F</i>                      | <b>312-315</b> ; 334 ; 369 ; 382-383                     |
|                               | 46 ; <b>315-318</b> ; 320-321 ; 334-339 ; <b>365-367</b> |
| <i>Fait social</i>            | 67                                                       |
| <i>Famille légitime</i>       | 152 ; 206 ; 235 ; 282                                    |
| <i>Famille naturelle</i>      | 206 ; 285                                                |
| <i>Famille recomposée</i>     | 152                                                      |
| <i>Filiation</i>              | 87 ; 90-94                                               |
| <i>Filiation adultérine</i>   | 206                                                      |
| <i>Finances publiques</i>     | 394-398                                                  |
| <i>Fiscalité</i>              | 448 ; 468 ; <b>491-495</b>                               |
| <i>Fonctions familiales</i>   | 4 ; 20 ; 37 ; 9                                          |
| <i>Fondation (acte de)</i>    | <b>77-82</b> ; 94 ; 9                                    |
| <i>Fonds d'action sociale</i> | <b>539-541</b>                                           |

## H

|                                                       |                                    |
|-------------------------------------------------------|------------------------------------|
| <i>Habilitation</i>                                   | 102 ; <b>111</b> ; 124 ; 140 ; 152 |
| <i>Haut conseil de la population et de la famille</i> | <b>519-521</b>                     |
| <i>Homosexualité</i>                                  | 94 ; 208 ; 235                     |
| <i>Hygiénisme</i>                                     | 451                                |

## I

|                                                                      |                                                                             |
|----------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|
| <i>I</i>                                                             | 109 ; 257 ; 283-284 ; 288 ; 437-441 ; 487 ; 574                             |
| <i>Inceste</i>                                                       | 1-2 ; 22 ; 65 ; 69 ; 74 ; 126 ; <b>480-489</b>                              |
|                                                                      | 206 ; 246                                                                   |
| <i>Individualisme</i>                                                | 21 ; 25 ; 50 ;                                                              |
| <i>Ingérence dans la vie familiale</i>                               | 201-203 ; 20                                                                |
| <i>Institut de l'enfance et de la famille</i>                        | <b>537</b>                                                                  |
|                                                                      | 37 ; 44                                                                     |
| <i>Institut national de la statistique et des études économiques</i> | 518                                                                         |
| <i>Institut national des études démographiques</i>                   | 454 ; <b>534-536</b>                                                        |
| <i>Institution</i>                                                   | 14 ; 86-87 ; 94 ; <b>143-169</b> ; 282                                      |
| <i>Intérêt</i>                                                       | 88 ; 164 ; 212 ; 261 ; 488-489 ; 557 ; 560-561                              |
| <i>Intérêt de l'enfant</i>                                           | 90 ; 103-104                                                                |
| <i>Intérêt de l'Etat</i>                                             | <b>270-272</b>                                                              |
| <i>Intérêt de la famille</i>                                         | 85 ; 87 ; 90 ;                                                              |
| <i>Intérêt général</i>                                               | 68 ; 113 ; 12                                                               |
|                                                                      | 143 ; <b>154-157</b> ; 444 ; 484-486 ; 509 ; 513-515 ; 562 ; <b>584-585</b> |
| <i>Interprétation des énoncés juridiques</i>                         | 62 ; 66 ; 112                                                               |

*Interventionnisme* 459

*Intimité*

**J**

*Juridicité*

*Jusnaturalisme* 14 ; 111 ; 140 ; 142

**L**

*Libéralisme* 69

*Liberté individuelle*

*Loi (domaine)* 87

**M**

*Mariage*

*Médaille de la famille française* 582

*Ministères* 455 ; 457 ; 517

*Monopole* 357-363 ; 367 ; 428

*Mutabilité* 113 ; 157

**N**

*Natalisme*

*Nom de famille* 44 ; 52 ; 56

*Non-droit*

*Normalité*

*Normativisme* 98-105 ; 124

**O**

*Objectif constitutionnel* 201 ; 224-225

*Objectivisme* 82 ; 116-142

*Obligatorité* 67 ; 85 ; 90

*Opposabilité* 214-215

*Ordre intérieur* 133-136 ; 151

*Ordre juridique*

*Ordres professionnels* 359 ; 413

*Organe*

*Organisation des Nations unies*

**P**

20-21 ; 71 ; 210 ; 231-235 ; 255 ; 282

*Participation* 317 ; 378-383 ; 423-433

*Personne morale* 25-95 ; 120 ; 124 ; 138 ;

*Personne privée gérant un service public* 86 ; 127 ; 262--263 ; 351

*Phénomène* 82 ; 111-112 ; 141-142 ; 145-153 ; 15-16 ; 142

*Politique du droit* 12 ; 31 ; 65-75 ; 127 ; 40

*Politique familiale* 228 ; 447-507 ; 487

*Politique sociale* 465-471 ; 499

*Polygamie* 207

*Positivisme juridique* 14-15 ; 17 ; 62 ; 137-142

*Pouvoir* 130 ; 197 ; 213-229 ; 230 ; 241 ; 287 ; 387 ; 459 ; 484 67 ; 86 ; 90 ; 96-142 ; 10

*Prestations familiales* 44 ; 56 ; 455 ; 468 ; 496

*Principes généraux du droit* 193 ; 201 ; 220-221

*Proposition (pouvoir de)* 421-422 ; 426

*Puissance* 83-86 ; 97 ; 111 ; 132 ;

51 ; 85 ; 87 ; 90-94 ; 197 ; 208 ; 236 ; 241-243 ; 251 ; 282-284

*Puissance de l'Etat (Herrschaftsgewalt)* 124 ; 138

*Puissance publique* 78 ; 125 ; 127 ; 142

*Pupilles* 275-276

**Q**

*Quotient familial* 493

226 ; 454 ; 459-460 ; 464 ; 494 ; 498-499 ; 582

**R**

15 ; 63 ; 82 ; 133-136 ; 142 ; 151

*Rationalité* 450-454 ; 461 ; 570

129 ; 169 ; 178 ; 188 ; 195 ; 205-210 ; 443 ; 459 ; 478 ; 487 ; 558-570

*Reconnaissance d'enfant naturel* 82

*Régime matrimonial* 44 ; 49-53 ; 56 ; 77-78 ;

*Règle de droit (caractères)* 134 ; 217 ; 482 ; 488

*Regroupement familial* 9 ; 193-194 ; 249

*Relations interinstitutionnelles* 159-163 ; 304 ; 309 ; 44

*Relevance* 164-169 ; 301

*Représentation* 46 ; 56 ; 87 ; 112 ; 119-

*Représentation légale* 103 ; 375-376

*Représentation politique* 310-344 ; 376

*Représentativité* 363-373

15 ; 70 ; 142-169 ; 199 ; 301-304

*Résistance (Idées politiques de la)* 317 ; 337 ; 350-351

31 ; 44-45 ; 52 ; 56 ; 105 ; 117-125 ; 150 ; 376

**S**

4 ; 6 ; 178 ; 474

|                                                   |                               |
|---------------------------------------------------|-------------------------------|
| Science                                           | 450-454 ; 461 ; 534-536 ; 570 |
| Sénat                                             | 338-339                       |
| Séparation des pouvoirs                           | 366                           |
| Service public                                    |                               |
| Société conjugale                                 | <b>48-53 ; 77-94</b>          |
| Souvenirs de famille                              | 44-45 ; 96                    |
| Souveraineté                                      |                               |
| Standard juridique                                | <b>204-212</b>                |
| Subjectivisme                                     |                               |
| Subventions                                       | 395-398 ; 553                 |
| Suffrage familial                                 |                               |
| Syndicats professionnels                          | 370 ; 383                     |
| Système de contraintes (interprétation normative) | 66 ; 195 ; 205                |

**T**

|                                             |                                                           |
|---------------------------------------------|-----------------------------------------------------------|
| Technocratie                                | 457                                                       |
| Transsexualisme                             | 86 ; 127-131 ; 358 ; 554-556 ; 570 ; 94 ; 195 ; 208 ; 242 |
| Tutelle (contrôle de)                       | 354 ; 398 ; 400                                           |
| Tutelle aux prestations sociales            | <b>581</b>                                                |
| Union (acte juridique)                      | <b>79-82</b>                                              |
| Union européenne                            | <b>181-182 ; 183</b>                                      |
| Union française des combattants             | 361                                                       |
| Union nationale des associations familiales | <b>339-410</b>                                            |

**V**

|                                            |                      |
|--------------------------------------------|----------------------|
| Vichy (Régime de)                          | 6 ; 34 ; 72 ; 300    |
| Vie familiale normale (droit de mener une) | 1 ; 6 ; 92 ; 120     |
| Vie privée                                 | <b>231-235</b>       |
| Viol                                       | 135 ; 283            |
| Vol                                        | 135                  |
| Vote familial                              | 326 ; <b>331-332</b> |





***TABLE DES MATIERES <sup>a</sup>***

---

<sup>a</sup> Les nombres renvoient aux pages.

|                 |     |
|-----------------|-----|
| <b>ANNEXES.</b> | 565 |
|-----------------|-----|

|                              |     |
|------------------------------|-----|
| <b>SOMMAIRE DES ANNEXES.</b> | 567 |
|------------------------------|-----|

|                                           |     |
|-------------------------------------------|-----|
| <b>ANNEXE 1 : ABREVIATIONS GENERALES.</b> | 568 |
|-------------------------------------------|-----|

|                                              |     |
|----------------------------------------------|-----|
| <b>ANNEXE 2 : ELEMENTS DE JURISPRUDENCE.</b> | 581 |
|----------------------------------------------|-----|

|                                                  |     |
|--------------------------------------------------|-----|
| 1 - Conseil constitutionnel.                     | 581 |
| 2 - Juridictions internationales.                | 584 |
| A - Juridictions du Conseil de l'Europe.         | 584 |
| B - Cour de justice des communautés européennes. | 587 |
| 3 - Ordre Administratif.                         | 589 |
| A - Conseil d'Etat.                              | 589 |
| B - Tribunaux administratifs.                    | 601 |
| 4 - Ordre Judiciaire.                            | 602 |
| A - Cour de Cassation .                          | 602 |
| B - Cours d'Appel.                               | 605 |
| C - Autres tribunaux judiciaires.                | 605 |

### **ANNEXE 3 : DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES**

|                               |     |
|-------------------------------|-----|
| <b>CONCERNANT LA FAMILLE.</b> | 607 |
|-------------------------------|-----|

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| 1 - Histoire constitutionnelle française.  | 607 |
| 2 - Bloc constitutionnel positif français. | 608 |
| 3 - Constitutions étrangères.              | 609 |

|                                                                |     |
|----------------------------------------------------------------|-----|
| <b>ANNEXE 4 : TEXTES INTERNATIONAUX PROTEGEANT LA FAMILLE.</b> | 613 |
|----------------------------------------------------------------|-----|

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| 1- Textes déclaratifs.     | 613 |
| 2- Textes liant la France. | 615 |
| 3 - Autres textes.         | 620 |

### **ANNEXE 5 : HISTORIQUE DES MINISTERS**

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| <b>EN CHARGE DE LA FAMILLE.</b> | 622 |
|---------------------------------|-----|

|                                                                                     |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>ANNEXE 6 : ORGANIGRAMMES DES SERVICES CENTRAUX<br/>S'OCCUPANT DE LA FAMILLE.</b> | <b>631</b> |
|-------------------------------------------------------------------------------------|------------|

|                                                                         |            |
|-------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>ANNEXE 7 : TEXTES ETATIQUES SUR LA REPRESENTATION<br/>FAMILIALE.</b> | <b>640</b> |
|-------------------------------------------------------------------------|------------|

|                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>ANNEXE 8 : ETAT DES REPRESENTATIONS ASSUREES<br/>PAR LES REPRESENTANTS FAMILIAUX.</b> | <b>646</b> |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------------|

|                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------|------------|
| <b>ANNEXE 9 : SCHEMAS SUCCESSIFS DU « CORPS FAMILIAL ».</b> | <b>673</b> |
|-------------------------------------------------------------|------------|

|                       |            |
|-----------------------|------------|
| <b>BIBLIOGRAPHIE.</b> | <b>677</b> |
|-----------------------|------------|

|                                                               |     |
|---------------------------------------------------------------|-----|
| 1 - Ouvrages universitaires (manuels, précis, traités, etc.). | 680 |
| 2 - Thèses, mémoires & monographies.                          | 694 |
| 3 - Ouvrages généraux.                                        | 703 |
| 4 - Articles.                                                 | 712 |
| 5 - Communications, rapports & documents internes.            | 734 |
| A - Documents officiels.                                      | 734 |
| B - Actes de colloques.                                       | 739 |
| C - Documents émanant des institutions familiales.            | 746 |
| 6 - Dictionnaires, recueils & usuels.                         | 752 |

|                                       |            |
|---------------------------------------|------------|
| <b>RESUME EN ANGLAIS (ABSTRACTS).</b> | <b>755</b> |
|---------------------------------------|------------|

|                          |            |
|--------------------------|------------|
| <b>TABLE THEMATIQUE.</b> | <b>756</b> |
|--------------------------|------------|

**TABLE DES MATIERES a \_\_\_\_\_ 775**