



HAL
open science

Les conflits en droit extrapatrimonial de la famille

Edihno Dos-Reis

► **To cite this version:**

| Edihno Dos-Reis. Les conflits en droit extrapatrimonial de la famille. 2018. hal-01877169

HAL Id: hal-01877169

<https://hal.science/hal-01877169v1>

Preprint submitted on 19 Sep 2018

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.

**LES CONFLITS EN DROIT EXTRAPATRIMONIAL
DE LA FAMILLE :
CONTRIBUTION A LA PREVISIBILITE DES
TRAITEMENTS**



Étude réalisée et achevée en décembre 2017 par :

Monsieur Edihno DOS-REIS

Docteur en droit, qualifié aux fonctions de Maître de conférences,
Chercheur associé au CRJ (EA 1965) de l'Université Grenoble Alpes.

AVERTISSEMENT

La présente étude est une version remaniée d'une thèse de doctorat réalisée sous la direction de Monsieur Pierre MURAT, Professeur à l'Université Grenoble Alpes, et soutenue publiquement le 23 septembre 2016 devant un jury composé de :

Monsieur Michel FARGE

Professeur, Université Grenoble Alpes (Examineur)

Madame Adeline GOUTTENOIRE

Professeure, Université de Bordeaux (Président du Jury)

Monsieur Jean HAUSER

Professeur, Université de Bordeaux (Rapporteur)

Madame Anne LEBORGNE

Professeure, Université d'Aix-Marseille (Rapporteur)

Monsieur Pierre MURAT

Professeur, Université Grenoble Alpes (Directeur de la recherche)

Pour citer ce document :

E. DOS-REIS, *Les conflits en droit extrapatrimonial de la famille : contribution à la prévisibilité des traitements*, th. remaniée, Grenoble 2017.

REMERCIEMENTS

J'adresse ici ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur **Pierre MURAT** et à Madame le Professeure **Virginie LARRIBAU-TERNEYRE** qui par leurs critiques constructives ont nourri la présente version remaniée de ma thèse de doctorat.

SOMMAIRE

Introduction	1
Partie I : La prévisibilité des traitements <i>de lege lata</i>.....	27
<i>Titre I : Le recours aux techniques institutionnelles d'objectivation des traitements.....</i>	<i>28</i>
Chapitre I. Les techniques processuelles d'objectivation des traitements : analyse des fins de non-recevoir	29
Chapitre II : Les techniques substantielles d'objectivation des traitements	69
<i>Titre II : Le recours à la régulation conventionnelle des conflits.....</i>	<i>97</i>
Chapitre I : La possibilité d'une régulation conventionnelle des conflits en droit extrapatrimonial de la famille	100
Chapitre II : L'apport de la régulation conventionnelle à la prévisibilité des traitements	122
Partie II : La prévisibilité des traitements <i>de lege ferenda</i>.....	141
<i>Titre I : L'amélioration de la gestion préventive</i>	<i>142</i>
Chapitre I : Prévenir la naissance des conflits familiaux	143
Chapitre II : Prévenir l'itération des conflits familiaux	196
<i>Titre II : La systématisation de la gestion curative</i>	<i>227</i>
Chapitre I : La méthode théorique de systématisation	228
Chapitre II : La méthode pragmatique de systématisation	247
CONCLUSION GÉNÉRALE	297
Index thématique.....	302
Bibliographie indicative.....	304
Table des matières	363
Résumé	368

TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajouter
AJ fam.	Actualité Juridique, droit de la famille
AJ. Pénal	Actualité Juridique, droit pénal
al.	Alinéa
Ass. nat.	Assemblée nationale
APD	Archives de Philosophie du Droit
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
c.	Contre
CA	Cour d'Appel
CASF	Code de l'Action Sociale et des Familles
Cass. 1 ^{re} civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 ^e civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. 3 ^e civ.	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CPC	Code de procédure civile

CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Defrénois (dir.)	Répertoire du notariat Defrénois Sous la direction de
Dr. fam. éd.	Revue droit de la famille Édition/éditeur
EDFP fasc.	L'Essentiel Droit de la Famille et des Personnes Fascicule
Gaz. Pal. gr. ch.	Gazette du Palais Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
IR	Informations rapides
JCP (G)	Semaine juridique, édition générale
JCP (N)	Semaine juridique, édition notariale
JO	Journal Officiel
J.-Cl.	Juris-Classeur
LPA	Les Petites Affiches
LGDJ n°	Librairie générale de Jurisprudence Numéro
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Précit.	Précité
Procédures	Revue Procédures
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PFUSL	Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis
Rappr.	Rapprocher
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
Rev. crit. DIP	Revue Critique de Droit international privé
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. proc. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé

RRJ	Revue de la Recherche Juridique (droit prospectif)
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit commercial
RTDH	Revue Trimestrielle des droits de l'Homme
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Voir ci-dessus
t.	Tome
th. dactyl.	Thèse dactylographiée
TGI	Tribunal de Grande Instance
TI	Tribunal d'Instance
V°	Voir au mot
Vol.	Volume

« L'environnement contemporain, assurément rationaliste, scientifique et sécuritaire, rend à la vérité de plus en plus insupportable l'existence d'aléas, perçus comme des poches de résistance aux forces humaines, qu'il faut réduire à toute force et dont la reconnaissance même serait le signe d'une sorte de défaitisme. Protection et sécurité sont, pourrait-on dire, devenues les deux mamelles du droit contemporain (...) »¹.

¹ A. BENABENT, « Observations finales », in *L'aléa*, Journées nationales de l'association Henri Capitant, t. XIV, Dalloz, 2011, p. 101.

INTRODUCTION

« Le droit de la famille a pour vocation première d’opérer comme un dispersant sur les conflits de famille (...). Le législateur contemporain n’en disconvient pas : la famille peut être un lieu de tensions, voire un nœud de vipères »¹.

1. Remarques liminaires. – Relever une inflation du contentieux familial est aujourd’hui un lieu commun. Par la vertu des statistiques, on arrive au constat qu’actuellement 53% des affaires en matière civile sont relatives au droit de la famille². Face à un tel constat, on crie à l’envie à l’étouffement ou à l’encombrement de l’appareil judiciaire³. Néanmoins, en poussant la réflexion au-delà du simple constat d’ordre quantitatif, on remarque que les conflits familiaux engendrent aujourd’hui un contentieux de masse⁴ en raison d’une conjonction de facteurs qui sont soit extérieurs soit propres à la matière familiale. En ce qui concerne les facteurs extérieurs à la matière familiale, il convient de souligner que l’élément principal susceptible d’expliquer l’inflation du contentieux familial est sans nul doute la judiciarisation de la société⁵ rendue possible par la consécration et surtout par la mise en place de garanties destinées à assurer l’effectivité d’un droit d’accès au juge⁶. Pour dire les

¹ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 177.

² C. CHAMBAZ (dir.), *Les chiffres-clés de la Justice 2016*, Ministère de la justice, 2016, p. 10. http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_CC_2016.pdf

³ Voir par exemple, L. CADIET, « Civil Justice Reform : Access, Cost and Delay. The French Perspective », in, A. A. S. Zuckerman (dir.), *Civil Justice in Crisis*, Oxford University Press, 1999, p. 290 et s., spéc. pp. 304-308 - O. DUFOUR, « Une bien aimable justice... amiable », LPA 1998, n° 75, p. 3. - O. DUFOUR, « La justice confrontée à une double crise matérielle et morale », LPA 2015, n° 20, p. 3.

⁴ Voir par exemple, R. AUDOT et *alii*, *Au tribunal des couples*, Rapport de recherche pour la Mission de Recherche Droit et Justice, 2010, p. 4. – Sur la notion de contentieux de masse, voir, Y. GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d’explication et perspectives des contentieux de masse », RFDA 2011, p. 464.

⁵ Sur la société contentieuse, voir, L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in, Mélanges G. CORNU, PUF, 1994, p. 29-50.

⁶ Sur la question du droit d’accès au juge et des obligations pesant sur l’État en vue d’assurer son effectivité, voir par exemple, S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz Action 2017, n° 211.31 et s. – Sur la thématique de l’accès au juge en général, voir, Dossier : L’accès au juge, Revue Justice et Cassation, Dalloz 2008.

choses simplement, l'évolution normative contemporaine a contribué à faire de la justice « *un bien de consommation courant* »¹.

Pour ce qui est des facteurs propres à la matière familiale, il convient de noter, tout d'abord, que l'évolution sociologique de la famille contemporaine² – marquée par l'accroissement du nombre de couples non mariés, l'inflation des naissances hors mariage, l'augmentation du nombre de familles monoparentales, recomposées, homoparentales³ – a contribué à faire de ses membres des habitués des prétoires tant les occasions de conflit sont devenues légions⁴. Pis, l'évolution du droit de la famille participe elle-même à l'accroissement du contentieux familial ; la subjectivisation du droit contemporain de la famille⁵, c'est-à-dire sa réduction à un catalogue de droits subjectifs, conduit par effet mécanique à l'inflation du contentieux familial. En effet, chaque membre de la famille désirent imposer ses choix individuels trouvera toujours dans l'éventail fourni des droits et libertés individuels qui lui sont offerts, une prérogative juridique lui permettant d'exiger du Droit, la satisfaction de l'intérêt poursuivi, y compris lorsque cette satisfaction heurte d'autres intérêts individuels ou collectifs. Ce qui signifie que le droit de la famille devient lui-même polémogène, car il tient simultanément plusieurs discours aux individus.

En résumé, la démocratisation de la justice conjuguée à la construction en matière familiale d'un droit de l'individu au détriment d'un droit du groupe⁶ conduisent nécessairement un plus grand nombre de justiciables à se tourner vers les tribunaux lorsque le cercle familial est secoué par la moindre crise. Néanmoins, une justice démocratique, peu importe l'inflation des contentieux, doit répondre aux besoins des justiciables au rang desquels figure la prévisibilité

¹ J.-M. COULON, M.-N. TEILLER, E. SERRAND, *Réflexions et propositions sur la procédure civile*, La documentation française, 1997, p. 14. <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/974024100.pdf>

² Sur cette évolution, voir par exemple, F. DE SINGLY, *Sociologie de la famille contemporaine*, 6^e éd., Armand Colin, 2017. – J.-H. DECHAUX, *Sociologie de la famille*, éd. La Découverte, 2009. – J. COMMAILLE, *Familles sans justice ? Le droit et la justice face aux transformations de la famille*, éd. Le Centurion, 1982.

³ Pour une vue statistique sur ces phénomènes, voir par exemple, O. ROY, *Droit de la famille*, 4^e éd., Archétype82, 2017, p. 6 et s., spéc. n° 4. – F. DEBOVE, R. SALOMON, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, 8^e éd., Vuibert, 2012, p. 47 et s.

⁴ R. AUDOT et alii, *Au tribunal des couples*, Rapport de recherche pour la Mission de Recherche Droit et Justice, 2010, p. 49.

⁵ À propos de la subjectivisation du droit de la famille, voir par exemple, J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 121 et s. G. CORNU, *Droit civil : La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, p. 20 et s.

⁶ Voir, le doyen CARBONNIER (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002, p. 28) qui relevait à juste titre que « *la France a une politique familiale qui est, en fait, une politique des personnes plutôt que de la famille, des droits subjectifs plutôt que de l'institution* ».

des réponses juridictionnelles¹. Partant de ce constat, on en vient naturellement à se demander si la justice familiale est assez lisible pour les justiciables de manière à leur permettre une prévision raisonnable du traitement de leurs conflits ; et dans l'hypothèse où cette prévisibilité ne serait pas assurée, comment rendre le traitement des conflits familiaux plus lisibles, plus rationnels et par conséquent prévisibles ?

Ces interrogations constituent le point de départ d'une réflexion que nous avons pris le parti de limiter à la dimension extrapatrimoniale de la famille. Le principal but de cette étude consiste à analyser le traitement des conflits en droit extrapatrimonial de la famille à l'aune du besoin de prévisibilité ; une telle démarche inscrit notre réflexion dans une problématique actuelle de prévisibilité des décisions de justice². Mais, contrairement aux concepteurs de logiciels de justice prédictive qui se situent dans une approche quantitative et statistique du traitement des conflits familiaux, notre démarche s'inscrit quant à elle dans une logique qualitative qui suppose, une connaissance du phénomène conflictuelle et une maîtrise des lignes de force à l'œuvre dans la régulation normative des rapports familiaux. Avant d'aller plus loin dans la réflexion, il est indispensable de fixer les contours de la recherche en déterminant ce que recouvrent les notions de prévisibilité et de conflit en droit extrapatrimonial de la famille.

I) Définitions

2. La notion de prévisibilité. – D'après le doyen CORNU, la prévisibilité, c'est le caractère de ce « *que l'on peut normalement prévoir et qui doit donc être raisonnablement*

¹ De façon générale, ce besoin de prévisibilité est lui-même englobé dans un besoin générique de sécurité juridique. Voir par exemple, J.-M. DELPERIER, « Propos introductif », in, *La sécurité juridique : un défi authentique*, Rapport du 111^e Congrès des Notaires, Strasbourg, 2015, p. XI et s., spéc. p. XII. - Sur la sécurité juridique, voir par exemple, T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, Defrénois, 2009. - A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Préf. B. MATHIEU, LGDJ, 2004. Pour une vue synthétique, A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, n° 17, p. 127 et s. - D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, « Nature et racine du principe de sécurité juridique : une mise au point », RIDC 2003, p. 96-97. - S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, p. 156, n° 64. - R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. 2001, Paris, La mémoire du droit, p. 63 et s. - B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 151. - M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 178 - J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, n° 11, p. 82.

² Voir par exemple, A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », JCP (G) 2017, n° 1, p. 47 et s. - B. DONDERO, « Justice prédictive : la fin de l'aléa judiciaire ? », D. 2017, p. 532 et s. - H. CROZE, « La factualisation du droit », JCP (G) 2017, n° 5, p. 174 et s. - M.-C. LASSERRE, « L'intelligence artificielle au service du droit : la justice prédictive, la justice du futur ? », LPA 2017, n° 130, p. 6 et s.

prévu »¹ ; elle s'inscrit en opposition à l'aléatoire ou à l'impondérable. Autrement dit, la prévisibilité n'est rien d'autre que le résultat d'une mise en mouvement d'une volonté, propre au genre humain, de bâtir dans chaque situation des prévisions raisonnables. En droit, il s'agira de discerner un avenir juridique probable à un comportement, à une situation, de manière à pouvoir agir en connaissance de cause. D'ailleurs, parce que le droit organise la vie des hommes en société, il est même indispensable qu'il énonce au préalable ses attentes afin de permettre aux individus d'y conformer leurs comportements² ; la prévisibilité serait l'essence même du droit³. En d'autres termes, le droit ne saurait trop surprendre de peur d'instiller aux individus une angoisse liberticide⁴ ; il est à parier que ne sachant pas comment sera juridiquement appréhendé son comportement, l'individu se terrera dans une inaction contrainte⁵. Et, c'est précisément dans cette idée de liberté que l'exigence de prévisibilité puise son intérêt.

L'acte de prévision n'est rien d'autre qu'un moyen permettant à l'individu de ne pas subir des conséquences juridiques qu'il aurait voulu éviter s'il avait pleinement conscience des implications juridiques de ses actes. Ainsi, des justiciables qui mesurent la forte potentialité de se voir imposer en justice une solution juridique jugée insatisfaisante des deux côtés décideront d'un arrangement pour s'éviter un mauvais procès. En d'autres termes, il est indispensable de prévoir pour ne pas subir.

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° Prévisible. Les passages en italique sont mis en exergue par nous.

² « *La sécurité ne se confond pas avec la simple protection de l'individu et de sa liberté. Elle exprime plus précisément l'aspiration à un système de règles certaines, parce qu'une telle certitude répond au besoin décisif de prévisibilité : il faut qu'un chacun puisse prévoir les conséquences de ses actes, et déterminer par suite ce qu'il peut ou doit faire ; il faut qu'un chacun puisse aussi prévoir ce qu'autrui a le droit de faire ou ne pas faire pour régler ses attitudes en conséquence* ». H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 10^e éd., 1997, p. 103. Voir aussi, P. AMSELEK, *Lois juridiques et lois scientifiques*, Droits : revue française de théorie juridique, 1987, n° 6, pp. 131-132.

³ R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, t. 1, 3^e éd., Paris 1964, n° 11, p. 14 - J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Paris 1969, n° 233 - J. RIVERO, *Apologie pour les « faiseurs de systèmes* », D. 1951, Chron., p. 99. - H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN, Paris, 1962, pp. 336-338.

⁴ « *La liberté ne saurait exister si on ne peut connaître à l'avance la valeur des actes et affirmer la rectitude des actions* ». G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., LGDJ, rééd. 1994, n° 9, p. 27.

⁵ « *Ce n'est que s'il peut prévoir les conséquences (juridiques) qui s'attacheront à ses actes que l'homme pourra décider sciemment d'entreprendre une activité, qu'il pourra organiser son travail, fonder une famille, qu'il espérera conserver ce qu'il acquiert...* » J.-L. BERGEL, *Théorie du droit*, 5^e éd., Dalloz, 2012, n° 103.

Le professeur J. HAUSER abonde dans le même sens lorsqu'il souligne à propos de la prévisibilité qu'il s'agit d'« *un droit fondamental du citoyen à la fois parce qu'il doit savoir d'avance à quelle sauce juridique on le mangera, mais aussi, élément essentiel de dynamisme, il doit savoir avant toute action ce que sera son statut juridique, afin d'adapter cette action dans une œuvre de prévision* ». J. HAUSER, « L'individu, la famille et le droit », in, G. EID (dir.), *La famille, le lien et la norme*, L'harmattan 1997, p. 39 et s. spéc., p. 41.

Cependant, l'idée de prévisibilité du traitement juridique d'un cas donné ne suppose pas une connaissance certaine du résultat de l'application de la règle générale au cas particulier¹ puisque « *le passage de l'abstrait (la règle de droit) au concret (son application au cas à trancher) comporte toujours une marge d'appréciation et donc un effet de surprise...* »². Elle suppose simplement une possibilité d'opérer une représentation raisonnable de l'issue du litige³. Pour dire les choses autrement, la prévisibilité requiert une capacité à déterminer le résultat probable de l'application du droit au cas d'espèce. Dans le cadre du traitement des conflits en droit extrapatrimonial de la famille, pour savoir si un tel objectif est satisfait, il est indispensable d'identifier au préalable les réalités qu'on englobe derrière cette locution.

3. Le conflit. – En partant d'une analyse sémantique du mot « conflit », on remarque que les dictionnaires de la langue française visent par ce mot, du moins dans son sens générique, « *un choc de gens qui en viennent aux mains* »⁴. L'idée que traduit le mot conflit, c'est celle d'une opposition entre deux ou plusieurs personnes. Le rapport d'altérité constitue le critère de reconnaissance des situations conflictuelles⁵ comme l'atteste l'étymologie du mot⁶. Dans le même ordre d'idées, le dictionnaire de la culture juridique retient que le conflit est « *une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements* »⁷.

Il apparaît ainsi que le conflit nécessite un rapport d'altérité qui se matérialise par un affrontement entre porteurs de revendications ou d'intérêts antagonistes. Dès lors, une tension

¹ Notre analyse se trouve confortée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans lequel, les juges du fond ont pu retenir que « *tout citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants sur les normes juridiques applicables à ses actes, c'est-à-dire sur des règles suffisamment précises et constantes lui permettant de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé* ». CA Paris, 9 nov. 2000, D. 2001, Somm. 2345, obs. B. DE LAMY.

² X. LAGARDE, « Jurisprudence et insécurité juridique », D. 2006, n° 10, p. 681. Notons que les passages entre parenthèses constituent un ajout au texte d'origine, de manière à faciliter la compréhension.

³ En cas de vide législatif ou d'imprécision de la règle de conflit, opérer une représentation raisonnable de l'issue du litige consistera à s'inspirer d'un précédent analogue pour réduire la part d'indétermination. Ainsi, en présence de notions indéterminées, le justiciable ou son conseil se reportera aux critères d'appréciation précédemment dégagés par les juges dans le cadre d'autres affaires pour réduire la part d'indétermination. Le défaut de prévisibilité ne surviendra que lorsqu'il n'existe pas encore de précédents ou lorsque la solution adoptée au final s'inscrit en rupture de ces précédents.

⁴ Voir par exemple, P.-E. LITRE, *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, 1991, V° Conflit.

⁵ D'ailleurs, un auteur (G. SIMMEL, *Le conflit*, (trad. S. MULLER), Circé poche, 1995, p. 19) présente le conflit comme une forme de socialisation.

⁶ Du latin *conflictus* (choc) dérivé de *confligere* qui signifie heurter, frapper ensemble, lutter, combattre. Voir, J. DUBOIS, H. MITTERAND, A. DAUZAT, *Dictionnaire étymologique*, Larousse, 2007, V° Conflit - O. BLOCH, W. VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 2008, V° Conflit.

⁷ D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° Conflit/Litige, spéc. p. 256.

interne qui se produit dans le chef d'un seul et même sujet ne peut être qualifiée de conflit, sauf à retenir une acception large de ce mot¹. Abondant dans le même sens, des auteurs² relevaient à juste titre que le conflit est avant tout externe et traduit « *une situation relationnelle structurée autour d'un antagonisme* ». Toutefois, ces mêmes auteurs concèdent que le conflit peut également être interne « *lorsqu'un individu est pris entre des valeurs, des pulsions ou des désirs contradictoires et se trouve confronté à sa propre ambivalence* ».

Dans la présente étude, le choix a été fait de centrer la réflexion sur les conflits « externes », et non sur les conflits « internes » découlant de l'antagonisme entre l'intérêt personnel du sujet de droit et les intérêts de tiers dont il assure la représentation³. Ce choix s'explique principalement par le fait que c'est dans les conflits « externes » que résident les véritables difficultés juridiques. Les conflits « internes » enfermant d'emblée la réflexion dans une rhétorique morale qui conduit invariablement à s'intéresser aux devoirs et aux sanctions de l'individu confronté à sa propre ambivalence, ils ont été logiquement exclus du champ de notre analyse.

4. Contentieux et conflits. – Il arrive souvent qu'on prenne pour synonymes le conflit et le contentieux. Mais en réalité, le contentieux désigne « *l'ensemble des litiges soumis aux tribunaux, soit globalement, soit dans un secteur déterminé* »⁴. Ce qui signifie que le contentieux est un conflit qui s'est transformé en litige⁵ et que le juge est appelé à trancher. Autrement dit, le conflit précède le contentieux puisque c'est lui qui le génère⁶.

¹ C'est en raison de cette acception large que le terme « conflit » désigne en psychologie une « *opposition entre des exigences internes contradictoires* » (voir les dictionnaires usuels de la langue française). On retrouve par exemple dans le dictionnaire Hachette, quatre sens différents donnés au conflit. Le conflit est tout d'abord, au sens courant, « un antagonisme », « un choc entre éléments contraires ». Il désigne ensuite, en psychologie, une « *opposition entre des exigences internes contradictoires* ». Il désigne aussi, dans les relations internationales, une situation de crise, « *une opposition entre deux États qui se disputent un droit* ». Il désigne enfin, en droit, une contradiction entre plusieurs textes, plusieurs principes ou plusieurs droits et peut trouver une illustration à travers le conflit de juridictions qui n'est rien d'autre qu'une « *opposition qui s'élève entre deux tribunaux se prétendant tous deux compétents ou incompétents au sujet de la même affaire* ».

² D. PICARD, E. MARC, *Les conflits relationnels*, coll. Que sais-je ? PUF 2012, p. 7.

³ La doctrine contemporaine désigne ces conflits internes sous la locution conflits d'intérêts. Voir par exemple, D. SCHMIDT, « *Essai de systématisation des conflits d'intérêts* », D. 2013, p. 446 et s. - C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, th. dactyl. Saint-Etienne, 2008. - T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. ALLEAUME, Institut Universitaire Varenne, 2014. - V. MAGNIER (dir.), *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006 ; P.-F. CUIF, « *Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé* », RTD Com., 2005, p.1. - B. DONDERO, « *Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux* », D. 2012, p. 1686.

⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V^o Contentieux.

⁵ Le litige lui-même est « *une opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale appelée à la trancher par une décision* ». A. JEAMMAUD, « *Conflit/Litige* », in, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 256.

⁶ J.-L. VIAUX, *L'enfant et le couple en crise : Du conflit psychologique au contentieux juridique*, 2^e éd., Dunod, 2002, p. 52.

Le choix d'une étude portant sur les conflits en droit extrapatrimonial de la famille et non sur les contentieux s'explique par la volonté d'avoir une vue d'ensemble sur la régulation des crises familiales. Tout d'abord, à l'heure où le droit promeut la gestion consensuelle des crises en matière familiale, il ne faut pas oublier qu'il y a des conflits réglés sans l'intervention des tribunaux. Ensuite, la régulation des crises familiales ne se limite pas à la gestion curative ; comme mode de régulation, il y a aussi la gestion préventive qui entend éviter, soit la naissance des conflits, soit la naissance des litiges, c'est-à-dire l'expression du conflit sur la scène juridique. Par conséquent, le conflit a été préféré au contentieux pour ne pas occulter ces différents pans de la régulation des crises familiales.

Après ces précisions portant sur la notion de conflit, il est question de poursuivre l'effort de définition en s'intéressant au droit extrapatrimonial de la famille qui constitue le cadre de la présente étude.

5. La famille et le droit. – Expérience première de socialisation¹, la famille a constitué à travers les âges un important point d'ancrage dans l'édification de l'individu². Sa conception a certes évolué en fonction des époques et des mœurs³, mais elle n'en demeure pas moins l'un des fondements de nos sociétés contemporaines. Pourtant, il est curieux de noter que le législateur — hier comme aujourd'hui — ne s'est jamais risqué à la définir⁴. Cet état de choses s'explique sans doute par la diversité des réalités qui se cachent derrière le concept de famille⁵. En effet, face à la multiplicité des facteurs prenant part au phénomène familial, il est malaisé de vouloir fixer la famille par le biais d'une définition analytique⁶. La seule certitude sur laquelle repose le concept est celle d'un groupe d'individus unis par un lien de sang, de

¹ La famille constitue la première étape d'intégration de l'individu dans le collectif ; elle est partie prenante dans la construction identitaire de tout un chacun. Voir dans ce sens, J.-F. SPITZ, « L'État et la famille », Droits, 1993, n° 16, p. 59 et s. - F. de SINGLY, *Le soi, le couple et la famille*, éd. Nathan, 1996, pp. 11-13.

² « *La cellule familiale est en tout cas la cellule mère, un point de repère fondamental, le lieu symbolique où se construisent la personne et l'apprentissage de la vie en société, les rapports entre les sexes, les générations, la liberté et l'autorité d'abord protectrice, ensuite défiée, mais toujours subie* ». F. DEBOVE, R. SALOMON, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, 8^e éd., Vuibert, 2012, p. 2.

³ V., P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit de la famille*, 5^e éd., Defrénois, 2015, p. 18 et s.

⁴ V., P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, 7^e éd., Dalloz-Action, 2015, p. 3, n° 01.12.

⁵ L'époque contemporaine se singularise par une pluralité des types de famille - en mariage ou hors mariage, unies ou désunies, recomposées, monoparentales, unilinéaires - rendant impossible une construction unitaire du concept de famille. V., P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 22 et s.

⁶ Comme se demande à juste titre un auteur, « *Finally, existe-t-il encore une définition juridique de la famille ? La définition classique, fondée sur l'alliance et la parenté découlant du mariage, paraît en total décalage avec la réalité qui nous met en présence de familles décomposées, recomposées ou encore monoparentales. Finally, en une cinquantaine d'années, le droit s'est efforcé de détruire l'édifice familial qu'avait voulu construire le Code civil et qui paraissait être un château fort, tant il paraissait indestructible. La famille contemporaine ressemble plutôt à un ensemble de constructions individuelles pas nécessairement semblables et plus ou moins solides.* » X. LABBEE, « La contractualisation de la famille : et après ? », in *Mélanges C. NEIRINCK*, p. 271.

droit ou d'affection¹. Dès lors, il est permis de considérer que « *la famille est constituée d'un ensemble de personnes unies par un lien biologique ou de communauté de vie qui ont pour but d'assurer le développement dans la durée de leur association, dans le respect des droits et des libertés de chacun et des impératifs de la vie en société* »². Il y aurait une famille en présence d'une communauté de vie stable entre des personnes unies par un lien d'affection filiale ou charnelle. Dès lors, le droit de la famille serait la branche du droit régissant les rapports entre les membres d'un tel groupe. Et, lorsqu'il régit le phénomène familial, ce droit s'occupe à la fois des rapports pécuniaires et des rapports non pécuniaires des membres de la famille.

6. Le droit extrapatrimonial de la famille. – On parle de droit patrimonial de la famille lorsque le législateur règle les rapports pécuniaires au sein de la famille³. Concrètement, cette branche du droit de la famille englobe des matières comme les régimes matrimoniaux et « pacsimoniaux », les successions et les libéralités, l'obligation alimentaire et le droit fiscal de la famille. Les principaux objectifs de ce pan du droit de la famille restent l'organisation d'une solidarité matérielle entre les membres du groupe familial, l'organisation de la gestion et l'organisation de la transmission du patrimoine familial.

Par opposition, on parlera de droit extrapatrimonial de la famille lorsque le législateur règle les rapports non pécuniaires au sein de la famille. Cette branche du droit de la famille se préoccupe principalement de définir les règles permettant la création du lien familial, sa dissolution ainsi que les conséquences non pécuniaires y afférentes. Ainsi, relèvent du droit extrapatrimonial de la famille les règles relatives à l'établissement, à la dissolution et aux conséquences de la filiation, ainsi que celles relatives à la formation, à la dissolution et aux conséquences non pécuniaires des liens de couple. Néanmoins, parce que l'ensemble des règles et institutions qui gouvernent les personnes envisagées dans leur singularité — personnalité juridique, capacité, nom, état civil, nationalité... — ont des répercussions non négligeables au sein du groupe social qu'est la famille, il sera question d'inclure dans notre champ d'analyse, certaines problématiques relatives au droit des personnes. Le droit extrapatrimonial est entendu ici au sens large puisqu'il englobe en plus de la réglementation relative au lien de famille et à ses conséquences non pécuniaires, la régulation des

¹ Voir, G. CORNU, *Droit civil : La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, p. 22 et s.

² J. HAUSER, « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in, *Mélanges F. DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, 2012, p. 161 et s., spéc., p. 164.

³ Dans ce sens, voir un auteur (F. DOUET, *Le droit patrimonial de la famille*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, p. 4.) pour qui « *le droit patrimonial de la famille est constitué par l'ensemble des règles d'ordre pécuniaire régissant les rapports de famille* ».

conséquences de choix individuels d'un membre de la famille sur l'organisation non matérielle du groupe¹.

7. Le choix d'une analyse de droit extrapatrimonial de la famille. – On peut légitimement s'interroger sur les raisons d'une limitation du champ d'analyse au droit extrapatrimonial de la famille. La raison d'un tel choix tient principalement dans l'indisponibilité du droit extrapatrimonial de la famille. Le droit patrimonial de la famille étant perméable aux accords de volontés, le problème de l'imprévisibilité des traitements juridictionnels pouvait efficacement être évacué par le biais d'un traitement conventionnel. En d'autres termes, en matière patrimoniale, les parties disposent d'une véritable alternative pour pallier les désordres liés à l'incertitude des traitements juridictionnels. En droit extrapatrimonial de la famille en revanche, une telle alternative n'existe pas puisque la matière est, en principe, peu perméable aux accords de volonté. La question de la prévisibilité des traitements restant entière en matière extrapatrimoniale, il était plus légitime d'y consacrer nos efforts.

Après avoir balisé la notion de conflit et justifié du pourquoi d'une limitation du champ d'analyse au droit extrapatrimonial de la famille, il convient de donner corps aux conflits en droit extrapatrimonial de la famille par le biais d'une définition.

8. Le conflit en droit extrapatrimonial de la famille. – Au regard de l'acception retenue pour les notions de « conflit » et de « droit extrapatrimonial de la famille », on désigne par « conflits en droit extrapatrimonial de la famille », les conflits opposant des sujets de droit et portant sur la revendication d'avantages non pécuniaires dans le cadre des relations de famille. Dans un souci de concision, on parlera tout au long de cette étude de « conflits familiaux » pour désigner cette situation de crise résultant de la poursuite d'avantages non pécuniaires par des personnes unies par un lien de famille. Cette première approche des conflits familiaux mérite néanmoins d'être peaufinée.

9. Les deux dimensions des conflits familiaux. – Quand on parle de conflits familiaux ou de conflits en droit extrapatrimonial de la famille, on pense naturellement aux conflits intrafamiliaux, c'est-à-dire aux conflits entre les intérêts particuliers des différents membres de la famille ; les conflits relatifs à la rupture du couple conjugal et les conflits relatifs à l'autorité parentale peuvent servir d'illustration. Cependant, les conflits en droit

¹ Par commodité de langage, quand on évoquera dans la présente étude le droit de la famille sans autres précisions, il faudra comprendre qu'est visé exclusivement le droit extrapatrimonial.

extrapatrimonial de la famille débordent du cadre restreint des conflits intrafamiliaux puisque les premiers peuvent aussi mettre en évidence d'autres situations conflictuelles « où le groupe, solidaire, s'oppose au monde extérieur »¹. C'est le cas lorsque le conflit oppose l'intérêt général et l'intérêt des membres de la famille². La configuration conflictuelle est alors la suivante : un ou plusieurs membres d'une famille s'opposent à l'État, personne morale, qui au nom de la défense de l'intérêt général³ impose une certaine conception des rapports familiaux⁴ ; tel est par exemple le cas lorsque l'État, au nom de l'intérêt général, refuse de transcrire sur les registres de l'état civil français, les actes de naissance étrangers d'enfants issus d'un processus de gestation pour autrui.

Cette précision relative aux deux dimensions des conflits familiaux ne permet d'atteindre qu'une vague représentation ; il faut saisir avec plus de netteté les contours des conflits familiaux par le biais d'un effort de classification.

10. L'intérêt d'une classification des conflits familiaux. – En raison de la diversité des conflits familiaux, leur énumération ne saurait être entreprise ; leur profusion décourage l'inventaire. Néanmoins, si on veut saisir ces conflits dans toute leur diversité, un regroupement en catégories s'impose ne serait-ce que pour permettre un ordonnancement de la réflexion. Mais, au-delà de ce besoin d'ordonnancement de la réflexion, il est surtout espéré que ce travail de classification serve de point de départ à une recherche sur les ressemblances et les différences de traitement entre les catégories de conflits familiaux. Pour ce faire, il est tout d'abord possible de classer les conflits familiaux en fonction des rapports de famille. Il est également possible de classer les conflits familiaux en fonction de l'existence ou non de règles de conflit ad hoc. Enfin, il est possible de classer les conflits familiaux en fonction des intérêts en jeu.

¹ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 177.

² L. LEVENEUR, *La famille*, in, H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, 7^e éd., Montchrestien, 1995, p. 29, n° 700.

³ À propos de l'intérêt général, voir par exemple, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004.

⁴ Pour distinguer d'une part, les conflits opposant l'intérêt général et les intérêts privés et d'autre part, les conflits opposant les intérêts privés antinomiques, un auteur a pu proposer que les premiers soient qualifiés de conflits indirects, parce qu'ils n'apparaissent qu'avec l'intervention des pouvoirs publics ; par opposition les seconds devaient être qualifiés de conflits directs. M. AFROUKH, « La pertinence discutable du critère exclusif du mode de conflit de droits », in, F. SUDRE (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Nemesis, Anthemis, 2014, p. 37 et s., spéc. p. 63 et s.

11. Classification en fonction des rapports de famille. – Cette méthode de classement des conflits familiaux se réfère à la *summa divisio* du droit de la famille¹ qui oppose le droit horizontal du couple au droit vertical des relations parentales. On parlera alors de « conflits familiaux horizontaux » pour désigner les conflits portant sur les relations de couple tels que la formation, le fonctionnement, et la dissolution des liens de couples fondés sur le mariage, le PACS ou le concubinage. Par opposition, on parlera de « conflits familiaux verticaux » pour désigner les conflits survenant dans les rapports parents-enfants et qui portent sur la filiation et l'autorité parentale. On pressent, au regard de notre droit contemporain de la famille, que la liberté et l'égalité présideront au traitement des conflits familiaux horizontaux² et qu'en revanche, la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant présidera au traitement des conflits familiaux verticaux³.

12. Classification en fonction de l'existence d'une réglementation propre. – La plupart du temps, la loi tend à organiser d'avance ce qu'il adviendra juridiquement en cas de conflit. Cependant, parce que le législateur ne peut pourvoir à tout⁴, il arrivera fatalement que certains conflits familiaux n'aient pas été appréhendés par la loi. Partant de ce constat, il est proposé d'opposer la catégorie des conflits familiaux appréhendés par la loi à celle des conflits familiaux qui ne le sont pas. Pour ce faire, on s'inspirera de la catégorie des contrats nommés et innommés pour faire de l'existence d'une réglementation propre⁵ le critère de rattachement à la catégorie des conflits familiaux nommés. Ainsi, on parlera de « conflits familiaux nommés » lorsqu'existe une règle de conflit ad hoc destinée à les résoudre ; l'idée qu'on essaie de traduire à travers cette catégorie est celle de l'existence d'un cadre conflictuel institué. Ainsi, le divorce, la filiation et l'autorité parentale constituent les principaux conflits familiaux nommés qu'on retrouve en matière extrapatrimoniale. Par opposition aux conflits

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002, p. 3. – V. ÉGEA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, p. 27.

² P. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in, *Mélanges F. TERRE*, Dalloz, PUF, Juris-classeur, 1999, p. 417 et s. – V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in, *Mélanges P. CATALA*, Litec, 2001, p. 83 et s. – A. CHEYNET DE BEAUPRE, « *Homme et femme il les créa* », *Retour sur l'égalité dans le droit de la famille*, D. 2008, chron. 1216.

³ On s'accorde d'ailleurs sur le fait que le souci de l'intérêt de l'enfant constitue l'un des mythes fondateurs du droit contemporain de la famille. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995, p. 249.

⁴ « Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout » J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire du projet de Code civil*. Dans le même ordre d'idées, voir, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil, t. I*, 1962, n° 214. – C. BEUDANT, *Droit civil, t. I*, p. III, n° 119. – F. LAURENT, *Principes de droit civil, t. I*, n° 254 et s.

⁵ F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, p. 78, n° 61. – P. MALAURIE, L. AYNES, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^e éd., LGDJ, 2016, p. 206 et s.

nommés, on parlera de « conflits familiaux innommés » lorsqu'en matière familiale, le législateur n'a pas anticipé l'existence d'une situation polémogène et, par conséquent, n'a pas prévu de règles de conflit spécifiques pour trancher la difficulté ; ce qui oblige le juge à faire œuvre créatrice pour surmonter cette lacune législative¹. Ces conflits sont loin d'être résiduels à plus forte raison en matière familiale où on taxe le droit d'être à la traîne et de courir encore et toujours après l'évolution des mœurs. Les conflits entre enfants portant sur la destination des cendres cinéraires de leur mère², les conflits entre parents en raison d'un désaccord sur la circoncision de l'enfant³, les conflits entre l'État et les personnes transsexuelles à propos du changement de leur sexe sur les actes de l'état civil⁴, le refus de l'État face à la revendication d'un sexe neutre à l'état civil par une personne intersexuée⁵ constituent autant d'illustrations de ces conflits familiaux innommés.

Cette distinction conflits nommés et innommés a le mérite de mettre en lumière le rôle du juge dans le traitement des conflits familiaux. Dans le cadre d'un conflit nommé, le juge se contente d'être la bouche de la loi ; il concrétise une solution générale préétablie en appliquant la règle de conflit posée par le législateur. En revanche, lorsqu'il est confronté à un conflit innommé, le juge dispose de pouvoirs plus étendus puisqu'il doit au préalable élaborer une règle de conflit pour le cas d'espèce ou se prononcer en opportunité en donnant à sa décision les atours de la légalité.

13. Classification en fonction des intérêts en jeu. – Les conflits familiaux peuvent mettre aux prises soit des intérêts particuliers entre eux, soit opposer les intérêts particuliers à l'intérêt général. Dans la première situation, on peut parler de « conflits familiaux directs » puisqu'on assiste à un affrontement entre des personnes unies par un lien de famille, ou qui prétendent l'être, à propos de la satisfaction d'intérêts familiaux antagonistes ; dans la seconde situation, on peut parler de « conflits familiaux indirects » puisque la satisfaction d'intérêts individuels s'oppose à l'intérêt général défendu par l'État⁶.

¹ Sur les lacunes en droit voir par exemple, C. PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968. Dans le même ouvrage, se référer à l'article de monsieur CANARIS sur les manières de combler ces lacunes (C. W. CANARIS, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », in, C. PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant 1968, p. 161 et s.). - F. TERRE, « Les lacunes du droit », in, *Du juridique et du social*, éd. Mare et Martin, 2012, p. 129 et s.

² CA Bordeaux, 14 janv. 2003, n° 99/03465, RJPF 2003, n° 9, p. 27, note J. CASEY.

³ CA Paris, 29 sept. 2000, D. 2001, p. 1585 ; D. 2001, p. 1585, note C. DUVERT.

⁴ À l'époque, voir par exemple Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 1975, n° 73-10615.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 4 mai 2017, n° 16-17189, RJPF 2017, n° 6, p. 17, note S. MAUCLAIR ; D. 2017, p. 1404 note B. MORON-PUECH ; LPA 2017, n° 120, p. 18, note M. PERON ; JCP (G) 2017, I, 716, note M. GOBERT.

⁶ M. AFROUKH, « La pertinence discutable du critère exclusif du mode de conflit de droits », in, F. SUDRE (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, op. cit., p. 63 et s.

Lorsque le conflit met aux prises les intérêts particuliers entre eux, il faut distinguer suivant la prérogative invoquée par chaque partie pour réclamer la satisfaction de ses intérêts. Ainsi, on peut, tout d'abord, se trouver en présence d'un conflit « intra-prérogative » qui survient en droit de la famille lorsque les membres du groupe familial invoquent une même prérogative familiale au soutien d'avantages antagonistes ; le conflit porte alors sur le sens ou la portée qu'ils entendent chacun donner à la prérogative invoquée. Dans une telle hypothèse, le conflit se réduit à un conflit d'interprétations. Il suffit de penser aux nombreux conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale pour trouver une illustration des conflits intra-prérogative. Par exemple, il arrive très souvent que les père et mère au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant fassent valoir des prétentions opposées¹.

On peut ensuite se trouver en présence d'un conflit « inter-prérogatives » lorsque les membres d'une même famille font valoir des prétentions antagonistes en se fondant sur des prérogatives distinctes. Dans de telles situations, le nœud gordien du conflit ne porte plus sur l'interprétation d'une prérogative, mais sur la valeur à attribuer aux intérêts en jeu. La question de l'accès aux origines personnelles², ainsi que les conflits relatifs à la modification de l'état civil³ pourront servir d'illustration aux conflits inter-prérogatives.

En revanche, le conflit opposant l'intérêt général aux intérêts privés se situe plus dans une logique de revendication ; l'individu conteste les limites institutionnelles à la liberté d'organisation et de régulation des rapports familiaux. Lorsque ce type de conflit est porté devant les tribunaux, l'individu entend faire le procès de la norme limitant sa liberté. Et, à l'instar des procès faits aux normes, on pressent que la vérification de la légalité, de la légitimité, et de la proportionnalité de l'interdiction normative constitueront les critères de résolution de ces « conflits familiaux indirects ».

¹ Voir par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 27 mars 2008, n° 07-14.301.

² Avoir par exemple à l'esprit le cas classique du conflit qui voit un parent opposer le bénéfice de protection des éléments de sa vie privée, au bénéfice de connaissance des origines personnelles dont se prévaut son enfant ; CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326-98 ; RTD civ. 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; Dr. fam. 2003, comm. 58, note P. MURAT ; JCP (G), 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; B. MALLET-BRICOUT, Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme, D. 2003. chron. 1240 ; P. MALAURIE, La Cour européenne des droits de l'homme et le « droit » de connaître ses origines, JCP (G), 2003, I, 120.

³ Voir par exemple dans une affaire récente où le droit au respect de l'identité sexuelle et de la vie privée est opposé par un individu (qui souhaitait obtenir de l'administration le droit de ne pas être rattaché à l'une des deux catégories sexuelles sur les actes de l'état civil), à l'intérêt général qui postule à la cohérence et à la fiabilité du système d'état civil. CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, D. 2016, p. 904, obs. B. MORON-PUECH ; JCP (G) 2016, p. 492, note F. VIALLA, JCP (G) 2016, p. 594, obs. M. JOSEPH-PARMENTIER.

Après ces premières vues sur les conflits familiaux, il faut maintenant expliquer en quoi une recherche relative à la rationalisation du traitement des conflits en droit extrapatrimonial de la famille est indispensable en l'état actuel de notre droit.

II) État des lieux

14. La présente étude part d'un constat : celui d'une concrétisation du droit de plus en plus incertaine¹ en matière familiale. De nombreux facteurs dont il convient de rendre compte permettent d'expliquer la difficulté qu'il y a à atteindre une certaine prévisibilité du résultat de la mise en mouvement des règles de droit dans les conflits familiaux.

1) Des règles de droit instables

15. Dans une perspective historique, on constate que depuis le Code civil de 1804 aux années 1960, le droit de la famille n'a pas subi de grandes transformations. La toute-puissance du père et du mari, les différences de traitement entre enfants légitimes, naturels, voire adultérins, ou incestueux faisaient du droit de la famille un droit profondément hiérarchisé et inégalitaire. Mais à partir des années soixante, le droit de la famille a été l'objet de bouleversements considérables² : l'égalité entre époux, l'égalité entre parents, l'égalité entre enfants, la reconnaissance de la pluralité des modèles familiaux ont conduit le législateur à structurer le droit de la famille autour de la personne de l'enfant³. Puis, le XXI^e siècle a fait entrer le droit de la famille dans une ère de constante instabilité. L'idée s'est même installée qu'en matière familiale, « *la loi ne dirait pas le bien et le mal, mais tracerait la limite, provisoire, entre le possible et l'impossible* »⁴. La loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe⁵, et l'évolution de la position de la Cour de cassation à propos de l'établissement de la filiation des enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger⁶ constituent des illustrations récentes de ce mouvement de recul continu des interdits en matière familiale. Les limites n'étant plus que provisoires et susceptibles d'être redéfinies à

¹ Voir, D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, « Nature et racine du principe de sécurité juridique : une mise au point », RIDC 2003, p. 96-97.

² Sur l'évolution du droit de la famille, voir par exemple, J.-J. LEMOULAND, *Droit de la famille*, éd. Ellipses, 2014, p. 40 et s. - F. TERRE, D. FENOUILLET, *La famille*, 8^e éd., Dalloz, 2011, p. 1 et s. - P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 5^e éd., Defrénois, 2016, p. 57 et s. - F. DEBOVE, R. SALOMON, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, 8^e éd., Vuibert, 2012, p. 9 et s.

³ Comme le souligne à juste titre un auteur, le souci de l'intérêt de l'enfant aura été l'un des mythes fondateurs du droit contemporain de la famille. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD civ. 1995, p. 249 et s.

⁴ S. GARGOULLAUD, B. VASSALLO, *Réinventer la famille ?*, La documentation française, 2013, p. 12.

⁵ Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

⁶ Voir par exemple, Cass. civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-16.455 - Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 2017, n° 16-50.061.

tout moment, y compris dans le cadre d'un litige en cours, il serait alors imprudent de vouloir prédire l'arbitrage qui sera arrêté entre l'intérêt général défendu par l'État et les intérêts individuels qui poussent au recul des interdits.

2) Des règles de droit désengagées

16. Pour que l'issue du traitement des conflits familiaux soit prévisible, il est nécessaire que le législateur établisse de manière générale les priorités en matière familiale. Pour ce faire, il doit poser des interdits et structurer le droit de la famille autour de valeurs¹ qui renseignent les individus sur sa vision des rapports familiaux. Or, on constate à l'époque contemporaine que le législateur n'est plus convaincu par l'immanence d'une telle mission². Certes, notre droit contemporain de la famille est encore porteur de certains interdits fondamentaux à l'instar de l'inceste et la bigamie, mais la tendance générale consiste à laisser chacun libre d'organiser sa sphère privée ; c'est la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination. Partant, notre propos consiste à démontrer ici qu'en raison de la réception en droit de la famille des valeurs de liberté et d'égalité, on a assisté à la consécration d'un relativisme des valeurs qui empêche les normes familiales d'être porteuses d'arbitrages clairs et prédéfinis. Les arbitrages se fixant dorénavant *a posteriori*, on comprend alors la difficulté qu'il y a à prévoir le résultat de la concrétisation de la règle de conflit.

17. **La réception des valeurs de liberté et d'égalité.** – La réception des valeurs de liberté et d'égalité dans la sphère familiale³ a profondément restructuré les rapports familiaux autour de l'individu au détriment de l'idée de groupe.

La liberté tout d'abord, parce qu'elle postule à un idéal qui est celui de l'être humain exerçant une puissance de volonté¹, a profondément transformé le droit contemporain de la famille.

¹ On peut définir les valeurs comme étant des repères destinés à orienter les actions des individus dans un sens conforme aux idéaux collectifs que se fixe une société.

Pour une définition des valeurs, voir par exemple, Y. ALPE (dir.), *Lexique de sociologie*, Dalloz 2010, V° Valeurs. - R. BOUDON, F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF 1994, V° Valeurs, spéc. p. 664. - P. MORCHAIN, *La psychologie sociale des valeurs*, Dunod, 2009, p. 14 et s.

Pour une réflexion sur la place des valeurs en droit, voir par exemple, J. STOETZEL, « Les changements dans les fonctions familiales », in, R. PRIGENT (dir.), *Renouveau des idées sur la famille*, Travaux et documents, Cahier n° 8, PUF 1954, p. 343. - V. PETEV, « Temps et transmutation des valeurs en droit », in, F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et Droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant 1998, p. 179.

² C. LABRUSSE-RIOU, « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in, M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et justice : justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 28 et s. spéc. pp. 39-42.

³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p. 83 et s.

Concrètement, la réception de la liberté en matière familiale a conduit à considérer les choix familiaux de vie comme une affaire strictement personnelle entraînant une reconnaissance à l'individu du droit de mener librement sa vie de famille en fonction de ses aspirations ou convictions. La preuve en est la diversité des modes contemporains de conjugalité jugée plus compatible avec la valeur de liberté².

L'égalité³ ensuite, parce qu'elle postule à une certaine vision du monde⁴, induit, au nom de la prohibition d'un traitement différencié, une équivalence de traitement. Reçue en droit de la famille⁵, cette valeur a conduit à la suppression de toute idée de hiérarchisation au sein du groupe familial qui par nature a toujours été inégalitaire⁶. Ainsi, l'égalité a contribué à repenser, d'une part, la répartition des pouvoirs au sein du couple⁷ et, d'autre part, la répartition des droits dans les rapports entre enfants⁸.

Toutefois, il ne faudrait pas oublier que la réception de l'égalité en droit de la famille a aussi conduit à l'affirmation d'une égalité des familles, c'est-à-dire une équivalence de traitement des choix familiaux. Pour ce faire, il a été exigé du législateur une neutralité à l'égard des choix familiaux.

En fin de compte, la réception de l'égalité et de la liberté en droit de la famille a conduit à la consécration d'un véritable droit à l'autodétermination personnelle, c'est-à-dire « *la capacité ou le pouvoir que l'homme s'est attribué de se déterminer par lui-même sans qu'il n'ait plus à se soumettre aux injonctions qui lui seraient faites par une instance tierce, extérieure à lui-même, qui serait d'origine divine ou qui tiendrait tout le moins à un ordre naturel des choses* »

¹ En ce sens, voir E. DOCKES pour qui la liberté est une puissance de la volonté. La puissance renvoyant à une capacité de réaliser ses désirs et la volonté, au contrôle rationnel par un individu de ses actions. E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, op. cit., pp. 5-7.

² Voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, « La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz 2009, p. 3 et s.

³ Pour une analyse approfondie du sens et des implications de cette valeur, voir, E. DOCKES, *Valeurs de la démocratie*, op. cit., p. 31 et s. - G. CORNU, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *Travaux Capitants*, t. XIV, 1965, p. 87 et s. - P. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in, *La personne humaine, sujet de droit*, 4^e Journées SAVATIER, 1994, p. 159 et s.

⁴ P. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in, *Mélanges F. TERRE*, Dalloz 1999, spéc. p. 419.

⁵ La réception de l'égalité au sein de la famille pose avant tout un problème de répartition des droits et devoirs. Voir en ce sens, P. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », op. cit., p. 418

⁶ Voir, A. CHEYNET DE BEAUPRE, « *Homme et femme il les créa* », *Retours sur l'égalité dans le droit de la famille*, Dalloz 2008, n° 18, p. 1216 - C. AUDEOUD, « Nature, liberté, égalité dans la famille », in, J.-L. CHABOT, P. DIDIER, J. FERRAND (dir.), *Le Code civil et les Droits de l'homme*, L'harmattan, 2005, p. 213 et s.

⁷ Voir, les réformes CARBONNIER qui ont conduit à substituer les rapports d'égalité aux rapports de soumission au sein du couple. Pour une analyse des réformes CARBONNIER, voir, G. CORNU, « La refonte dans le Code civil du droit des personnes et de la famille », in, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 371 et s. Sur les implications de l'égalité au sein de la famille, voir par exemple J. HAUSER, « La démocratie dans les rapports familiaux », in, *Mélanges Slobodan MILACIC*, Bruylant 2008, spéc. p. 504 et s. - A. CHEYNET DE BEAUPRE, « *Homme et femme il les créa* », *Retours sur l'égalité dans le droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 1220 et s.

⁸ Sur l'égalité statutaire des enfants, voir par exemple, F. TERRE, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, les incapacités*, op. cit., n° 660 et s. - P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, op. cit. n° 210.21 et s.

et du monde »¹. L'individu devient alors la source des valeurs ; ce qui a pour conséquence un certain relativisme des valeurs désastreux à toute idée même de valeur.

18. La consécration d'un relativisme des valeurs. – Le relativisme des valeurs n'est ni plus ni moins qu'une consécration de la subjectivité dans l'ordonnement des valeurs². Il consiste à affirmer l'équivalence des valeurs et la nécessité d'un recours à l'individu pour l'établissement d'une priorité entre elles. Il s'agit en quelque sorte d'un changement de perspective qui fait de l'individu la source des valeurs ; les valeurs ne sont plus imposées aux individus par une autorité supérieure, mais déterminées par eux ou du moins proposées par l'autorité supérieure et adoptées par les individus. Un tel renversement de perspective observé en droit de la famille dès la seconde moitié du XX^e siècle, a été principalement le résultat d'une prise en compte de plus en plus systématique des valeurs d'égalité et de liberté dans la sphère privée qui ont abouti à la prévalence des intérêts individuels sur les intérêts collectifs.

En effet, en replaçant l'individu au cœur des préoccupations et en partant du constat d'une diversité des conduites, l'individualisme postule à une impossibilité de trancher *a priori*, de manière absolue et définitive entre différents comportements et aboutit à un certain relativisme des valeurs. Comme le résume un auteur, dans nos sociétés contemporaines « (...) il est impossible de choisir parmi ces possibilités [les différentes valeurs] d'une manière scientifique, démontrable et irréfutable : le choix ne peut se faire que par une décision puisée uniquement dans la conscience individuelle »³. Les valeurs fondamentales de notre temps doivent être des valeurs qui laissent à chacun la même parcelle de puissance pour constituer en toute plénitude sa propre hiérarchie des priorités, ses propres valeurs en somme.

Ainsi, en droit des personnes et de la famille, il est reconnu aux individus le droit de choisir et de mener leur vie privée et familiale conformément à leur aspiration. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a fait du droit à l'épanouissement ou à l'autonomie

¹ J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'Homme », in, F. KRENC, M. PUECHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 145 et s. spéc. p. 151.

² Un auteur y voit la conséquence de la radicalisation de l'expérience subjective du moi rencontrée dans l'œuvre de DESCARTES. Voir, T. MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in, J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, 2009, p. 19 et s. Pour l'auteur, la pensée occidentale moderne qui place l'individu au cœur des constructions modernes prend sa source dans l'œuvre de DESCARTES qui arrive à une seule vérité indubitable qui est l'expérience subjective du moi. C'est ainsi qu'il affirme que « DESCARTES marque le passage d'une métaphysique fondée sur la nature ou sur le divin, à une métaphysique de la subjectivité où toute représentation du monde se constituera désormais à partir du sujet pensant » (p. 24) ; « cette ère de la subjectivité qui naît avec Descartes ne va cesser de se radicaliser dans les siècles qui suivent » (p. 26).

³ G. RADBRUCH, *Le relativisme dans la philosophie du droit*, APD 1934, p. 106.

personnelle, « un principe important qui sous-tend l'interprétation du droit à la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention »¹. Seuls des motifs légitimes peuvent justifier une atteinte à ce droit à l'autodétermination, sans pour autant qu'il soit permis aux législations nationales de les restreindre de manière excessive.

En fin de compte, le droit à l'autodétermination issu de la révolution familiale individualiste conduit à un certain nihilisme des valeurs. En effet, « s'il faut alors nous considérer nous-mêmes comme la source des valeurs, comment penser encore des valeurs ? »². Ce n'est assurément plus au sens de fondement, c'est-à-dire d'idéaux objectifs sur lesquels repose toute une construction contraignante.

Par exemple, la loi qui se veut l'expression d'une volonté générale repose sur des principes ou des valeurs clairement affichées. Choisir ces principes ou valeurs inspiratrices, c'est faire *a priori* un choix au sein de la diversité des valeurs et surtout, affirmer une inégalité entre elles en refoulant celles considérées comme mauvaises³. Or, postuler à un certain relativisme de ce choix, c'est nier l'universalisme de la loi⁴ et partant, l'absolutisme des valeurs qui l'inspirent.

En effet, là où la norme servait à exclure ce qui ne correspond pas à ses valeurs inspiratrices, la liberté et l'égalité apparaissent comme « la norme qui exclut l'exclusion »⁵. La hiérarchie des valeurs autrefois établie, qui faisait de la famille un lieu où les rapports étaient hiérarchisés, est remise en cause au profit d'un relativisme ambiant qui confine à l'équivalence des valeurs. Toutes les valeurs doivent alors être prises en compte⁶. Alors, les

¹ CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02 (spéc. §-61), JCP (G) 2002, I, n° 153 et n° 157, obs. F. SUDRE, RJPJF 2002, n° 7 et 8, p. 11, note E. GARAUD. - CEDH, 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, spéc. §-83 - CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95 (spéc. §-90), RJPJF 2002, n° 11, p. 14 et s. obs. A. LEBORGNE ; RTD civ. 2002, p. 782 obs. J. HAUSER ; JCP (G) 2003, I, 101, n° 1, Obs. Y. FAVIER.

² T. MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in, J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, *op. cit.*, p. 34.

³ Sur la hiérarchie des valeurs, voir, P. MALAURIE, « Notre droit est-il inspiré ? », *Defrénois* 2002, art. 37545, p. 638 et s, spéc. n° 15.

⁴ Un auteur avait fait constater fort à propos que « l'individualisme porte en germe la destruction de l'universalisme de la loi hérité de la philosophie législative révolutionnaire ». P. MURAT, « Individualisme, libéralisme et légistique », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, *op. cit.*, spéc. p. 238.

⁵ Pour un constat similaire à propos de la liberté, voir, T. MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in, J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, *op. cit.*, p. 22. - Pour un constat similaire à propos de l'égalité, voir, P. MURAT, « Individualisme, libéralisme et légistique », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, *op. cit.*, spéc. p. 238.

⁶ « Le respect des libertés individuelles, la protection de la vie privée, le refus des discriminations, réelles ou supposées, conduisent une partie de l'opinion et, par contrecoup, le législateur, à considérer que tout comportement existant doit non seulement être admis socialement, mais encore juridiquement consacré. Le droit devient un instrument au service des aspirations individuelles, fussent-elles contradictoires ». H. FULCHIRON, P. MALAURIE, *Évolutions du droit français de la famille*, *Defrénois* 2009, n° 13, p. 1347, spéc. n° 18.

symboles d'hier – exogamie, fidélité, altérité sexuelle – s'éclipsent¹ emportant avec eux leur cortège d'interdits et d'obligations, mais faisant la part belle à de nouveaux porteurs d'intérêts – enfants incestueux, adultérins, concubine, couple homosexuel...– qui s'empresent de défier ceux d'hier – enfants légitimes, épouse –.

En résumé, il convient de retenir qu'en raison de l'équivalence des valeurs, le législateur n'est plus autorisé à imposer en amont des valeurs qui dessineraient en creux un modèle familial. Il se doit simplement de proposer différents modèles consacrant ainsi, autant de combinaisons possibles dans l'ordonnement des valeurs. Le modèle traditionnel, celui de l'ordonnement unique absolu déterminé *a priori* n'est plus, emportant avec lui la prévisibilité qui découlait de sa mobilisation dans la régulation des comportements individuels. Vive le modèle contemporain celui de l'ordonnement plural et surtout subjectif des valeurs. Partant, dans le cadre d'un conflit familial, le départ entre intérêts antagonistes doit nécessairement se faire *a posteriori*, en fonction des particularités de chaque espèce pour reprendre une formule consacrée, ou alors pour dire abruptement les choses, en fonction de l'ordonnement subjectif des valeurs réalisé par les individus à travers le choix d'un modèle.

3) Un traitement des conflits familiaux complexifié

19. L'issue de la concrétisation de la règle applicable aux conflits familiaux reste difficile à prévoir en raison de facteurs de complexité propres à la matière famille et qui résultent du lien d'affection existant entre les protagonistes ainsi que de la particularité de l'office du juge en la matière.

20. L'impact du lien affectif existant entre les protagonistes. – La famille est « *un lieu d'affection aussi ancien que l'humanité* »². Pour s'en convaincre, il suffit de constater qu'à l'origine des liens familiaux, il y a l'affection et les sentiments³. Il arrive que

¹ La fidélité sexuelle ne conserve une certaine vigueur qu'aussi longtemps que la liberté n'est pas mise en œuvre. L'exogamie bat en retraite sous les assauts de la liberté à tel point qu'on se demande ce qu'il en reste (C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in, N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, LGDJ, 2012, p. 261 et s.). L'altérité sexuelle, sous l'effet combiné des valeurs d'égalité et de liberté, a été enterrée par la loi du 17 mai 2013.

² P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 11 (Avant-propos de la première édition).

³ Sur le rôle de l'affect en droit de la famille, voir par exemple, J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002, p. 23. - J. et A. POUSSON, *L'affection et le droit*, CNRS, 1990. - M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Familles et justice : à la recherche d'un modèle de justice », in, *La personne, la famille et le droit, 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 555. - G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014, p. 22, n° 20.

les liens d'affection aident au dénouement des conflits comme en témoigne le célèbre jugement de Salomon ; suivant le fameux récit biblique, l'amour maternel caractérisé par le renoncement à l'enfant a pu aider le roi Salomon à trancher de manière juste une situation inextricable dans laquelle deux femmes revendiquaient un nouveau-né¹. Mais le plus souvent, l'existence de liens affectifs entre les protagonistes d'un conflit constitue un facteur de complexification. Tout d'abord parce que les liens affectifs entre les protagonistes donnent une charge passionnelle et partant irrationnelle qui exacerbe le conflit. Ensuite, parce que même dans les pires situations où le lien familial semble avoir été détruit par le ressentiment, il est difficile d'occulter les liens du sang ou d'affection entre les litigants ; malgré le conflit, un frère reste un frère en raison des liens de sang ou assimilés et le compagnon, peu importe le mode de conjugalité, reste un « allié »² ayant pris part à un projet de vie³. Par conséquent, un conflit familial ne se tranche pas de la même manière qu'un vulgaire conflit opposant des étrangers⁴. Il faut non seulement déterminer ce qui revient à chacun, ce que chacun peut faire, mais surtout, il faut trancher de manière à préserver le lien affectif, la cellule familiale⁵. Il en découle alors que la gestion des conflits familiaux est incompatible avec l'idée de généralité, car la préservation des liens familiaux impose plutôt une gestion individualisée.

21. La particularité de l'office du juge dans le traitement des conflits familiaux. – En matière familiale, plus que dans d'autres domaines, « *le magistrat ne peut se satisfaire d'une application froide et objective du droit, son intervention devant se faire conciliatrice et apaisante* »⁶. Le législateur exige de lui la solution optimale pour l'enfant, la famille, le conjoint, les tiers, voire la société. Le rôle du juge n'est pas de prescrire un traitement générique, mais un traitement individualisé dont il doit s'assurer de l'opportunité.

¹ La Sainte Bible, 1 Rois 3. 16-28.

² L'affirmation se vérifie lorsque le couple était marié, puisqu'un devoir de secours subsistera entre les anciens époux. Elle reste aussi justifiée en présence d'un enfant commun, puisque les parents sont appelés à entretenir des relations dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale.

³ Dans les *Phéniennes*, EURIPIDE traduisait élégamment cette idée par ces vers : « *Aimé, il devint haï et, néanmoins, il reste aimé* ». EURIPIDE, *Phéniennes*, vers n° 1445-1446.

⁴ Comme le faisait constater élégamment un auteur, « *Ailleurs, les rapports entre les personnes sont pour l'essentiel des rapports entre "étrangers" : des "autrui" l'un par rapport à "l'autre", où chacun doit simplement à l'autre la "stricte justice", ni plus ni moins. Les conjoints et même les concubins dans leurs relations mutuelles, les parents légitimes ou naturels dans leurs rapports avec leurs enfants, ne sont en revanche jamais foncièrement des étrangers les uns pour les autres (...). Ainsi, dans les rapports familiaux, l'altérité s'estompe, ce que chacun est "en droit" d'attendre de l'autre n'est plus la "stricte justice" mais la "pleine justice", celle qui reconnaît dans l'autre un "soi-même" souvent "bien plus intime à soi-même que soi"* ». A. SERIAUX, « Le juriste face au droit de la famille », *Dr. fam.* 2001, n° 6, chron. 13.

⁵ J. POUSSON-PETIT, « Le juge et les droits aux relations personnelles des parents séparés de leurs enfants en France et en Europe », *RIDC* 1992, n° 4, p. 795 et s. - R. PERROT, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », in, J. LENOBLE (dir.), *La crise du juge*, LGDJ, Bruylant, 1996, p. 31 et s. - B. SCHWOERER, « La pratique du juge aux affaires familiales : Au cœur de l'intimité familiale », *IS* 2005, n° 122, p. 84 et s.

⁶ G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, *op. cit.*, p. 23.

Comme l'a justement souligné un auteur, en matière familiale, « *l'opportunité est incluse dans la légalité dans la mesure où c'est la loi elle-même qui y fait appel et en définit le champ d'intervention* »¹.

Pour permettre au juge d'exercer un tel office, le législateur a introduit au cœur des règles juridiques applicables des notions indéterminées² telles que « l'intérêt de l'enfant »³, « les intérêts des époux »⁴, « l'intérêt légitime »⁵, « le danger »⁶, « le désintérêt »⁷, « l'aptitude »⁸, « le discernement »⁹. Or, la présence de ces notions indéterminées impacte le caractère opérationnel des règles de conflit et rend difficile la possibilité de prévoir à l'avance le traitement juridictionnel des conflits familiaux. En effet, en présence de notions indéterminées, la concrétisation de la règle nécessite au préalable un travail judiciaire de

¹ C. POMART, *La magistrature familiale*, préf. F. Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, 2003, p. 337.

² La doctrine (Voir par exemple, C. POMART, *La magistrature familiale*, L'Harmattan, 2003, p. 47 et s. - S. FREMEAUX, *Les notions indéterminées du droit de la famille*, RRJ 1998, n° 3, p. 865 et s., spéc., p. 867) utilise en fonction du degré ou de la nature de l'imprécision les termes de :

- **notion à contenu variable** lorsque l'indétermination porte en particulier sur un signe linguistique présent dans la norme

- **disposition à contenu variable** lorsque l'indétermination porte sur l'ensemble de la règle que pose le législateur. Généralement au sein des dispositions à contenu variable on retrouve une faculté laissée au juge d'y substituer une autre règle imprécise comme l'équité.

- **droit mou** lorsque la règle énonce des dispositions non contraignantes

- **polysèmes** lorsque l'indétermination porte sur un sens linguistique particulier susceptible de recevoir des significations diverses, mais prédéterminées. Ce qui différencie aux yeux d'un auteur (C. POMART, *La magistrature familiale*, op. cit., p. 55 et s.) les polysèmes des notions à contenu variable qui nécessitent une intervention extérieure du juge pour les conduire dans un sens déterminé.

- **standards** lorsque l'indétermination procède de la nécessité, avant toute application de la règle, d'une démarche de comparaison avec une situation ou un comportement considéré comme normal. D'ailleurs, d'après un auteur, « *le standard juridique est un pur instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité* » (S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p. 61. - Voir aussi, V. FORTIER, *La fonction normative des notions floues*, RRJ 1991, p. 755 et s., spéc. pp. 756-757). En ce sens la faute et le concept de bon père de famille renverraient plus aux standards.

In fine peu importe le terme employé, on est confronté, en raison d'une indétermination, à l'impossibilité d'une application immédiate de la règle. C'est pourquoi nous parlerons simplement de notions indéterminées.

³ Voir par exemple l'article 3-1 de la CIDE qui rappelle que dans toutes les affaires le concernant, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. De son côté, le Code civil consacre cette obligation de prise en compte de l'intérêt de l'enfant, en matière d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2-1, 373-2-6, 373-2-7), en matière d'assistance éducative (art. 375-1), en matière d'exercice des relations personnelles entre l'enfant et les tiers (art. 371-4), en matière d'audition de l'enfant (art. 388-1) etc.

⁴ L'article 268 du C. civ., qui érige en critère d'homologation du changement de régime matrimonial la préservation des intérêts de chacun des époux, constitue une illustration du recours normatif à cette notion indéterminée.

⁵ Voir par exemple les articles 60 et 61 du C. civ. à propos de l'intérêt légitime au changement d'un prénom ou d'un nom.

⁶ Voir par exemple en matière d'assistance éducative où la notion de danger détermine la mise en place de mesures (art. 375 du C. civ.).

⁷ Voir par exemple le désintérêt manifeste des parents érigé par l'article 377 du C. civ. en critère susceptible de justifier une délégation forcée de l'autorité parentale.

⁸ Voir par exemple l'aptitude parentale fixée comme critère de départ entre parents pour la fixation de la résidence habituelle de l'enfant en cas de séparation (art. 373-2-11 du C. civ.).

⁹ Le discernement de l'enfant constitue par exemple la condition préalable à l'audition de l'enfant par le juge (art. 388-1 du C. civ.).

fixation du contenu de ces notions ; ce qui revient *in fine* à laisser aux juges, par le biais de leur pouvoir souverain d'appréciation, le soin de fixer dans chaque espèce le contenu de la norme familiale¹. Comme le relève à juste titre un auteur, « *il n'est pas excessif de penser que les décisions du juge de Lille seront distinctes de celles de Toulouse ou de Nice, bien que les circonstances des espèces soient proches. Dire le droit devient une mission plus sociologique que juridique et l'absence de critères communs peut conduire à des solutions juridiques surprenantes, y compris devant la Cour européenne des droits de l'homme* »².

On peut alors déduire de ces observations, que l'absence de netteté du contenu des normes familiales³ permet au juge de pouvoir tendre vers la solution optimale. Mais le prix à payer pour ces traitements « sur mesure » reste malheureusement la difficulté de prévoir à l'avance l'issue du traitement juridictionnel des conflits familiaux. Toutefois, précisons que le propos ici n'est pas de critiquer la flexibilité des normes familiales, mais le déséquilibre entre la nécessaire exigence de souplesse et le besoin de sécurité juridique engendré par l'abus de notions indéterminées⁴.

En définitive, l'instabilité des règles de droit en matière familiale, le désinvestissement progressif du législateur en matière de régulation des conflits familiaux et la complexité du traitement des conflits dans les rapports familiaux constituent autant de facteurs expliquant l'imprévisibilité du traitement juridictionnel des conflits familiaux. Face à un tel constat, une tentative de rationalisation du traitement des conflits familiaux s'avère plus que présente à une époque où la sécurité juridique est posée en impératif à atteindre dans nos sociétés post-modernes.

¹ C. LABRUSSE-RIOU, « Le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in, *Mélanges Rodière*, 1982, p. 151. - C. LABRUSSE-RIOU, « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in, M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et justice : justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 28 et s. – Rapp. J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 175 (voir spécialement les développements sur la législation « sceptique »).

² M. DOUCHY-LOUDOT, « L'office du juge dans le contentieux familial », *Revue Procédures* 2015, n° 1, dossier 4, spéc. §-17.

³ D. GOUBAU, « L'objectivation des normes en droit familial : une mission possible », RTDF, Larcier, 1998, n° 1, p. 7 et s.

⁴ C. PERELMAN « L'usage et l'abus des notions confuses », in, C. PERELMAN (dir.), *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, LGDJ, 1984, p. 153.

III) L'ambition de la recherche

22. Apprivoiser l'aléa dans le traitement des conflits familiaux. – Parce que sa mission première est de rendre les rapports sociaux prévisibles¹, « *le droit abhorre le doute* »². Le juriste ne peut donc se satisfaire d'un traitement aléatoire des conflits familiaux ; il a besoin de certitudes. Mais, combattre l'aléa est une tâche éminemment complexe en matière familiale où le droit a aussi besoin de souplesse pour s'adapter à la singularité des situations qui sont soumises aux tribunaux ; c'est ce qui justifie d'ailleurs le particularisme de l'office du juge en la matière³. Entre le besoin de souplesse du droit de la famille et l'exigence de prévisibilité dans la concrétisation de la règle de droit, on se doit de ne pas choisir ; on doit garantir les deux. Par conséquent, dans un contentieux familial qui conserve une part irréductible d'aléa⁴, le propos n'est pas d'en éliminer toute trace, mais de le contenir, de l'apprivoiser, de le domestiquer ; en somme, ramener l'aléa en matière de traitement des conflits familiaux à une proportion acceptable qui ne menace pas la sécurité juridique.

23. Problématique. – L'objectif de la recherche ainsi affiché conduit à définir notre problématique de la manière suivante : dans un ensemble juridique qui pousse à l'émiettement sous l'effet de l'individualisme et des droits fondamentaux, comment peut-on rendre prévisible le traitement des conflits familiaux dans ce secteur particulier des relations humaines ? Ou encore, au-delà de l'impression d'un traitement erratique des conflits familiaux, est-il possible d'articuler leur règlement autour de principes objectifs et clairs permettant d'atteindre une certaine prévisibilité ? Ou tout simplement, comment peut-on objectiver le traitement des conflits familiaux dans un secteur régulé par les notions indéterminées⁵ et où le juge est invité à confectionner des solutions « sur mesure » ?

¹ A. GARAPON, « Les enjeux de la justice prédictive », JCP (G) 2017, n° 1, p. 47 et s., spéc. n° 8.

² V. LASSERRE-KIESOW, « Rapport introductif », in *L'aléa*, Dalloz, 2011, p. 1 et s., spéc. p. 2.

³ F. DEBOVE, R. SALOMON, T. JANVILLE, *Droit de la famille*, 8^e éd., Vuibert, 2012, p. 43. – Sur le rôle du juge en matière familiale, voir, C. POMART, *La magistrature familiale*, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'Harmattan, 2003. - V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010. – A. FAUTRE-ROBIN, *Le juge et l'évolution contemporaine du droit de la famille*, th. dactyl. Dijon, 2012.

⁴ I. BARRIERE BROUSSE, M. DOUCHY-OU DOT (dir.), *Les contentieux familiaux*, 2^e éd., Lextenso-LGDJ, 2016, p. 22. - J. CASEY, E. MULON, *L'aléa judiciaire : un peu, mais pas trop...*, Gaz. Pal. 28 mai 2011, n° 148, p. 3.

⁵ Un auteur faisait justement remarquer que « *les lois récentes sur la famille ont eu délibérément recours au procédé des notions-cadres, volontairement floues, dont le juge est implicitement chargé de définir le contenu. Les plus caractéristiques sont constituées par la référence à l'intérêt de l'enfant, celui des époux ou celui de la famille (...)* ». J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruylant 1984, p. 77. Voir également, J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, op. cit., p. 99 et s. - S. FREMEAUX, *Les notions indéterminées du droit de la famille*, RRJ 1998, n° 3, p. 865 et s.

La présente étude prend le parti de démontrer qu'au-delà de l'impression d'un traitement conjoncturel et incertain des conflits familiaux, il est possible de restaurer une certaine cohérence et surtout une certaine prévisibilité en la matière. Pour ce faire, la méthode choisie est celle de l'ordonnement des intérêts familiaux conflictuels.

24. La méthode : l'ordonnement des intérêts conflictuels. – Comme tout conflit, le conflit familial met aux prises des intérêts¹ divergents, des avantages antagonistes. Dès lors, il est possible d'atteindre une certaine prévisibilité du traitement des conflits familiaux, si on parvient à ordonner les intérêts familiaux conflictuels. Ce qui suppose l'établissement d'une hiérarchie entre ces intérêts ou du moins la maîtrise du processus permettant de faire un départ entre eux. Pour ce faire, il faudra tout d'abord s'intéresser à la manière dont le droit positif participe à la hiérarchisation des intérêts familiaux ; ce qui revient à déterminer comment notre droit s'y prend pour situer les intérêts familiaux les uns par rapport aux autres. Ensuite, il conviendra de s'inspirer des méthodes d'ordonnement des intérêts familiaux ainsi mises au jour, pour proposer un système performant dans le sens où il assurerait un équilibre entre le besoin de souplesse indispensable en matière familiale et le besoin de sécurité juridique qui postule à la prévisibilité des traitements. En d'autres termes, l'ouvrage que nous entreprenons est un essai de rationalisation du traitement des conflits familiaux.

25. Essai de rationalisation du traitement des conflits familiaux. – L'entreprise de rationalisation du traitement des conflits familiaux qui sera menée dans le cadre de la présente étude s'inscrit en réaction face à l'incertitude du traitement juridictionnel des conflits familiaux. Précisons que le terme de « rationalisation » renvoie dans la présente étude à une

¹ « L'intérêt est ce qui nous importe à un moment donné, ce qui a une valeur d'action parce que cela répond à un besoin. L'objet qui est capable de satisfaire le besoin, il nous paraît intéressant de l'atteindre et d'y conformer notre conduite. Nous pouvons donc formuler une loi de l'intérêt (...) : toute conduite est dictée par un intérêt c'est-à-dire : toute action consiste à atteindre la fin qui nous importe à un moment considéré ». E. CLAPAREDE, cité par P. KAUFMANN, *Intérêt, sciences humaines*, in, Encyclopaedia universalis.

Cette « loi de l'intérêt » est également partagée par d'autres auteurs. Ainsi, pour JHERING, « L'intérêt est la condition indispensable de toute action humaine. Agir sans intérêt, est un non-être, au même titre qu'agir sans but. C'est une impossibilité psychologique ». R. Von JHERING, *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. O. de MEULENAERE, éd. A. Marescq, Paris, 1901, p. 36. - Le doyen CARBONNIER note également que « L'action des hommes est soumise à la grande loi de l'intérêt », J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », in, *Archives de philosophie du droit*, n°8, Sirey, 1963, spéc. p. 60. - Voir aussi, X. MARTIN, « De l'incapacité des rédacteurs du Code civil à concevoir le désintéressement », in, *L. RICHER (dir.), L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Economica, 1983, p. 35 et s. - Voir également, J. RIVERO, « Synthèse », in, *L. RICHER (dir.), L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, op. cit., p. 137 et s.

Il convient de préciser que pour monsieur RIVERO, toute activité humaine est mue par un intérêt. Cependant, l'activité désintéressée est envisageable si l'on entend par désintéressé, l'absence d'une quête de l'accroissement de son avoir ; ce qui revient à distinguer entre « intérêt avoir » et « intérêt sollicitude » (p. 138 et s.).

mise en cohérence, à une recherche de prévisibilité, à une aptitude à discerner une certaine logique derrière un agir. Partant, rationaliser le traitement des conflits familiaux, c'est trouver une certaine cohérence dans leur régulation afin d'améliorer la prévisibilité des solutions. Une telle entreprise passe nécessairement par la découverte de critères qui guident l'action, mais aussi par la mise en place de techniques permettant d'objectiver la mobilisation de ces critères. S'essayant donc à une rationalisation du traitement des conflits familiaux, la présente étude prend le parti de ne pas s'alourdir de développements liminaires relatifs à la manière dont le droit contemporain régule les rapports familiaux. En effet, cette étude n'entend pas dispenser un enseignement générique sur le droit de la famille que le lecteur retrouvera sans peine dans les nombreux manuels consacrés à la matière. Au contraire, elle espère contribuer à l'émergence d'un modèle de régulation des conflits familiaux. Pour ce faire, l'étude entend procéder à une relecture des méthodes de résolution des conflits familiaux en tâchant de mettre en lumière les techniques susceptibles de participer à une objectivation des solutions. Puis en s'appuyant sur celles-ci, il sera question, dans une démarche prospective, de proposer un modèle de rationalisation apte à réduire la part d'aléa dans la régulation des conflits familiaux. Une telle approche du traitement des conflits familiaux a pour conséquence de porter notre recherche sur plusieurs plans.

Tout d'abord, la présente recherche renvoie à un champ substantiel puisqu'elle s'essaie, dans un but d'ordonnement, à une appréciation substantielle et objective des intérêts antagonistes que révèle le conflit. Existe-t-il en droit de la famille des outils substantiels permettant d'attribuer un poids aux prétentions antagonistes des litigants ? Peut-on discerner en droit positif une hiérarchie entre les intérêts familiaux ? Pour répondre à ces interrogations, la démarche se veut pragmatique et théorique. Pragmatique parce qu'il sera question de s'appuyer sur le règlement des conflits familiaux en droit positif pour discerner des outils de rationalisation, c'est-à-dire des techniques dont la mise en œuvre permet d'aboutir à un départ objectif et prévisible entre les intérêts antagonistes que le conflit met au jour. Théorique parce qu'il sera question de réfléchir à une transposition au droit de la famille des techniques doctrinales de hiérarchisation des prérogatives juridiques, parce qu'après tout, c'est à l'appui de prérogatives juridiques que chaque protagoniste essaiera d'obtenir du droit la satisfaction de ses intérêts.

Ensuite, la présente recherche renvoie à un champ processuel puisqu'il existe des outils processuels de toute nature permettant de faire un départ clair et prévisible entre les intérêts antagonistes ou les différents protagonistes.

26. L'hypothèse de recherche. – L'hypothèse de recherche que nous formulons est celle d'une prévisibilité possible du traitement des conflits familiaux. En effet, la redécouverte en droit positif de techniques permettant un ordonnancement des intérêts familiaux antagonistes tend à démontrer que la cohérence et la prévisibilité restent des objectifs atteignables en matière de traitement des conflits familiaux. Cependant, on constate aussi que ces techniques d'objectivation des traitements prévues par le législateur ne permettent pas toujours d'accéder à la prévisibilité tant désirée. Dès lors, elles doivent être utilement complétées pour aboutir à un système capable d'assurer aux justiciables, en matière familiale, une certaine prévisibilité des traitements, peu importe la configuration conflictuelle.

27. Annonce du plan. – Dans cette optique, l'étude débutera par la recherche, en droit positif, des techniques susceptibles de participer à la prévisibilité du traitement des conflits familiaux. Concrètement, il sera question d'identifier ces techniques et d'apprécier leur efficacité. Une fois cette indication recueillie, l'étude se poursuivra de façon prospective avec pour objectif, la recherche de moyens permettant d'améliorer la prévisibilité qu'on atteint par le truchement des techniques du droit positif. La démarche ainsi proposée conduit à s'intéresser tout d'abord, aux mécanismes du droit positif susceptibles de remédier à l'incertitude des traitements juridictionnels ; on parlera de « prévisibilité des traitements *de lege lata* » (Première partie). La démarche proposée conduira ensuite à s'intéresser aux mécanismes envisageables à titre prospectif pour pallier les insuffisances des mécanismes du droit positif et atteindre *in fine*, une prévisibilité satisfaisante dans le traitement des conflits familiaux ; on parlera pour ce faire de « prévisibilité *de lege ferenda* » (Deuxième partie).

Partie I : La prévisibilité des traitements de lege lata

Partie II : La prévisibilité des traitements de lege ferenda

PARTIE I : LA PREVISIBILITE DES TRAITEMENTS *DE LEGE LATA*

28. Il existe en droit positif des techniques de régulation des conflits familiaux susceptibles de participer à la prévisibilité des traitements. En raison de leur diversité, il est proposé, pour les besoins de l'analyse, de classer ces techniques en fonction de la nature de l'ordonnancement des intérêts familiaux auquel elles aboutissent. En effet, certaines techniques qui seront analysées permettent un ordonnancement imposé des intérêts familiaux antagonistes, tandis que d'autres aboutissent à un ordonnancement négocié de ces intérêts. Mais, au-delà d'une simple présentation de ces différentes techniques du droit positif susceptibles de participer à la prévisibilité des traitements juridiques, le propos ici est de mettre en lumière leurs insuffisances. En réalité, il apparaît que ces techniques qui postulent à une objectivation ou à une maîtrise du processus décisionnel n'atteignent pas toujours leurs objectifs. Pour s'en convaincre, il convient de procéder à leur analyse en distinguant les techniques institutionnelles (Titre I) des techniques conventionnelles (Titre II).

TITRE I : LE RECOURS AUX TECHNIQUES INSTITUTIONNELLES

D'OBJECTIVATION DES TRAITEMENTS

29. Dans le but de permettre aux justiciables de prévoir à l'avance le rapport de droit susceptible d'être consacré par le juge saisi d'un conflit familial, il arrive au législateur, par le biais de la norme juridique, d'imposer un ordonnancement des intérêts familiaux. Cet ordonnancement peut résulter de l'usage de techniques processuelles ou de techniques substantielles.

Par le biais des techniques processuelles, le législateur rationalise l'action en justice en sélectionnant parmi les différents porteurs d'intérêts, ceux qu'il juge plus méritants. À partir de l'ordre processuel ainsi établi, les intérêts familiaux peuvent être raisonnablement ordonnés. Le processus décisionnel se trouve ainsi objectiver, puisqu'il suffira au juge de se référer à l'ordre processuel des intérêts pour trancher le conflit (Chapitre I). En revanche, par le biais des techniques substantielles, le législateur entend rationaliser l'arbitrage entre les intérêts familiaux en leur attribuant, à partir de critères objectifs de départ, une valeur à laquelle le juge n'aura plus qu'à se référer pour trancher le conflit (Chapitre II).

CHAPITRE I. LES TECHNIQUES PROCESSUELLES D'OBJECTIVATION DES TRAITEMENTS : ANALYSE DES FINS DE NON-RECEVOIR

« Délivrer les hommes d'une incertitude accablante, assurer leur état, fixer leurs droits, remettre aux fers la discorde, enchaîner l'injustice, forcer au silence la chicane, défendre les propriétés, protéger les familles contre les entreprises de la mauvaise foi et de la cupidité, qui s'efforcent de faire revivre les prétentions surannées et abandonnées, opposer enfin au torrent des procès une digue insurmontable, tel est l'objet des fins de non-recevoir »¹.

30. Remarques liminaires. – Les présents développements n'ont pas pour but d'analyser toutes les techniques processuelles du droit français, mais de sélectionner et d'analyser celles qui sont susceptibles de participer à la prévisibilité du traitement des conflits familiaux. Ainsi, il ne sera pas question, au titre des techniques processuelles, d'analyser les exceptions de procédure qui sont par nature *« des obstacles temporaires à l'action »*². En effet, comme l'ont fait remarquer des auteurs, *« en droit français actuel, toutes les exceptions n'aboutissent donc qu'à un arrêt momentané de la procédure »*³. Il serait alors vain de faire reposer la rationalisation du traitement des conflits familiaux sur des techniques ne postulant qu'à un arbitrage temporaire entre les prétentions antagonistes. Par conséquent, les techniques processuelles qui retiendront l'attention dans le cadre des présents développements sont les fins de non-recevoir qui ont, en principe, pour effet d'entraîner un échec définitif de la demande⁴.

31. Forcer au silence la chicane. – En droit, il existe des filtres à l'action en justice. Et pour attirer l'attention du juriste sur leur existence, on a pu écrire que *« les portes du prétoire ne s'ouvrent au plaideur que s'il répond à diverses conditions »*⁵. En effet, le justiciable qui ne satisfait pas à certaines exigences légales verra opposer à sa demande, une

¹ L.-L.-F. LEMERLE, *Traité des fins de non recevoir*, Nantes, 1819, pp. 1-2.

² C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 33^e éd., Dalloz, 2016, p. 281, n° 364.

³ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 280, n° 363.

⁴ C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 286, n° 370.

⁵ S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, p. 127.

fin de non-recevoir par le juge¹. Dit autrement, le juge va venir constater l'existence d'un obstacle empêchant toute discussion au fond. L'existence d'une fin de non-recevoir fait alors échec à la demande et les prétentions que celle-ci contient ne peuvent juridiquement recevoir satisfaction.

Ainsi, sans que le juge n'ait à rentrer dans la discussion, le législateur lui permet, grâce au mécanisme de la fin de non-recevoir, d'opérer un départ *a priori* objectif entre différentes prétentions antagonistes. D'ailleurs, cette faculté de hiérarchisation des prétentions antagonistes, que possèdent les fins de non-recevoir, justifie leur analyse dans le cadre de la présente étude qui se donne pour ambition de rationaliser le traitement des conflits familiaux. Plus précisément, il convient de vérifier si la mise en œuvre des fins de non-recevoir peut permettre, en matière de traitement des conflits familiaux, d'aboutir à des solutions prévisibles.

Pour ce faire, il faudra dans un premier temps déterminer les fins de non-recevoir applicables en matière familiale (Section I), pour évaluer dans un second temps leur aptitude à constituer de véritables outils de rationalisation du traitement conflits familiaux (Section II).

SECTION I : L'IDENTIFICATION DES FINS DE NON-RECEVOIR APPLICABLES EN MATIERE FAMILIALE

32. Pour éviter la prolifération des litiges, le législateur a dressé un certain nombre d'obstacles processuels dont le justiciable devra triompher pour pouvoir aborder le débat au fond. Ces obstacles processuels ou fins de non-recevoir sont opposables à toute action en justice et *a fortiori* au traitement juridictionnel des conflits familiaux. D'ailleurs, une liste indicative² de ces fins de non-recevoir qu'on peut qualifier de génériques est donnée à l'article 122 du Code de procédure civile. Mais il arrive en matière familiale qu'indépendamment des fins de non-recevoir génériques, le législateur ait pris le soin de faire de certaines circonstances des causes d'irrecevabilité ; il est alors question de fins de non-recevoir spécifiques à la matière familiale. Toutefois, dans un souci de cohérence et d'équilibre, le parti a été pris de ne pas ordonner les développements à venir autour de la

¹ D'ailleurs, l'article 122 du CPC définit la fin de non-recevoir comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

² Sur le caractère indicatif de cette liste, voir par exemple, C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 33^e éd., Dalloz, 2016, p. 287 et s.

distinction entre les fins de non-recevoir génériques et spécifiques au droit de la famille ; nos développements seront plutôt ordonnés suivant la nature de l'obstacle à l'action. En effet, les obstacles à l'action peuvent être relatifs à la personne qui saisit le juge ou déliés de celle-ci ; on parlera de fins de non-recevoir subjectives dans la première hypothèse (§-1) et de fins de non-recevoir objectives dans la seconde hypothèse pour signifier que l'obstacle est inhérent à la configuration du litige¹ (§-2).

§-1 : LES FINS DE NON-RECEVOIR SUBJECTIVES

33. Selon qu'elles constituent de simples transpositions du droit commun processuel à la matière familiale (A) ou qu'elles soient propres à cette matière (B), il est possible d'opérer une classification des fins de non-recevoir liées à la personne qui saisit le juge.

A- LES FINS DE NON-RECEVOIR GENERIQUES

34. Peu importe le domaine, pour qu'une demande en justice puisse être examinée au fond, le Code de procédure civile pose à l'article 31 deux conditions de recevabilité à savoir l'intérêt à agir (1) et la qualité à agir (2).

1) La fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir

35. L'intérêt à agir est une condition relative à la personne qui saisit le juge. L'exigence d'un intérêt à agir constitue d'ailleurs l'une des plus anciennes fins de non-recevoir comme l'attestent les vieux adages « *pas d'intérêt, pas d'action* », « *l'intérêt est la mesure des actions* »². Malgré sa consécration à l'article 31 du Code de procédure civile, la notion d'intérêt à agir n'a jamais été définie par le législateur. Pour une définition, il faut se référer à la doctrine qui voit dans l'intérêt à agir l'utilité ou l'avantage — patrimonial,

¹ Il s'agit là d'une classification répandue qu'on retrouve dans la plupart des manuels de procédure civile. Voir par exemple, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 2^e éd., Dalloz Hypercours, 2011, p. 39 et s. - S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, p. 128. – Pour une critique de cette classification, voir toutefois, G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, préf. N. FRICERO, R. MARTIN, Bruylant, LGDJ, 2002, p. 264. L'auteur souligne qu'aucune fin de non-recevoir n'est totalement déliée de la personne du justiciable et que seule l'intensité de ce lien varie selon les cas. Par conséquent, il juge la classification discutable et artificielle.

² H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 1999, p. 637, n° 319.

extrapatrimonial, pécuniaire, moral — que l'action est susceptible de procurer au plaideur¹. En d'autres termes, l'intérêt à agir existe dès que « *la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, la condition juridique du demandeur* »². Cependant, il convient de rappeler brièvement qu'il ne suffit pas que cet intérêt existe pour que l'exercice de l'action soit permis. Encore faut-il que celui qui entend agir justifie d'un intérêt légitime, né et actuel, personnel et direct.

Tout d'abord, le caractère né et actuel signifie que l'intérêt défendu ne doit pas être hypothétique ni passé. En d'autres termes, l'intérêt est né lorsque le litige existe³. Il est actuel, lorsque le résultat réclamé n'a pas encore été obtenu et que la volonté de le réclamer n'a pas disparu. L'exigence d'un intérêt né et actuel vise en principe à interdire l'action en défense d'un intérêt passé, mais aussi les actions préventives.

Ensuite, l'exigence du caractère personnel et direct signifie qu'une personne ne peut agir en justice que dans la mesure où la violation du droit l'atteint dans ses intérêts propres — caractère personnel —, et lorsque le résultat de l'action lui profitera personnellement ou du moins améliorera immédiatement sa situation juridique⁴, même s'il n'en est pas le premier destinataire — caractère direct —. À propos du caractère direct, soulignons qu'il existe du moment où le demandeur est « *concerné par l'issue du litige, dans le champ proche de ses conséquences* »⁵.

Enfin, le caractère légitime de l'intérêt permet au juge de contrôler la moralité⁶ ainsi que la licéité de la situation du demandeur⁷.

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, *V° Intérêt*. - Pour une analyse approfondie, voir par exemple, L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 9^e éd., LexisNexis, 2016, p. 280 et s. - S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, p. 130 et s. - S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, 2016, p. 5, n° 101-10 et s. - G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, *op. cit.*, p. 264 et s.

² S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 40, n° 18.

³ L'existence de l'intérêt s'apprécie au jour de l'introduction de la demande en justice. Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 08-13500 ; Cass. 2^e civ., 13 févr. 2003, n° 01-03272.

⁴ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, p. 241.

⁵ G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 78.

⁶ Pour illustrer l'appréciation du caractère légitime de l'intérêt en termes de contrôle de la moralité, il faut rappeler que par le passé, la vie en concubinage, en raison des mœurs en vigueur à une certaine époque était jugée immorale ; par conséquent, la demande de réparation d'une concubine contre le responsable du décès accidentel de son compagnon était, jusqu'au célèbre arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 27 février 1970 (Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, JCP (G) 1970, II, 16305, concl. LINDON, note PARLANGE ; JCP (G) 1971, I, 2390, note. J. VIDAL ; D. 1970, chron. p. 145, note N. GOMAA.), déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt légitime.

⁷ L'appréciation du caractère légitime de l'intérêt permet également au juge d'exercer un contrôle sur l'opportunité du résultat escompté. À titre d'illustration, soulignons que l'article 60 du Code civil qui exige pour le changement de prénom de justifier d'un intérêt légitime s'inscrit dans cette logique. De façon générale, dans l'exercice du contrôle d'opportunité, le caractère insignifiant ou l'importance de l'avantage réclamé entre souvent en ligne de compte. Par exemple, il a été jugé que ne constitue pas un intérêt légitime au changement de

En définitive, pour toute action en justice, le justiciable doit justifier d'un intérêt à agir ; si cet intérêt n'est pas légitime, né et actuel, personnel et direct, l'action est déclarée irrecevable. Cependant, en raison de la particularité des conflits familiaux, il peut arriver que l'existence d'un intérêt à agir ne suffise pas à faire exister l'action. Tel est le cas lorsqu'une qualité à agir est exigée par le législateur pour l'exercice de l'action en justice.

2) La fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir

36. La notion de qualité pour agir. – Opposer un défaut de qualité pour agir à une partie signifie qu'elle n'est pas légitime pour intenter l'action. La qualité apparaît alors comme une condition relative à la personne qui saisit le juge¹. Il s'agit du « *titre qui confère le droit d'agir en l'absence d'intérêt à agir, ou lorsque ce dernier ne suffit pas à attribuer ce droit* »². En effet, s'il peut paraître juste que soit permis à toute personne dont la situation peut être affectée par l'application d'une règle de droit de former une demande, il est toutefois souhaitable que le législateur exclut ceux dont l'action ne lui apparaît pas opportune ; en faisant cela, le législateur restreint le droit d'agir.

À l'inverse, il peut arriver de manière exceptionnelle que le législateur juge opportun qu'une personne dont la situation n'est pas *a priori* affectée par l'application d'une règle de droit puisse former une demande en justice ; en faisant cela, le législateur élargit le droit d'agir puisqu'il l'ouvre à des personnes qui sans son intervention n'auraient pas pu saisir le juge. Tel est par exemple le cas des entités juridiques admises à défendre un intérêt collectif. En d'autres termes, il convient de souligner que l'exigence d'une qualité pour agir permet au législateur, soit de restreindre le droit d'agir en sélectionnant au sein des personnes disposant d'un intérêt personnel à agir, celles admises à exercer l'action en justice, soit d'élargir le droit d'agir en l'ouvrant à des personnes ne disposant pas d'un intérêt personnel à agir. Lorsque cette qualité pour agir fait défaut, le demandeur se verra opposer une fin de non-recevoir sans un examen du fond de sa demande ; on restreint pour ainsi dire son droit à solliciter un traitement juridictionnel. D'ailleurs en matière familiale, il est possible, par le truchement des actions attitrées, de restreindre le droit de solliciter un traitement juridictionnel du conflit.

prénom, l'adjonction de diminutifs ou la modification pour un diminutif utilisé dans la vie courante (Cass. 1^{re} civ., 20 févr. 1996, RTD civ. 1996, p. 356 obs. J. HAUSER).

¹ C. GIVERDON, « La qualité, condition de recevabilité de l'action en justice », D. 1952, Chron. XIX, p. 85.

² B. GABORIAU, *L'action collective en droit processuel français*, th. dactyl. Paris II, 1996, n° 185.

37. Les actions attitrées en droit de la famille. – Il arrive que la loi réserve expressément l'action à des personnes déterminées parmi celles ayant un intérêt à élever ou à combattre une prétention¹. Ces titulaires du droit d'agir sont alors limitativement énumérés par la loi en référence à un statut ou à une situation ; en d'autres termes, la loi leur accorde le privilège d'agir en raison de leur qualité². Dans de telles hypothèses, puisque l'action est réservée à des sujets bien définis, on parle d'action attitrée par opposition aux actions banales³ pour lesquelles l'existence d'un simple intérêt à agir suffit⁴.

D'ailleurs, la matière familiale constitue le terrain d'élection des actions attitrées. Dans cette matière, puisqu' « *on ne saurait permettre à tout un chacun de venir fouiller à sa guise dans l'intimité des familles* »⁵, d'une part, et d'autre part, puisqu'on ne saurait même au sein du cercle familial permettre à tout membre de la famille de venir fouiller à sa guise l'intimité personnelle de quelques autres, le législateur a ressenti le besoin de protéger certaines situations familiales en réservant leur remise en cause à des personnes nommément désignées.

38. Les actions attitrées en matière de nullité du mariage. – En matière de mariage, le législateur a créé des actions attitrées en réservant uniquement à quelques-uns, le droit d'invoquer certaines causes de nullité de l'union. Si les causes de nullité dites absolues peuvent être invoquées par toute personne ayant un intérêt⁶, le droit d'invoquer une nullité relative pour poursuivre la nullité de l'union est en revanche réservé à une certaine catégorie de personnes. Ainsi, l'action en nullité du mariage pour vice du consentement est réservée à l'époux dont le consentement a été vicié⁷ ou au ministère public lorsque le consentement à mariage d'un des époux a été obtenu par violence⁸ (art. 180, 181 du C. civ). Dans la même veine, l'article 182 du Code civil crée une action attitrée permettant d'obtenir la nullité du mariage célébré sans autorisation préalable des représentants de l'époux mineur ou du majeur protégé. En effet, les articles 148 et suivants du Code civil subordonnent le mariage du mineur

¹ Article 31 du Code de procédure civile.

² Pour H. MOTULSKY, la qualité pour agir comme condition d'existence de l'action vise à réserver l'action à une « personne habilitée par l'ordre juridique à déclencher l'effet juridique de la règle mis en jeu ». H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey 1948, n° 40, p. 40.

Rappr. M. ABDEL-KHALEK OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1967, p. 156 : « la qualité est l'appartenance du pouvoir d'agir à une certaine personne par rapport à une certaine contestation ».

³ Cette opposition entre action attitrée et action banale a été l'œuvre des professeurs CORNU et FOYER. G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3^e éd., PUF, 1996, n° 77.

⁴ En principe, la qualité à agir découle de l'existence même d'un intérêt personnel à agir.

⁵ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LGDJ, Lextenso, 2015, p. 69.

⁶ Voir article 184 du C. civ.

⁷ Il s'agit d'une action exclusivement attachée à la personne des époux et qui s'éteint à leur décès. Cass. 1^{re} civ., 4 juill. 1995, D. 1996, p. 233, note F. BOULANGER ; RTD civ 1995, p. 866, obs. J. HAUSER.

⁸ Voir dans ce sens, *Droit de la famille*, Mémento pratique Francis Lefebvre, 2014, n° 346.

au consentement de certains membres de la famille ; l'article 460 du même Code subordonne le mariage du majeur en curatelle à l'autorisation préalable du curateur et le mariage du majeur sous tutelle à l'autorisation préalable du conseil de famille ou du juge. Le non-respect de ces conditions est sanctionné par une nullité relative. Mais, l'article 182 du Code civil prévoit expressément que cette nullité ne peut être demandée que par les personnes dont le consentement était requis, ou par l'époux mineur ou majeur protégé.

39. Les actions attitrées en matière de divorce ou de séparation de corps. –

Pour ce qui est tout d'abord du divorce, rappelons qu'en principe cette procédure reste l'affaire des époux. On a toujours enseigné que l'action en divorce est une action réservée aux époux et qu'eux seuls peuvent avoir la qualité de demandeur ou de défendeur à l'action. L'action en divorce est alors qualifiée d'action personnelle. Ce qui signifie que les tiers ne peuvent s'immiscer dans un procès en divorce. Ainsi, le décès de l'un des époux pendant l'instance en divorce éteint l'action qui ne peut être continuée par les tiers, qu'ils soient héritiers ou créanciers¹. Cette affirmation doit toutefois être nuancée parce que si l'action tendant à la rupture du lien matrimonial et à la fixation de ses conséquences extrapatrimoniales n'est pas transmissible, la jurisprudence a admis que « *le décès de l'un des ex-époux, survenu après que la décision prononçant le divorce est passée en force de chose jugée, n'éteint pas les actions relatives à la prestation compensatoire allouée par cette décision* »². Ce qui signifie que l'époux créancier peut poursuivre l'instance à l'encontre des héritiers de son ex-conjoint et que les héritiers du débiteur peuvent aussi reprendre l'instance engagée par le défunt pour contester la partie du jugement relative à la prestation compensatoire.

De façon générale, on constate aujourd'hui que si l'action en divorce, en principe, est l'affaire des parties, en pratique cette affirmation mérite d'être nuancée puisque le droit admet dans certaines situations une immixtion des tiers. Tel est par exemple le cas lorsque les époux souhaitent recourir au divorce par consentement mutuel conventionnel pour rompre leur union ; la simple demande d'audition de l'enfant dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil les prive de la possibilité de recourir à ce type de divorce (art. 229-2, 1° du C. civ.). De même, lorsque l'un des époux est placé sous un régime de protection judiciaire, le

¹ Cass. 2° civ., 31 mai 1978, n° 77-13.306, Bull. civ. II, n° 146 ; D. 1979. 4, note A. BRETON – Cass. 2° civ., 14 mars 1979, n° 77-12.763, Bull. civ. II, n° 81 – Cass. 2° civ., 23 nov. 1988, n° 87-11.707, Bull. civ. II, n° 226. – Cass. 2° civ., 3 nov. 2005, n° 03-19.580.

² Cass. 2° civ., 25 mai 1993, n° 91-21.950, Bull. civ. II, n° 184, Rép. Defrénois 1994. art. 35845, n° 50, obs. J. MASSIP – Cass. 2° civ., 18 mai 1994, n° 91-20.730, Rép. Defrénois 1994. art. 35891, n° 98, obs. J. MASSIP.

législateur aux articles 249 à 249-4 du Code civil permet, à certaines conditions, au tuteur d'initier l'action en divorce ou au curateur d'assister le majeur protégé¹.

En ce qui concerne ensuite la procédure de séparation de corps, il convient de souligner qu'étant donné que cette procédure, aux termes de l'article 1129 du Code de procédure civile, obéit aux règles procédurales du divorce, l'action en séparation de corps est aussi une action réservée aux époux. Elle fait également partie de ces « *cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention* »².

40. Les actions attitrées en matière d'autorité parentale. – Les actions relatives à l'exercice de l'autorité parentale sont des actions attitrées. L'intérêt à agir ne suffit pas pour exercer ces actions ; seules les personnes que la loi désigne ont la qualité pour agir et sont dès lors recevables à agir par voie d'action ou d'intervention³. Parmi celles-ci, on retrouve tout d'abord les parents. En effet, parce que l'autorité parentale appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant⁴, nul ne serait surpris d'apprendre que ceux-ci sont titulaires du droit d'agir pour toutes les actions relatives à cette autorité qu'ils exercent sur l'enfant. En plus des parents, l'enfant aussi disposerait de la qualité pour exercer certaines actions relatives à l'autorité parentale. En tant que destinataire des mesures de protection prises dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale, l'article 371-1 du Code civil dispose dans son dernier alinéa que « *les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* ». Partant, l'enfant dispose d'une action propre pour faire respecter « la démocratie parentale »⁵. Dans le même ordre d'idées, l'article 371-4 du Code civil semble doter l'enfant d'une action propre lui permettant de garantir l'effectivité de son droit à entretenir des relations personnelles avec ses ascendants ou avec des tiers, parent ou non, si tel est son intérêt. L'enfant étant le destinataire de la règle, la logique conduit à lui reconnaître une qualité pour agir⁶.

Toujours parmi les personnes ayant qualité à agir en matière d'autorité parentale, on retrouve le ministère public. Il peut aux termes de l'article 373-2-8 du Code civil saisir le juge aux affaires familiales pour qu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et sur

¹ Sur ces questions, voir par exemple, G. CASEY, « Le divorce du majeur protégé », *Gaz. Pal.* 2008, n° 327, p. 20 et s. – I. BARRIERE BROUSSE, « La vie de couple du majeur protégé », *RLDC* 2011, n° 83, p. 74 et s. – J. KLEIN, F. GEMIGNANI, « Du mariage et du divorce de la personne protégé », *Rép. Defrénois* 2006, n° 11, p. 887 et s.

² Article 31 du CPC.

³ V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, « Autorité parentale », *Rép. Proc. civ. Dalloz*, n° 69.

⁴ Article 371-1 du C. civ.

⁵ C. LIENHARD, « Les nouvelles actions dont le juge aux affaires familiales peut être saisi en matière d'autorité parentale », *AJ fam.* 2002, p. 128 et s.

⁶ En ce sens, V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, « Autorité parentale », *Rép. Proc. civ. Dalloz*, n° 552.

la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant. Il peut aussi, suivant l'article 373-2-13 du même Code, saisir le juge aux affaires afin de faire modifier les mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale qu'elles aient été prononcées par le juge ou contenues dans la convention homologuée.

En plus du ministère public, les membres de la famille et les tiers non-parents se sont aussi vus reconnaître une qualité pour agir à l'occasion de certaines actions relatives à l'autorité parentale. Ainsi, les membres de la famille peuvent agir sur le fondement des articles 371-4 al.1, 377 al.2, 378-1 al.3 du Code civil pour demander respectivement, l'entretien des relations personnelles avec l'enfant, la délégation de l'autorité parentale à leur profit s'ils ont recueilli l'enfant, le retrait de l'autorité parentale lorsque les parents sont défailants dans l'exécution de leurs missions parentales. De même, les tiers non-parents peuvent agir sur le fondement des articles 371-4 al.2, 377 al.2 du Code civil pour demander respectivement, l'entretien des relations personnelles avec l'enfant, la délégation de l'autorité parentale à leur profit s'ils ont recueilli l'enfant.

En précisant, en fonction des actions relatives à l'autorité parentale, les personnes ayant qualité pour agir, le message que le législateur cherche à faire passer est des plus limpides. Le contentieux relatif à l'autorité parentale est en principe la chose de la famille nucléaire ; pour des besoins de protection de l'enfant et lorsque son intérêt le justifie, l'action est exceptionnellement confiée à certaines personnes ayant reçu qualité pour l'exercer.

41. Les actions attitrées en matière de filiation. – En matière familiale, le principal bastion des actions attitrées reste le droit de la filiation. En effet, sachant que la filiation relève de l'état des personnes et que cet état est intimement lié à la personne, il n'est guère surprenant que les actions relatives à la filiation soient des actions attitrées¹. Partant, le législateur en matière de filiation vient désigner ceux qui ont qualité pour agir et ouvre rarement l'action aux simples justiciables disposant d'un simple intérêt. Ainsi, l'action en recherche de maternité (art. 325 du C. civ), de paternité (art. 327 du C. civ.) est réservée à l'enfant ou durant sa minorité au parent à l'égard duquel la filiation est établie (art. 328 du C. civ.). De même, l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité est réservée à l'enfant ou à chacun des époux durant la minorité de celui-ci (art. 329 du C. civ.). L'article 322 du Code civil reconnaît également aux héritiers d'une personne habilitée à exercer une action relative à la filiation, une qualité pour agir uniquement en cas de décès de

¹ Voir par exemple, M. DOUCHY-LOUDOT, « Filiation », Rép. Proc. civ. Dalloz, n° 42 et s.

leur auteur¹ (art. 322 C. civ.). Enfin, soulignons que l'article 333 du même Code réserve à l'enfant, à ses père et mère, à la personne qui se prétend le véritable parent ou au ministère public, la possibilité de contester en justice une filiation établie par titre et corroborée par une possession d'état. Quant au ministère public, il a qualité pour contester les filiations légalement établies lorsqu'il existe des indices rendant invraisemblable la filiation ou en cas de fraude à la loi (art. 336 du C. civ.).

Même si les domaines sus évoqués constituent les principaux bastions des actions attitrées en droit extrapatrimonial de la famille, il convient de souligner que le rappel des fins de non-recevoir relatives à la qualité pour agir qui s'en est suivi est loin d'être exhaustif. En effet, on aurait pu rappeler par exemple que la demande d'ouverture d'une mesure de protection juridique des majeurs est une action attitrée et que seules les personnes énumérées à l'article 430 du Code civil ont qualité pour agir. On aurait également pu rajouter que la demande de restitution d'un enfant placé en vue de l'adoption est une action réservée aux seuls père et mère qui possèdent en commun l'autorité parentale² (art. 351 al.3 du C. civ.). Enfin, on aurait pu faire constater que l'action à fins de subsides est une action réservée à l'enfant ou à sa mère pendant sa minorité (art. 342 du C. civ.).

En définitive, en réservant de nombreuses actions en matière familiale à des personnes qui reçoivent qualité pour agir, le législateur réduit au silence les autres. Il donne ainsi la prévalence aux intérêts de ceux qui ont reçu qualité pour agir au détriment des intérêts de ceux qui n'ont pas reçu une telle qualité. En référence à cette préférence affichée par le législateur à l'endroit de certains justiciables, la situation conflictuelle est alors tranchée sans un examen des prétentions. Si l'intérêt à agir et la qualité pour agir constituent des fins de non-recevoir génériques liées à la personne qui saisit le juge, il existe d'autres fins de non-recevoir de même nature qui sont au contraire spécifiques à la matière familiale.

B- LES FINIS DE NON-RECEVOIR SPECIFIQUES

42. Pour rappel, il est question dans le cadre des développements relatifs à cette sous-partie d'identifier des obstacles à l'action qui, tout en étant spécifiques à la matière

¹ La Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 2 avril 2014 que la notion d'héritier au sens de l'article 322 désignait exclusivement les héritiers *ab intestat*. Ainsi, la légataire universelle du titulaire de l'action en contestation de paternité ne peut exercer une telle action, faute de qualité à agir. Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, Dalloz actualité 02 mai 2014, note T. DOUVILLE ; RTD civ 2014, p. 353, obs. J. HAUSER ; D. 2014, p. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

² CA Paris, 16 févr. 1972, D. 1972, p. 449. Note FERGANI.

familiale, sont aussi relatifs à la personne qui saisit le juge. Les obstacles à l'action qu'il est possible de rattacher à cette sous-catégorie peuvent être qualifiés de « fin de non-recevoir de cohérence des comportements ». En effet, il arrive que soient érigés en obstacle à certaines actions en matière familiale, le comportement passé de celui qui saisit le juge. Les illustrations suivantes permettront d'éclairer le propos.

43. La fin de non-recevoir tirée du consentement à la procréation médicalement assistée. – Lorsqu'un couple décide de recourir à une assistance médicale à la procréation nécessitant l'intervention d'un tiers donneur, la loi les oblige, préalablement à cette assistance, à donner par acte authentique un consentement libre et éclairé. Ce consentement a pour effet de sécuriser la filiation de l'enfant issu du processus puisqu'il ressort de l'article 311-20 al. 2 du Code civil que « *le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet* »¹. Il s'agit là « *d'une fin de non-recevoir tirée d'une exigence de cohérence des comportements* »².

44. La fin de non-recevoir tirée de la réconciliation des époux. – Poursuivant un objectif de paix et de stabilité des relations familiales, le législateur, à l'article 244 du Code civil, a érigé la réconciliation des époux en fin de non-recevoir à l'action en divorce pour faute³. L'idée étant de faire de l'apaisement intervenu dans les rapports entre époux un obstacle à la demande en divorce pour faute fondée sur les écarts pardonnés⁴. En d'autres termes, le pardon et la réconciliation des époux qui s'en est suivie privent l'époux offensé de la possibilité de demander en justice la sanction que le Droit attache traditionnellement à l'offense. La mise en œuvre de cette fin de non-recevoir suppose un pardon de l'offensé, c'est-à-dire un état d'esprit particulier matérialisé par la réconciliation. Il s'agit là d'une condition relative à la personne du justiciable ; ce qui justifie un classement de cette fin de

¹ Voir aussi les articles 1157-2 et 1157-3 du CPC.

² F. DREIFUSS-NETTER, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica 2001, p. 111 et s., spéc. p. 121.

³ Autrefois, la fin de non-recevoir tirée du pardon des offenses s'appliquait non seulement en matière de divorce pour faute, mais aussi en matière de nullité du mariage. L'article 181 du Code civil dans sa version en vigueur jusqu'au 5 avril 2006 disposait que « *Dans le cas de l'article précédent (c'est-à-dire l'absence de consentement libre d'un des époux au mariage), la demande en nullité n'est plus recevable, toutes les fois qu'il y a eu cohabitation continuée pendant six mois depuis que l'époux a acquis sa pleine liberté ou que l'erreur a été par lui reconnue* ».

⁴ Voir, R. NERSON, « Le pardon des offenses dans les rapports conjugaux », in, Mélanges A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 425 et s. – C. NOBLOT « Le pardon en droit de la famille », LPA, 22 juin 2004, n° 124, p. 3 et s.

non-recevoir dans la catégorie des fins de non-recevoir objectives. Concrètement, la mobilisation de la fin de non-recevoir de réconciliation suppose la réunion de deux conditions.

Tout d'abord, la mise en œuvre de cette fin de non-recevoir suppose la réunion d'un élément intentionnel à savoir la volonté de pardonner en pleine connaissance de cause l'offense¹. À cette volonté de pardonner de l'époux offensé doit répondre la volonté de l'époux coupable d'accepter le pardon en abandonnant les comportements antérieurs à l'origine de l'offense². À ce propos, un auteur avait fait remarquer à juste titre que la fin de non-recevoir tirée de « *la réconciliation ne doit pas être confondue avec la renonciation de l'époux offensé au droit d'agir en divorce : la renonciation est unilatérale, alors que la réconciliation exige le concours de l'époux outragé et de l'époux pardonné* »³.

Ensuite, la mise en œuvre de la fin de non-recevoir de réconciliation suppose un élément matériel à savoir le maintien ou la reprise de la vie commune. Ainsi, pour qu'il y ait réconciliation au sens juridique du terme et obstacle à l'action en divorce pour faute, le maintien ou la reprise de la vie commune ne doit pas être temporaire⁴ ou dicté par des motifs économiques ou les besoins de l'éducation des enfants⁵. En pratique, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement les éléments de preuve apportés par l'époux qui invoque la réconciliation comme fin de non-recevoir pour retenir ou non l'existence d'une réconciliation au sens de la loi⁶.

Une fois établie, l'existence d'une réconciliation des époux les empêche de fonder une demande en divorce pour faute sur les inconduites pardonnées. Ainsi, la demande reconventionnelle en divorce pour faute d'un époux fondée sur l'infidélité passée de son épouse a été déclarée irrecevable, parce qu'une réconciliation établie par vingt-et-une années

¹ Par une jurisprudence ancienne, les juges du droit ont pu rappeler que le pardon ne couvre que les faits connus par l'offensé. Cass. civ. 11 mai 1959, D. 1959, Jurisprudence, p. 472.

² CA Paris, 18 juin 1955, D. 1956, Jurisprudence, p. 8 « *Le pardon, fût-il inconditionnel et non équivoque, ne suffit pas à caractériser la réconciliation laquelle suppose une réciprocité de volonté, de ne plus tenir compte des griefs antérieurs connus, une volonté d'oubli en même temps que l'intention de reprendre la vie commune, ce qui exige de la part de l'époux pardonné une acceptation tacite, expresse ou présumée du pardon* ». Rapp. TGI Seine, 12 mars 1965, Gaz. Pal. 1965, 1, 416 « *La réconciliation suppose non seulement le maintien ou la reprise de la vie commune, mais encore la volonté chez l'époux offensé de pardonner en pleine connaissance de cause les griefs qu'il peut avoir contre son conjoint, ainsi que l'acceptation par ce dernier du pardon* ».

³ R. NERSON, « Le pardon des offenses dans les rapports conjugaux », in, Mélanges A. WEILL, Dalloz-Litec, 1983, p. 429.

⁴ Voir article 244 al. 3 du C. civ.

⁵ Cass. 2^e civ., 26 avril 1990, n° 89-10.362 - CA Paris, 29 janv. 1998, Dr. fam. 1998, comm. 153, obs. H. Lécuyer (1^{re} esp).

⁶ Cass. 2^e civ., 8 févr. 2001, n° 99-10.635 - Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, n° 05-12.126.

de vie commune était constatée¹. De même, la demande en divorce pour faute d'une épouse qui était fondée sur l'infidélité passée de son époux a été jugée irrecevable du moment qu'une réconciliation entre époux a été établie par quinze années de vie commune².

En définitive, les différentes fins de non-recevoir subjectives applicables en matière familiale convergent vers trois pôles : le défaut d'intérêt à agir, le défaut de qualité pour agir et le défaut de cohérence des comportements. Ces différentes exigences permettent de hiérarchiser les prétentions antagonistes et de disqualifier sans examen au fond l'un des protagonistes. D'autres exigences cette fois inhérentes au litige permettent également d'arriver au même résultat.

§-2 : LES FINS DE NON-RECEVOIR OBJECTIVES

45. Parmi les fins de non-recevoir objectives applicables aux conflits familiaux, certaines constituent de simples transpositions du droit commun processuel en matière familiale (A), tandis que d'autres traduisent des exigences spécifiques du droit de la famille (B).

A- LES FINS DE NON-RECEVOIR GENERIQUES

46. Si on se réfère à la liste indicative de l'article 122 du Code de procédure civile, on constate qu'en plus d'un intérêt à agir et d'une qualité pour agir, le législateur a imposé comme condition de recevabilité de toute action en justice, le respect de la chose jugée (1) et le respect du temps imparti à l'exercice de l'action en justice (2).

1) L'autorité de la chose jugée

47. Une garantie de stabilité du traitement des conflits familiaux. – Pour « éviter que la même situation litigieuse ne donne lieu à des procès en cascade qui, par touches successives, s'efforceraient de trouver une brèche dans les positions adverses (...) »³, notre droit contemporain a transposé un principe bien connu des systèmes juridiques

¹ Cass. 2^e civ., 21 mars 1974, n° 73-11.090.

² Cass. 1^{re} civ., 22 nov. 2005, n° 05-12.126.

³ J. NORMAND, *La portée de la chose jugée : un renouvellement des critères ?*, RTD civ. 1995, p. 177.

anciens¹ ; c'est celui de l'autorité de la chose jugée² consacrée aux articles 1351 du Code civil et 480 du Code de procédure civile.

L'autorité de la chose jugée est « *un attribut conféré par la loi aux actes juridictionnels afin d'assurer l'immutabilité de la vérification juridictionnelle et d'interdire le renouvellement des procès* »³. Ainsi, dire qu'un jugement a dès son prononcé l'autorité de la chose jugée, c'est affirmer qu'il est interdit à toute juridiction du même degré de se prononcer à nouveau sur les faits litigieux qui ont fait l'objet d'une vérification juridictionnelle. Toutefois, si en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée, ce qui a fait l'objet d'une vérification juridictionnelle est insusceptible d'être remis en question devant le même degré de juridiction, il ne faut pas perdre de vue qu'il peut l'être dans le cadre des voies de recours devant des juridictions supérieures, parce qu'on ne peut nier qu'un jugement ou un arrêt puisse avoir été mal rendu. Après tout, l'erreur est humaine. Mais, en dehors de ces voies de recours, on ne doit pas pouvoir revenir sur la chose jugée.

L'autorité de la chose jugée se présente ainsi comme « *une fin de non-recevoir et rien de plus. Il s'agit clairement d'empêcher que les procès soient sans fin* »⁴. La mise en œuvre de cette fin de non-recevoir suppose néanmoins la réunion de certaines conditions qu'il convient de rappeler.

48. Les conditions de mise en œuvre de la chose jugée. – Il ressort de l'article 1351 du Code civil que, « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». C'est la règle dite de la triple identité de parties, d'objet et de cause qui conduit à opposer à l'action nouvelle, la fin de non-recevoir de chose jugée. Concrètement, le juge devra identifier les causes, objets et parties des différentes instances —

¹ « Le droit babylonien a connu cette notion dès le III^e millénaire avant Jésus-Christ et l'a mise en œuvre de façon pragmatique : à la fin du jugement, les parties s'engageaient par des clauses confirmées par un serment à ne pas revenir sur la chose jugée, à ne pas exercer une nouvelle action pour la même affaire, sous peine d'une sanction pécuniaire ou corporelle (cheveux rasés sur le front comme un esclave). Par la suite, au XVIII^e siècle avant Jésus-Christ, le principe de l'autorité de la chose jugée a été exposé et sa sanction énoncée au paragraphe 5 du Code d'Hammurabi : le magistrat, saisi d'une nouvelle action dans une affaire déjà jugée, devait rendre une sentence identique. À défaut, il était puni d'une amende et démis de ses fonctions ». Voir, C. BLERY, « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », Procédures, 2007, étude 11, spéc. n° 1 ainsi que les nombreuses références bibliographiques données en ce qui concerne l'étude historique de la notion.

² Sur cette notion, voir par exemple, L. CADJET, D. LORIFERNE (dir.), *L'autorité de la chose jugée*, IRJS éd., 2012.

³ M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée, J.-Cl. civil*, fasc. 20, n° 1. - Pour une définition analogue, voir, J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Montchrestien, 2012, p. 286 : « l'autorité de la chose jugée se présente comme l'immutabilité que le législateur confère à ce que le juge a tranché dans son jugement ».

⁴ T. LE BARS, *Autorité positive et négative de la chose jugée*, Procédures, 2007, étude 12, spéc. n° 5.

ancienne et nouvelle —, puis procéder à leur comparaison. L'équivalence entre ces trois éléments le conduira à exciper la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée.

Sur l'identité de parties tout d'abord¹, rappelons brièvement que d'après l'article 1351 du Code civil, il y a identité de parties lorsque la nouvelle demande met aux prises les mêmes parties qui interviennent en la même qualité. Par partie, il faut entendre les personnes qui n'ont pas été appelées ni représentées à l'instance. Ce qui signifie que lorsqu'une personne n'a pas figuré à l'instance, elle ne peut se voir opposer la chose jugée et peut valablement prendre l'initiative d'un nouveau procès portant sur la même question litigieuse — on parle de la relativité de la chose jugée —, sauf si elle y avait été représentée.

C'est ainsi que les ayants cause universels ou à titre universel des parties, leurs créanciers chirographaires, leurs cautions et ceux qui sont solidaires de leur dette sont réputés représentés par les parties, parce qu'ils ont avec elles des intérêts communs. Toutefois, comme le rappelle l'article 1351 du Code civil, l'identité physique des parties ne suffit pas. Il faut qu'elles soient intervenues en la même qualité, c'est-à-dire en vertu du même titre juridique. Ainsi, il n'y aura pas d'identité de parties lorsqu'une même personne intervient dans deux instances successives en qualité de mandataire, puis à titre personnel.

Sur l'identité de cause² ensuite, rappelons que si la doctrine s'entend pour définir la cause comme ce sur quoi est fondée une demande, c'est-à-dire la base d'une prétention, elle est comme le rappellent des auteurs, « assez divisée sur le contenu et les contours de cette base »³. Ainsi, pour certains auteurs, la cause s'entend de la règle de droit ou du principe juridique qui sert de fondement à la demande⁴. Pour un autre, par cause, il faut entendre un complexe de faits allégués à l'appui des prétentions, et ce, indépendamment de la règle de droit ou de la qualification seulement proposée par les parties au juge⁵. Pour d'autres encore, la cause comporte à la fois des éléments de fait et de droit et serait le résultat d'une articulation desdits éléments, tel qu'elle est réalisée dans la demande des parties⁶.

¹ Sur l'identité de parties, voir par exemple, M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée*, *J.-Cl. civil*, fasc. 20, n° 129 et s. - C. BOUTY, *Chose jugée*, Rép. pr. civ. Dalloz, 2012, n° 594 et s.

² Sur l'identité de cause, voir par exemple, M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée*, *op. cit.*, n° 166 et s. - C. BOUTY, *Chose jugée*, *op. cit.*, n° 530 et s.

³ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 251

⁴ JCP (G) 1953, II, 7601, note J. SAVATIER. - JCP (G) 1961, II, 11980, note P. ESMEIN

⁵ H. MOTULSKY, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, D. 1964, chron., p. 235.

⁶ RTD civ. 1966, p. 125 à 129, note P. HEBRAUD - J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, 1977, spéc. n° 43 et 220 - H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Dalloz, rééd. 2011, p. 250 et s. - J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd. Montchrestien, 2012, n° 352.

Prenant position sur ce qu'est la cause de la demande, la Cour de cassation avait pendant longtemps adopté une conception juridique puisqu'elle circonscrivait la cause au fondement juridique invoqué à l'appui de la demande¹. Cependant, une telle conception jurisprudentielle de la cause a été remise en question par le désormais célèbre arrêt *Césaréo* rendu par l'Assemblée plénière le 7 juillet 2006². En affirmant qu' « *il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci (...)* », la Cour de cassation pose à travers cet arrêt le principe de la concentration des moyens qui interdit à une partie, en dehors des voies de recours, de repartir dans un autre procès contre la même personne en invoquant des nouveaux moyens de fait ou de droit qu'il avait omis de mentionner lors du premier procès. Dès lors que tout nouveau moyen de fait comme de droit se heurte à l'autorité de la chose jugée en cas d'identité de parties et d'objet, on en conclut que la jurisprudence *Césaréo* a réduit la cause à sa composante factuelle³. « *La cause correspond désormais à la situation globale, au complexe de fait, dans lequel s'inscrit la nouvelle demande* »⁴. La cause s'apprécie donc au regard du cadre événementiel qui a donné lieu à la décision. Si ce cadre reste inchangé, alors, il y a identité de cause. C'est en ce sens que des auteurs ont pu affirmer qu' « *avec cette jurisprudence, l'identité de cause se réduit à l'identité des faits générateurs du litige* »⁵.

Sur l'identité d'objet enfin, il faut noter que si tout le monde est d'accord pour voir dans l'objet l'avantage auquel prétend une partie et que l'autre conteste, selon qu'on adopte une conception juridique ou économique, la notion d'objet peut être délimitée de manière large ou étroite.

Ainsi, adopte une conception juridique de l'objet, celui qui tient compte non seulement du résultat matériellement poursuivi, mais également de la nature du droit réclamé⁶. Selon une telle conception, si l'anéantissement d'un lien juridique est le résultat matériellement recherché, il n'y a pas d'identité d'objet lorsqu'est poursuivie, dans un premier temps, l'annulation de l'acte dont découle le lien, puis sa résiliation, car le droit réclamé n'est pas le

¹ Cass., Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12.157, Bull. civ., Ass. Plén., n° 4.

² Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Bull. civ., Ass. Plén., n° 8 ; JCP (G) 2007, II, 10070, note G. WIEDERKEHR ; Dr. et patrimoine, févr. 2007, p. 113, obs. S. AMRANI-MEKKI ; Dr. et proc. 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; RTD civ. 2006, p. 825, obs. R. PERROT.

³ C. BLERY, *Les tribulations de la cause et de l'objet au regard de l'autorité de la chose jugée en jurisprudence*, Procédures, 2011, alerte 5.

⁴ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd. Montchrestien, 2012, p. 289.

⁵ L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013, p. 574.

⁶ J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 740.

même ; ce qui revient à s'attacher à la qualification juridique précise de la demande pour déterminer l'objet.

En revanche, adopte une conception économique de l'objet, celui qui tient compte seulement de la finalité économique ou sociale poursuivie par les parties¹. Entre ces deux conceptions, la doctrine tend à privilégier une conception juridique de l'objet, précisant que c'est à cette seule condition que la chose qu'on veut irrévocable sera réellement jugée². Elle est suivie dans l'ensemble par la Cour de cassation³, même si certains arrêts de la chambre commerciale, en optant pour un principe de concentration des demandes, postulent à une conception économique de l'objet⁴.

Sans entrer dans les détails de cette divergence au sein des chambres quant à la délimitation de l'objet, retenons simplement avec un auteur que l'objet, élément de la chose jugée, c'est « *l'avantage auquel prétend une partie et que conteste l'autre ; ce qu'une partie demande et à quoi s'oppose son adversaire* »⁵. Ainsi, pour qu'il y ait identité d'objet, il faut non seulement que les résultats poursuivis lors du premier jugement et du nouveau procès soient matériellement identiques, mais aussi, que les droits invoqués pour les atteindre soient également identiques.

En fin de compte, même si la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée constitue avant tout une règle de bonne administration de la justice, elle permet également de garantir une certaine stabilité au traitement des conflits familiaux et peut être envisagée comme un outil de rationalisation. En effet, comme toutes les fins de non-recevoir, sa mobilisation permettra au juge de faire d'emblée un départ objectif entre les prétentions sans jamais discuter de leur bien-fondé.

¹ C. BOUTY, *Chose jugée*, Rép. pr. civ., *op. cit.*, n° 509.

² D'ailleurs, l'article 1351 du C. civ. exige que « la chose demandée soit la même » et l'article 4 du CPC précise que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». Ne serait-ce pas méconnaître ces dispositions que d'opposer l'autorité de la chose jugée à une demande en résiliation d'un contrat alors que le premier jugement s'était prononcé dans un cadre juridique différent qui est celui de la nullité du contrat ? En effet, la prétention du demandeur qui a été fixée dans l'acte introductif d'instance et dans les conclusions est alors différente d'un procès à l'autre. Il n'y a donc pas identité d'objet. Sur la nécessité d'une conception juridique de l'objet, voir, J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 740 - S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 194 - L. CADJET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé op. cit.*, n° 740.

³ Cass. 3^e civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272 ; Procédures, 2010, n° 3, p. 11, note R. PERROT ; JCP (G) 2010, n° 18, p. 966 et s., chron. J. GHESTIN et *alii* - Cass. 2^e civ., 23 sept. 2010, n° 09-69.730 ; D. 2011, n° 9, p. 632 et s., chron. J.-M. SOMMER et *alii* ; JCP (G) 2010, n° 43, p. 1993 et s., note, E. JEULAND.

⁴ Cass. Com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671, Procédures, 2010, n° 10, p. 10, note R. PERROT ; Revue des procédures collectives, 2011, n° 1, p. 40, note N. PATUREAU, C. PERROT-REBOUL. - Cass. Com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383, Procédures, 2012, n° 1, p. 22 note B. ROLLAND ; D. 2011, n° 40, p. 2235, obs. V. AVENAT-ROBARDET.

⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° Objet (du litige).

2) Le respect du temps imparti à l'action

49. En matière familiale plus qu'ailleurs, le temps joue un rôle important dans la régulation des conflits puisque le législateur reste persuadé qu'il n'est pas bon de troubler la paix des familles. Par conséquent, il n'hésite pas à rejeter, sans discussion au fond, les actions qu'il juge tardives. On parle alors de prescription ou de forclusion. À propos de la prescription et de la forclusion, il convient de préciser que même si on assiste actuellement à un alignement de leurs régimes à tel point que la distinction aurait perdu de son intérêt¹, on persiste à présenter le délai préfix ou délai de forclusion comme étant un délai rigoureux — c'est-à-dire non susceptible d'interruption ou de suspension sauf disposition contraire² —, « *légal, d'une durée simple et limitée, prévu spécifiquement pour une action particulière, au-delà duquel l'action est considérée comme éteinte* »³. En revanche, le délai de prescription⁴ est considéré comme un délai qui vient consolider la situation de fait dont jouit une partie en raison de la négligence du titulaire d'un droit, à le faire valoir en justice⁵. En fin de compte, « *la différence entre la forclusion et la prescription extinctive est aujourd'hui une simple différence de degré, la forclusion prenant les traits d'une prescription plus sévère* »⁶. Par conséquent, s'il n'existe pas de différence de nature entre ces deux notions, la différence de degré entre elles empêche en l'état actuel du droit positif de conclure à l'unicité du régime juridique applicable⁷.

En droit de la famille, identifier les délais de forclusion et de prescription reste une opération délicate en raison de l'incertitude des qualifications juridiques. En effet, les critères de rattachement proposés sont pour le moins inopérant. Constatant qu'il existait des délais de forclusion longs et des délais de prescription très courts en droit positif, la doctrine⁸, suivie

¹ S. AMRANI-MEKKI, « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008 », JCP (G), 2008, I, 160. - S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, op. cit., p. 54, n° 66.

² Voir par exemple l'article 2241 du Code civil qui prévoit qu'une demande en justice interrompt les délais de prescription et de forclusion.

³ S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, op. cit., p. 53, n° 62.

⁴ Seule la prescription extinctive nous intéresse ici, puisque la prescription acquisitive relève du droit du fond ; c'est un mode d'acquisition des droits subjectifs. Or ici, le laps de temps est envisagé comme une fin de non-recevoir.

⁵ F. ROUVIERE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA 2009, n° 152, p. 7. - A. TRESCASES, « Les délais préfix », LPA 2008, n° 22, p. 6.

⁶ N. BALAT, « Forclusion et prescription », RTD Civ. 2016, p. 751 et s., spéc. p. 755.

⁷ D'ailleurs, l'article 2220 du Code civil met formellement en garde : le régime de la prescription prévu par le Code civil n'est pas applicable, sauf dispositions législatives contraires, à la forclusion.

⁸ F. ROUVIERE, « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », op. cit., spéc. n° 6 - J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 2, coll. Quadriga, PUF, 2004, n° 1276. - J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, 3^e éd., Economica 2013, n° 142-1.

par la jurisprudence¹, a rejeté la brièveté comme critère de reconnaissance des délais de forclusion. De même, les tentatives doctrinales qui voyaient dans la prescription un délai probatoire ayant pour effet d'éteindre l'obligation et dans la forclusion un délai-sanction ayant pour objet d'éteindre l'action ont été jugées peu convaincantes par une autre partie de la doctrine². Par conséquent, il existera toujours une incertitude quant à la qualification exacte du délai imparti. Ce qui a pour conséquence d'obliger le justiciable à attendre l'issue du contentieux pour être fixé sur l'extinction ou non de son droit. On retiendra alors que les qualifications adoptées dans la présentation qui suit sont pour le moins incertaines.

En matière familiale, le délai de rétractation de deux mois offert à la femme ayant accouché sous X (art. 351 al.2 du C. civ. et L. 224-4, 1° du CASF) peut s'analyser comme un délai de forclusion qui interdit toute demande de restitution de l'enfant. En effet, le législateur a prévu que l'enfant né sous X et recueilli par l'Aide sociale est définitivement admis en qualité de pupille de l'État deux mois plus tard³.

On peut également arriver à la même conclusion à propos du délai de rétractation de deux mois laissé aux pères et mères qui confient leur enfant au service de l'Aide sociale. Toutefois, lorsque l'enfant n'a été confié à ce service que par l'un de ses parents, l'autre dispose d'un délai de 6 mois pour demander sa restitution immédiate (art. L. 224-6 du CASF) ; ce délai peut s'analyser en délai de forclusion⁴.

En revanche, est expressément qualifié de délai de forclusion à l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles, le délai de trente jours laissé aux personnes ayant qualité pour agir et qui souhaiteraient exercer un recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État dont fait l'objet un enfant remis à l'Aide sociale à l'enfance.

À côté des délais de forclusion, il existe aussi en droit de la famille de nombreux délais qui ressemblent plus à des délais de prescription extinctive et dont le non-respect est sanctionné par une fin de non-recevoir. À titre d'illustration, rappelons que la nullité du mariage pour vice de consentement ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans qui commence à

¹ Par exemple, le délai de 5 ans dans lequel l'article 333 du Code civil enferme l'action en contestation de paternité lorsque le titre est corroboré par une possession d'état a été qualifié par la Cour de cassation de délai de forclusion. Cass. 1^{re} civ., 1 févr. 2017, n° 15-27.245, LPA 2017, n° 84, p. 11, note P.-L. NIEL ; D. 2017, n° 13, p. 729, obs. F. GRANET – LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2017, n° 5, p. 54, obs. H. FULCHIRON.

² Pour une présentation synthétique, voir, N. BALAT, « Forclusion et prescription », *op. cit.*, p. 755, n° 11 et s.

³ Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 2004, AJ fam. 2004, p. 241 obs. F. BICHERON ; RTD civ. 2004, p. 496 obs. J. HAUSER. La position française tenue dans cet arrêt fut jugée conforme aux droits fondamentaux, CEDH, 10 janv. 2008, *Kearns c. France*, n° 35991/04, AJ. Fam. 2008, p. 78, note F. CHÉNEDÉ ; RDSS 2008, p. 353 note C. NEIRINCK.

⁴ Pour un auteur, « pas de forclusion sans texte ». Par conséquent, un délai devrait être qualifié de prescription sauf texte contraire (N. BALAT, « Forclusion et prescription », *op. cit.*, p. 761, n° 21). Suivant cette proposition, ces délais devraient être qualifiés de prescription en dépit de leur brièveté et de leur logique sanctionnatrice.

courir à compter de la célébration du mariage (art. 181 C. civ.), et que le respect du même délai est exigé lorsqu'on poursuit la nullité du mariage d'un incapable pour absence d'autorisation préalable (art. 183 C. civ). En revanche, l'action en nullité absolue du mariage se prescrit par trente ans à compter de la célébration (art. 184 C. civ.).

Il peut également être signalé que même si un récent arrêt vient semer le doute à propos du délai d'action prévu à l'article 333 du Code civil¹, les nombreux délais règlementant les actions relatives à la filiation se rapprochent plus de la prescription que de la forclusion. Tel est le cas de l'action en recherche de maternité ou de paternité qui est enfermée dans un délai de dix ans à compter de la naissance et suspendue pendant la minorité de l'enfant (art. 321 du C. civ.). Tel est également le cas de l'action en constatation de la possession d'état qui est soumise au respect d'un délai de dix ans à compter du jour où la personne a été privée de cet état ou à compter du décès du parent prétendu (art. 330 du C. civ.). Tel est encore le cas de l'action en contestation de la possession d'état qui peut être exercée dans un délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte de notoriété (art. 335 du C. civ). Tel est enfin le cas de l'action en contestation de paternité ou de maternité qui est ouverte pendant un délai de dix ans à compter de la naissance de l'enfant ou de l'acte de reconnaissance lorsque la filiation est établie uniquement par un titre nu (art. 334 et 321 du C. civ.)².

Il serait inutile de multiplier les exemples de ces délais dans lesquels le législateur enferme les actions en matière familiale. Il convient simplement d'attirer l'attention sur la capacité de ces différents délais à participer à une rationalisation du traitement des conflits familiaux en raison de la hiérarchie qu'ils instaurent entre différentes prétentions sur le fondement d'un critère temporel.

Le respect de la chose jugée et le respect du délai imparti à l'action constituent des causes objectives d'irrecevabilité de droit commun qui sont régulièrement mobilisées en matière familiale. Cependant, il arrive aussi que le législateur mette en place des obstacles objectifs à l'action qui traduisent une logique propre aux fonctionnements des institutions familiales ; on vise par-là les fins de non-recevoir spécifiques à la matière familiale.

¹ Cass. 1^{re} civ, 1 févr. 2017, n° 15-27.245, précit.

² En revanche, l'action n'est ouverte que pendant un délai de cinq ans lorsque la filiation établie par titre et corroborée par une possession d'état a duré moins de cinq ans (art. 333 al. 1 du C. civ.). Toutefois, lorsque la filiation établie par titre et corroborée par une possession d'état a duré au moins cinq ans, nul ne peut à l'exception du ministère public la contester (art. 333 al. 2 du C. civ.).

B- LES FINS DE NON-RECEVOIR SPECIFIQUES

50. Dans certaines situations et pour des raisons qu'on discerne souvent sans difficulté, il arrive que le législateur interdise, de façon autoritaire, certaines actions en matière familiale. L'examen des règles juridiques applicables à la matière extrapatrimoniale permet d'illustrer ces fins de non-recevoir spécifiques au droit de la famille.

Sans prétendre à l'exhaustivité, soulignons que dans le but d'assurer l'effectivité d'un des principes fondateurs du droit de la famille qu'est la prohibition de l'inceste, le législateur a interdit toute action visant à l'établissement du double lien de filiation d'un enfant incestueux (art. 310-2 du C. civ.). Il est donc impossible à un enfant incestueux qui dispose déjà d'un lien de filiation, d'exercer une action en recherche de paternité ou de maternité à l'égard de son autre parent.

De même, faute de personnalité juridique, ne seront pas recevables les actions relatives à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable (art. 318 C. civ.).

Également, pour éviter les conflits de filiation, le législateur subordonne l'établissement d'un lien de filiation dans une branche déjà pourvue, à la contestation préalable de la filiation préexistante (art. 320 du C. civ.).

Toujours à titre d'illustration, il convient encore de rappeler que l'adoption plénière élève un empêchement à tout établissement de la filiation par le sang (art. 352, 356 C. civ.) ; en revanche, le prononcé d'une adoption simple n'interdit pas à l'enfant de rechercher sa famille par le sang (art. 369 C. civ.).

En définitive, les fins de non-recevoir, « *instrument de police processuelle* »¹, permettent de hiérarchiser d'emblée, et ce de façon prévisible, des prétentions antagonistes sans que la délicate question de leur valeur intrinsèque ne soit débattue. Ainsi, face au droit à connaître ses origines de l'un et au droit au respect de la vie privée de l'autre, il est plus aisé de recourir aux délais pour arbitrer de façon objective entre ces diverses prétentions. De même, face aux revendications successorales de l'un, et le respect de la vie privée de l'autre, il est plus simple

¹ L. CADJET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6^e éd., LexisNexis, 2009, p. 319, n° 480.

de faire remarquer au demandeur qu'il n'a pas qualité à agir pour objectivement mettre fin au conflit¹.

Théoriquement donc, en raison de la finalité des fins de non-recevoir, cette technique processuelle peut participer à la prévisibilité du traitement des conflits familiaux. Mais qu'en est-il réellement ? Les promesses théoriques sont-elles tenues ou au contraire déçues en pratique ?

SECTION II : L'APPORT DES FINS DE NON-RECEVOIR A LA PREVISIBILITE DES TRAITEMENTS

51. Dans le cadre d'une recherche relative à la prévisibilité du traitement des conflits familiaux, l'utilité des techniques processuelles réside dans l'ordonnement des intérêts familiaux découlant de leur mobilisation. Ce qui signifie que ces techniques ne participeront à la prévisibilité des traitements qu'aussi longtemps que la hiérarchie des intérêts qu'elles engendrent s'imposera dans la régulation des conflits familiaux. Dit autrement, la capacité des techniques processuelles à assurer la prévisibilité des traitements repose sur leur effectivité (§-1). Or, celle-ci n'étant pas toujours garantie, il apparaît alors que la participation des fins de non-recevoir à la prévisibilité des traitements juridictionnels reste limitée (§-2).

§-1 : UN APPORT TRIBUTAIRE DE L'EFFECTIVITE DES FINS DE NON-RECEVOIR

52. Le droit donne au juge et aux parties la possibilité de faire respecter la hiérarchie processuelle des intérêts familiaux découlant des fins de non-recevoir. Ce qui tendrait théoriquement à renforcer l'intérêt pour ces techniques processuelles en matière de rationalisation du traitement des conflits familiaux.

53. Les parties, garantes de l'effectivité des fins de non-recevoir. – Afin de garantir l'effectivité des fins de non-recevoir, le Code de procédure civile à l'article 123 permet aux litigants de les soulever en tout état de cause, c'est-à-dire à tout moment du procès

¹ Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, Dalloz actualité 02 mai 2014, note T. DOUVILLE ; RTD civ 2014, p. 353, obs. J. HAUSER ; D. 2014, p. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

et même pour la première fois en cause d'appel¹. La seule limite posée par le législateur reste la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus dans une intention dilatoire de les soulever plus tôt.

Toujours dans une logique d'effectivité, le législateur à l'article 124 du Code de procédure civile reconnaît au plaideur qui désire soulever une fin de non-recevoir, la possibilité de le faire sans avoir à justifier de l'existence d'un grief.

Malgré ces dispositions destinées à faciliter la mise en œuvre des fins de non-recevoir par les parties, le meilleur gage d'effectivité de ces techniques reste la possibilité pour le juge de vérifier d'office la recevabilité des prétentions qui lui sont soumises.

54. Le juge, garant de l'effectivité des fins de non-recevoir en droit commun. –

Le pouvoir de soulever d'office les fins de non-recevoir n'a pas toujours été reconnu au juge. Ainsi, avant le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, il n'était pas permis au juge de soulever d'office les fins de non-recevoir tirées de l'autorité de la chose jugée² et du défaut de qualité³. Par ce décret, on a assisté à un renforcement des pouvoirs du juge. Concrètement en droit positif, les fins de non-recevoir se classent en trois catégories. Une première catégorie regroupe les fins de non-recevoir qui doivent être relevées d'office par le juge. Il s'agit soit de fins de non-recevoir pour lesquelles un texte particulier vient faire obligation au juge de les soulever d'office⁴ ; soit des fins de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public⁵ (art. 125 al. 1 du CPC).

Une seconde catégorie regroupe les fins de non-recevoir qui peuvent être relevées d'office par le juge. Ainsi, l'article 125 al. 2 du Code de procédure civile donne la faculté au juge de

¹ Voir par exemple, G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile, op. cit.*, p. 358 et s. - I. PETEL-TEYSSIE, « Défenses, exceptions, fins de non-recevoir », Rép. Proc. civ. Dalloz, n° 74. - C. CHAINAIS, F. FERRAND, S. GUINCHARD, *Procédure civile*, 33^e éd., Dalloz, 2016, p. 297, n° 383.

À noter qu'en cassation, seules les fins de non-recevoir d'ordre public peuvent être invoquées pour la première fois par les parties (Voir, G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile, op. cit.*, p. 359-360).

² En ce qui concerne la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, on se rappelle qu'elle était traditionnellement considérée comme une règle d'intérêt privé et par conséquent devrait être abandonnée à la discrétion des parties qui pouvaient ou non s'en prévaloir (Voir par exemple, Cass. 2^e civ., 4 déc. 2003, n° 02-10010, Bull. civ. II, n° 365).

³ Voir par exemple, S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2014, n° 193.35.

⁴ Voir par exemple les articles R. 311-5, R. 322-19, R. 211-11 du Code des procédures civiles d'exécution qui prévoient en matière de saisie immobilière la possibilité pour le juge de soulever d'office certaines fins de non-recevoir.

⁵ Pour illustrer ce qu'est une fin de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public, l'article 125 al. 1 du CPC donne deux exemples non exhaustifs : l'absence d'ouverture d'une voie de recours et la forclusion résultant de l'expiration des délais d'exercice d'une voie de recours.

soulever d'office les fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt¹, du défaut de qualité² ou de la chose jugée³.

Une dernière catégorie regroupe les fins de non-recevoir pour lesquelles le relevé d'office par le juge est interdit. La péremption d'instance⁴ et la prescription font partie de cette dernière catégorie. Pour ce qui est de la prescription, l'interdiction est expressément rappelée par le législateur à l'article 2247 du Code civil qui dispose que les juges ne peuvent soulever d'office le moyen résultant de la prescription. Cette interdiction peut s'expliquer par la finalité de la prescription ; la fin de non-recevoir tirée de la prescription étant considérée comme protégeant les intérêts privés, la partie susceptible de l'invoquer peut y avoir renoncé, à condition que cette prescription soit acquise (art. 2250 du C. civ.).

Cependant, il faut relever que ce système ainsi mis en place en droit commun s'applique avec quelques nuances non négligeables en matière familiale.

55. Le juge, garant de l'effectivité des fins de non-recevoir en matière familiale. – En droit de la famille, pour savoir si le juge dispose du pouvoir de soulever d'office les fins de non-recevoir, il convient de distinguer selon qu'on se trouve ou non en matière d'état des personnes⁵. En effet, en raison de l'indisponibilité habituellement attachée à l'état des personnes, une règle veut qu'en cette matière les fins de non-recevoir aient un caractère d'ordre public⁶. Ce qui signifie que le juge a l'obligation, en matière d'état des personnes, de relever d'office l'existence d'obstacles processuels à l'action. Par conséquent, il est possible d'affirmer que contrairement au droit commun où l'article 2247 du Code civil interdit au juge de soulever d'office les fins de non-recevoir tirées de la prescription, quand bien même cette prescription serait en l'espèce d'ordre public⁷, en matière d'état des

¹ Voir par exemple, Cass. 2^e civ., 10 juill. 1991, n° 90-14.187, Bull. civ. II, n° 211.

² Voir par exemple, Cass. 2^e civ., 16 oct. 2014, n° 13-24.575, D. 2015, Pan. 295, obs. N. FRICÉRO - Cass. 2^e civ., 24 janv. 2008, n° 07-10.748, Bull. civ. II, n° 21

³ Voir par exemple, Cass. 2^e civ., 15 sept. 2005, n° 01-16.762, Bull. civ. II, n° 218, RTD Civ. 2005, p. 824, obs. R. PERROT ; JCP (G) 2006, I, 133, n° 5, obs. S. AMRANI-MEKKI.

⁴ Voir, l'article 388 du CPC.

⁵ On entend par état des personnes « l'ensemble des caractéristiques de la personne qui déterminent, selon la loi, certains effets de droit et définissent son statut juridique » (J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, 14^e éd., 2012, n° 200).

L'état d'une personne est constitué de son sexe, de son nom, de sa nationalité, de sa filiation et de ses liens d'alliance. On y fait même rentrer les conséquences extrapatrimoniales du statut familial (L. TOPOR, *État et capacité des personnes*, Rép. civ. Dalloz, spéc. n° 11). Voir aussi, A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in, Mélanges M. GOBERT, *Economica*, 2004, p. 247 et s.

⁶ Voir TGI Paris, 26 mars 1991, D. 1993, Somm. 326, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS. - Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, AJ fam. 2015, p. 54, obs. F. CHENEDE ; D. 2015 p. 649, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; Dr. fam. 2015, comm. 9, note C. NEIRINCK.

⁷ Voir par exemple Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1988, n° 86-15400, Bull. civ. I, n° 206. - Cass. 1^{re} civ., 9 déc. 1986, Gaz. Pal. 1987, I, 187, note M. MAYER, R. PINON.

personnes, le juge n'a pas à faire le départ entre les délais de prescription et de forclusion pour appréhender l'étendue de ses pouvoirs. Du moment que la règle tirée des dispositions régissant l'état des personnes constitue une fin de non-recevoir, le juge pourra l'opposer d'office, sans chercher, s'il s'agit de délai, à en établir la nature. Ce qui revient à dire *in fine* que les délais de prescription en matière d'état des personnes peuvent être soulevés d'office par le juge¹. Une telle analyse aurait pour fondement juridique l'article 125 al. 1 du Code de procédure civile. Cependant, comme le soulignent des auteurs, le bien-fondé de cette analyse reste incertain². En effet, la Cour de cassation dans un arrêt du 6 mars 2007 relatif à l'exercice d'une action en contestation de paternité s'était fondée sur l'ancien article 2223 du Code civil (nouvel article 2247) pour retenir que les juges du fond ne pouvaient relever d'office le moyen tiré de la prescription³.

Malgré cet arrêt, nous restons attachés à l'interprétation inverse suivant laquelle le juge, en matière d'état des personnes, doit relever d'office les fins de non-recevoir y compris celles tirées de la prescription. Deux arguments confortent une telle interprétation. Le premier argument réside dans le constat suivant lequel cet arrêt qui vient installer le doute a été unanimement critiqué par la doctrine qui y voit une fragilisation de l'objectif légal de sécurisation des liens de filiation⁴. D'ailleurs, on peut penser que la Haute juridiction a renoncé à une telle interprétation qui, n'ayant jamais été reprise dans ses arrêts postérieurs, ne peut valablement être élevée au rang de règle jurisprudentielle. Le second argument réside dans le constat suivant lequel en droit, la règle spéciale déroge à la règle de portée générale. Par conséquent, la règle spéciale qui veut qu'en raison de l'indisponibilité de l'état des personnes, le juge ait l'obligation de soulever d'office les fins de non-recevoir relatives à l'exercice d'une action d'état doit être privilégiée au détriment de la règle à portée générale qui régit les prescriptions.

Lorsque le différend n'est pas relatif à l'état des personnes, il convient au contraire d'appliquer le droit commun et distinguer en fonction des fins de non-recevoir pour déterminer si le juge dispose d'une obligation, d'une faculté ou d'une interdiction de relever d'office l'existence de l'obstacle à l'action. Par conséquent, en dehors des différends relatifs à

¹ En ce sens, voir, G. SUTTON « L'office du juge dans le contentieux de la filiation », *in*, *Mélanges D. HUET-WEILLER*, 1994, PU Strasbourg-LGDJ, 1994, p. 463.

² R. LE GUIDE, G. CHABOT, « Filiation », *Rép. Civ. Dalloz*, n° 28.

³ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, n° 05-21882.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, précit., *Dr. fam.* 2007, comm. 141, obs. P. MURAT, *RTD civ.* 2007, p. 762, obs. J. HAUSER.

l'état des personnes, lorsque l'obstacle à l'action est inhérent au respect d'un temps imparti, le juge devra distinguer suivant qu'il s'agit de délais de prescription ou de forclusion.

De ces constatations, il apparaît que le respect des empêchements à l'action en justice est dans l'ensemble garanti. Il se retrouve même renforcé dans certains domaines comme l'état des personnes où le juge, contrairement au droit commun, dispose de pouvoirs plus étendus. Cependant, il faudrait relativiser la capacité des fins de non-recevoir à garantir une prévisibilité du traitement des conflits familiaux, puisque la hiérarchie processuelle des prétentions qui découle de leur mobilisation est susceptible d'être éludée en raison des limites de ces techniques.

§-2 : UN APPORT LIMITE

56. La participation des fins de non-recevoir à la prévisibilité des traitements juridictionnels doit être relativisée en raison des limites inhérentes à cette technique. En effet, les obstacles à l'action que dressent les fins de non-recevoir peuvent être, soit levés (A), soit contournés par les parties (B). Par conséquent, un système de rationalisation du traitement des conflits familiaux ne peut valablement reposer sur une hiérarchie processuelle des prétentions aussi instable.

A- L'OBSTACLE A L'ACTION LEVE

57. Présentation du processus. – Les fins de non-recevoir, comme l'avait fait remarquer un illustre auteur, n'opposent pas toutes un obstacle perpétuel à l'action. Ainsi, le demandeur n'aura qu'à régulariser sa situation pour rendre recevable sa demande¹. Cette possibilité de régularisation est consacrée à l'article 126 du code de procédure civile. Suivant cet article, dans le cas où la situation donnant lieu à fin de non-recevoir est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée si sa cause a disparu au moment où le juge statue ou si, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance. De cette disposition normative, on peut tirer les enseignements suivants.

Le premier enseignement à tirer est celui d'une régularisation matériellement impossible lorsque la cause d'irrecevabilité n'est pas susceptible de disparaître. Ainsi la triple identité de parties, d'objet et de cause, sur laquelle repose la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée,

¹ E. GARSONNET, *Traité théorique et pratique de procédure*, Paris, 1882, p. 618.

n'est pas susceptible d'évoluer si la configuration litigieuse reste la même. De même, le cours du temps ne pouvant être remonté, la forclusion et la prescription une fois acquises constituent des fins de non-recevoir insusceptibles de régularisation.

En revanche, le défaut d'intérêt à agir et le défaut de qualité pour agir ont été considérés par la Cour de cassation comme des causes d'irrecevabilité susceptibles de régularisation. Ainsi, dans un arrêt du 22 février 1972, la Cour de cassation a admis qu'une action en recherche de paternité exercée par le grand-père de l'enfant qui n'avait pas qualité pour agir pouvait être régularisée dans l'intervalle du fait que la mère de l'enfant avait déclaré reprendre à son compte l'instance¹.

Le second enseignement à tirer est celui d'une régularisation juridiquement impossible dans certains cas. Tout d'abord, la régularisation ne peut concerner que les fins de non-recevoir d'ordre privé. En effet, les fins de non-recevoir d'ordre public n'étant à la disposition ni des parties ni du juge, aucune régularisation les concernant n'est envisageable². Ensuite, la régularisation ne peut jouer que tant qu'il n'y a pas de forclusion de l'action. Cette règle est exprimée par le second alinéa de l'article 126 du Code de procédure civile. Ainsi, la Cour de cassation a pu retenir, dans un arrêt du 1^{er} février 2017, que la régularisation d'une action en contestation de paternité, à laquelle l'enfant mineur n'avait pas été mis en cause, ne pouvait plus intervenir une fois le délai de forclusion dans lequel l'action était enfermée acquis³.

58. Conséquences en matière de rationalisation. – De ces développements, on doit retenir que la hiérarchie processuelle des prétentions ne permet pas toujours de trancher définitivement les conflits familiaux. En effet, une telle hiérarchie processuelle est susceptible d'être annihilée par une régularisation de la fin de non-recevoir. L'obstacle à l'action levée, la fin de non-recevoir n'a plus aucune utilité si on raisonne sur le plan de la rationalisation du traitement des conflits familiaux. Toutefois, en raison des conditions strictes dans lesquelles la régularisation des fins de non-recevoir est encadrée, il faut savoir raison garder et ne pas exagérer le risque d'annihilation de la hiérarchie processuelle des prétentions. D'ailleurs, l'admission d'une régularisation de certaines fins de non-recevoir participe à l'économie des procédures et au désengorgement des juridictions⁴, car elle évite qu'une décision

¹ Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 1972, n° 68-13442, Bull. civ. I, n° 54, JCP (G) 1972, II, 17111, note R. LINDON. – Pour une illustration de la régularisation du défaut de qualité, voir par exemple, Cass. Com. 9 juill. 1980, n° 78-14133, Bull. civ. III, n° 292, RTD Civ. 1981, p. 217, obs. R. PERROT.

² G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, op. cit., p. 378.

³ Cass. 1^{re} civ., 1 févr. 2017, n° 15-27.245, LPA 2017, n° 84, p. 11, note P.-L. NIEL ; D. 2017, n° 13, p. 729, obs. F. GRANET – LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2017, n° 5, p. 54, obs. H. FULCHIRON.

⁴ G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, op. cit., p. 378, n° 194.

d'irrecevabilité soit suivie d'une instance nouvelle¹ entamée par la partie qui pouvait valablement agir ou contre la partie qui aurait normalement dû être assignée.

Si la régularisation permet de lever certains obstacles à l'action, il arrive également que les parties par d'autres procédés contournent des obstacles à l'action considérés pourtant comme perpétuels. C'est au contact de ces procédés qu'on est conduit à relativiser l'apport des fins de non-recevoir en matière de rationalisation du traitement des conflits familiaux.

B- L'OBSTACLE A L'ACTION CONTOURNE

59. En raison de l'impossible régularisation de certaines fins de non-recevoir, les obstacles à l'action qu'elles dressent sont censés être définitifs. Par conséquent, la hiérarchie processuelle entre les prétentions qui en découle permet de trancher durablement le conflit. Théoriquement donc, l'apport de ces fins de non-recevoir ne doit pas être négligé en matière de rationalisation du traitement des conflits familiaux. En pratique cependant, on constate que ces obstacles processuels réputés insurmontables peuvent être contournés par la partie qui saisit le juge. Le procédé consiste à exercer l'action par l'entremise d'autrui (1) ou personnellement, en invoquant l'existence de faits justificatifs (2).

1) L'exercice de l'action par l'entremise d'autrui

60. Un arrêt rendu le 10 juin 2015 par la première chambre civile de la Cour de cassation² illustre fort à propos l'hypothèse de contournement des obstacles à l'action qu'on essaie de mettre en lumière. La configuration factuelle du contentieux était la suivante. La filiation d'un enfant né en 1992 avait été établie à l'égard de ses parents mariés par l'effet de la loi. Suite au divorce de ces derniers en 2006 et au remariage de la mère en 2010, celle-ci, avec le concours de son ex-mari, de son nouveau mari et de l'enfant lui-même, souhaitait contester la filiation paternelle de ce dernier. Or, cette filiation corroborée par une possession d'état ayant duré plus de 5 ans, la mère ne pouvait plus agir en justice pour la contester (art. 333 al. 1 du C. civ.). Elle saisit alors le ministère public afin qu'il puisse agir en contestation de la paternité de son ex-époux sur le fondement de l'article 333 al. 2 du Code civil. Le procureur de la République fit droit à cette demande et assigna en contestation de paternité, l'enfant, ses parents ainsi que les héritiers du père putatif, décédé en cours d'instance.

¹ S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, 2016, n° 193.77, p. 757.

² Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-20790, Dr. fam. 2015, comm. 163, obs. C. NEIRINCK.

Par un arrêt confirmatif, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence déclara l'action du ministère public recevable, mais mal fondée en application de l'article 336 du Code civil, puisqu'aucun indice tiré des actes ne rendait invraisemblable la filiation paternelle et surtout, aucune fraude à la loi ne pouvait être établie. Saisie par le biais d'un pourvoi, la Cour de cassation va casser et annuler l'arrêt d'appel, non pas parce que l'action du ministère public lui semblait irrecevable, mais parce que les juges du fond n'avaient pas répondu aux conclusions des appelants qui soutenaient qu'un juste équilibre n'avait pas été ménagé en l'espèce entre le droit à connaître son ascendance, garanti par le droit au respect de la vie privée (art. 8 de la Conv. EDH) et les intérêts patrimoniaux des héritiers du père putatif qui redoutaient d'éventuelles velléités successorales en cas de succès des actions en contestation et en recherche de paternité de l'enfant.

En interprétant *a contrario* ce raisonnement de la Cour de cassation, il est permis de retenir qu'en ne relevant pas d'office l'irrecevabilité de l'action du ministère public, les juges du fond admettent sa recevabilité. Ce qui est fort critiquable au regard de l'objectif de stabilité des situations juridiques qui avait conduit le législateur à verrouiller la filiation d'un enfant dont le titre était corroboré par une possession d'état ayant duré au moins cinq ans. En sus, il ne faut pas oublier que les actions relatives à la filiation constituent des actions attitrées qui de surcroît sont indisponibles. Permettre aux parties de surmonter la fin de non-recevoir tirée du non-respect du délai imparti à l'exercice de l'action en contestation de filiation en passant par un chemin de traverse — ce qui *in fine* conduit à leur permettre d'emprunter une action autre que celle que leur octroie le législateur — revient, d'une part, à méconnaître la règle de l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, mais aussi, d'autre part, à méconnaître l'esprit des textes¹. En effet, l'action du ministère public analysée à l'aune de l'article 336 du Code civil permet de constater que le législateur n'a en aucun cas envisagé cette action comme un remède à la prescription ou à la forclusion de l'action dont sont victimes les personnes ayant qualité pour contester le lien de filiation. Il s'agit sans nul doute d'un détournement des voies de contestation du lien de filiation. Ce qui *in fine* a pour conséquence de réduire à néant l'efficacité des fins de non-recevoir en matière de filiation, puisque dans les faits, l'action en contestation du lien de filiation ne serait jamais prescrite. Partant, la

¹ Un auteur faisant remarquer qu'« accueillir les contestations de paternité d'accord exercées hors délai, c'est méconnaître complètement la volonté indiscutable du législateur et l'effet obligatoire de l'engagement donné ». C. SIFFREIN-BLANC, « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », in, E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Le lien familial, lien obligationnel, lien social*, t. II, PUAM 2014, p. 133 et s., spéc. p. 157. - P. MURAT, *L'office du juge en cas d'action en contestation engagée hors délai*, note sous Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2007, Dr. fam. 2007, comm. 141.

hiérarchie des intérêts familiaux qui se dégage de l'institution de ces fins de non-recevoir sera plus que jamais ineffective. Toutefois, pour atténuer un peu la vigueur de nos critiques, il convient de faire remarquer que, même recevable, l'action se heurterait aux exigences de l'article 336 du Code civil. En d'autres termes, l'action serait toujours recevable, mais rarement bien fondée.

Quoi qu'il en soit, on est bien contraint de reconnaître que la digue processuelle réputée insurmontable peut céder dans certaines hypothèses, obligeant ainsi le juge à discuter du bien-fondé des prétentions. Par conséquent, l'efficacité des techniques processuelles en matière de rationalisation du traitement des conflits familiaux doit être relativisée, d'autant plus que la hiérarchie processuelle des prétentions qui en découle est susceptible d'être annihilée par l'invocation des droits fondamentaux.

2) L'exercice personnel de l'action

61. Présentation du procédé. – Il est possible de contourner un obstacle à l'action réputé définitif en soulevant son inconvencionnalité. En effet, la compatibilité des fins de non-recevoir avec les droits fondamentaux n'étant pas réalisée abstraitement, mais concrètement, il arrive souvent qu'au terme d'une pesée concrète des intérêts en présence, la Cour européenne des droits de l'Homme retienne une violation des droits fondamentaux. Par conséquent, la partie qui avait saisi le juge et s'était vu exciper un obstacle processuel pourra, en raison de ce jugement de violation des droits fondamentaux, poursuivre l'action et forcer le juge à une discussion sur le fond. Les raisons d'une telle mise à l'écart des techniques processuelles sont nombreuses. On en discerne principalement trois : la convergence des intérêts des parties (a), la disparition de l'objectif poursuivi à travers la création de l'obstacle procédural (b), et l'interdiction de reprocher l'écoulement d'un délai imparti à l'action à une personne qui ne pouvait valablement agir (c).

a) La convergence des intérêts des parties, moyen de contournement de l'obstacle à l'action

62. C'est surtout à propos des conflits relatifs à la filiation que les droits fondamentaux ont été invoqués dans le but d'annihiler les arbitrages internes reposant sur les techniques processuelles de limitation du droit d'agir. D'ailleurs, il convient de souligner à ce sujet que les affaires que la Cour a eu à connaître présentaient une configuration factuelle assez proche.

Une personne souhaite établir ou contester un lien de filiation, mais se heurte à une fin de non-recevoir tirée, soit de l'autorité de la chose jugée¹, soit du non-respect d'un délai d'action², soit enfin du défaut de qualité pour agir³. De ces arbitrages entre les différents intérêts en présence réalisés par les juges de Strasbourg, il apparaît que Cour européenne des droits de l'Homme semble accorder un poids particulier à la volonté des parties.

C'est le cas par exemple de l'affaire *Ostace c. Roumanie*⁴. De cette affaire, il convient de retenir très succinctement que par un jugement du 6 mars 1981, monsieur Ostace fut déclaré père d'un enfant né en 1980. Cette décision des juridictions roumaines était fondée, d'une part, sur des témoignages attestant d'une liaison entre ce monsieur et la mère de l'enfant au cours de la période légale de conception, et, d'autre part, sur un examen comparé de sang n'ayant pu permettre d'exclure une telle paternité. Cette déclaration judiciaire de paternité devint définitive à la suite de l'épuisement des voies de recours dont elle pouvait être l'objet. Mais en 2003, monsieur Ostace avec le consentement de l'enfant devenu majeur procéda à une expertise biologique extrajudiciaire qui exclura tout lien biologique entre eux.

Sur le fondement de ce rapport d'expertise, monsieur Ostace sollicita une révision du jugement de 1981. Les juridictions internes s'opposèrent à cette demande en relevant que l'expertise biologique ainsi excipé ne pouvait justifier l'ouverture d'une révision du jugement de 1981.

Face à cette impossibilité de pouvoir mettre en adéquation la filiation juridique de l'enfant avec la réalité biologique, monsieur Ostace saisit la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation de ses droits fondamentaux, dont le droit au respect de la vie privée et familiale.

Dans sa traditionnelle pesée des intérêts en présence, la Cour va attacher une importance particulière au comportement des intéressés. Elle va d'ailleurs relever avec soin « *qu'en déclarant irrecevable sa demande de réouverture de la procédure en recherche de paternité de l'enfant né hors mariage, alors que tous les intéressés semblaient favorables à l'établissement de la vérité biologique concernant la filiation de H.-A. (...)* »⁵, les autorités nationales n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. Ce qui sous-

¹ Voir par exemple, CEDH, 25 févr. 2014, *Ostace c. Roumanie*, n° 12547/06 ; AJ. Fam. 2014, p. 246, obs. E. VIGANOTTI ; Dr. fam. 2014, étude 12, n° 3, obs. A. GOUTTENOIRE ; Dr. fam. 2014, alerte 15, obs. V. ÉGEA.

² Voir par exemple, CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02 - CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01.

³ Voir par exemple, CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10

⁴ CEDH, 25 févr. 2014, *Ostace c. Roumanie*, précit.

⁵ CEDH, 25 févr. 2014, *Ostace c. Roumanie*, précit., spéc. §-45.

entend que la limitation du droit d'agir en justice aurait été compatible avec le droit au respect de la vie privée si l'un des protagonistes manifestait au contraire son désir de sauvegarder la filiation préexistante. À ce propos, il convient de souligner que la Cour européenne des droits de l'Homme semble ne pas mettre sur le même plan la volonté de tous les protagonistes, puisqu'elle accorde plus de poids à la concordance de la volonté de l'enfant et du prétendu parent.

En effet, si dans certaines affaires la Cour européenne des droits de l'Homme a pu par exemple attacher une importance au refus de remettre en cause la filiation de l'enfant exprimé à la fois par la mère et l'enfant lui-même¹, il apparaît tout de même dans cette configuration conflictuelle que la volonté qui a eu plus de poids aux yeux de cette Cour est celle de l'enfant et non celle de la mère. Ce qui signifie que si l'enfant était favorable à la remise en cause de sa filiation paternelle et que la mère ne l'était pas, la Cour européenne des droits de l'Homme aurait été, en dépit des obstacles à l'action dressés par le droit interne, favorable à l'exercice de l'action en contestation. On ne le dira pas assez, seul importe en la matière la convergence des intérêts du parent putatif et de l'enfant. Ainsi, lorsqu'on se retrouvera dans la situation où une personne souhaiterait contester la filiation d'un enfant afin de la faire concorder avec la réalité biologique, la Cour européenne des droits de l'Homme privera d'efficacité les techniques processuelles — qualité pour agir, chose jugée, prescription — qui empêchent l'exercice d'une telle action, chaque fois que l'enfant aura émis le souhait de faire vérifier sa filiation². En revanche, lorsque cette concordance de volonté fera défaut, les techniques processuelles retrouveront leur efficacité³.

Encore une fois, ce n'est pas uniquement l'intérêt de l'enfant qui permet d'annihiler les obstacles processuels à l'action, mais bien la convergence de la volonté des principaux intéressés à l'action qui peuvent ainsi, par la puissance de leur volonté, remettre en cause des arbitrages législatifs même dans des matières comme le droit de la filiation traditionnellement considéré comme indisponible⁴. D'ailleurs, pour démontrer que c'est bien la convergence des

¹ CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10, spéc. §-72.

² CEDH, 24 août 2010, *I.L.V. c. Roumanie*, n° 4901/04, spéc. §-46 (lecture *a contrario*) - CEDH, 6 déc. 2011, *Iyilik c. Turquie*, n° 2899/05, spéc. §-32 ; JCP (G) 2011, p. 1424, note G. GONZALEZ ; JCP (G) 2012, p. 296, note G. GONZALEZ et A. GOUTTENOIRE. - CEDH, 12 janv. 2006, *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02, spéc. §-13 ; RJPF 2006, n° 4, p. 36.

³ Voir par exemple, CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10

⁴ Un auteur avait d'ailleurs remarquablement démontré les limites de l'indisponibilité des actions relatives à la filiation. Voir D. HUET-WEILLER, *Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation*, D. 1978, chron. p. 233. Voir aussi, P. MURAT, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », in, *Mélanges D. HUET-WEILLER*, LGDJ, 1994, p. 341.

intérêts des principaux protagonistes qui compte et non pas le seul intérêt de l'enfant, il a été jugé par la Cour européenne des droits de l'Homme que lorsqu'un enfant prend l'initiative d'une action en recherche de paternité, il lui est interdit de passer outre les obstacles processuels à l'action en cas d'opposition du parent putatif¹.

À défaut de convergence d'intérêts, le critère de l'actualité de l'intérêt protégé par le biais des techniques processuelles de limitation de l'action ressort également des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, sans qu'on puisse déterminer avec certitude l'importance que les juges européens entendent lui assigner.

b) La disparition du besoin de protection, moyen de contournement de l'obstacle à l'action

63. Les obstacles à l'action prévus par les législations internes poursuivent des buts légitimes de sécurisation des situations familiales. Par exemple, la prescription extinctive en matière de filiation a pour objectif principal la sécurisation de la filiation de l'enfant, et accessoirement, la fixation définitive des droits et obligations des parents légaux, du parent putatif, ainsi que ceux de leurs héritiers respectifs. En d'autres termes, c'est dans un souci de protection de l'intérêt de l'enfant que le législateur a imposé des délais à l'exercice des actions relatives à la filiation.

Partant, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, lorsque le besoin de protection de l'enfant qui justifiait l'existence de délais pour l'exercice d'une action en contestation du lien de filiation² perd de son acuité au regard de la situation d'espèce, l'obstacle à l'action ne peut plus se justifier par ce seul fondement. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Paulik c. Slovaquie*³.

Dans cette affaire, pour juger contraire au droit au respect de la vie privée l'obstacle à l'action en contestation du lien de filiation tiré de l'autorité de la chose jugée, la Cour releva qu' « *en ce qui concerne l'intérêt général [justifiant l'obstacle procédural à l'action], il convient de noter que la fille putative du requérant est aujourd'hui âgée de près de quarante ans, qu'elle a fondé une famille et qu'elle ne dépend pas de lui pour sa subsistance. L'intérêt général*

¹ CEDH, 3 avr. 2014, *Konstantinidis c. Grèce*, n° 58809/09

² La Cour a rappelé dans un arrêt que les fins de non-recevoir à l'action en contestation du lien de filiation se trouvaient justifiées, au regard de la nécessité de préserver la sécurité juridique dans les relations de famille, puisque l'anéantissement d'un lien de filiation peut être une expérience très traumatisante pour un enfant. Voir, CEDH, 18 févr. 2014, *A.L. c. Pologne*, n° 28609/08, spéc. §-76.

³ CEDH, 10 oct. 2006, *Paulik c. Slovaquie*, n° 10699/05, RJPJF 2007, p. 41, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

pouvant résider dans la protection de ses droits à ce stade est bien moindre que lorsqu'elle était enfant »¹.

On en déduit donc qu'un juste équilibre n'est pas ménagé entre les intérêts en présence à chaque fois que le but poursuivi à travers la fin de non-recevoir à l'action, malgré son manque d'acuité dans la situation d'espèce, continue à justifier une limitation de l'action. Dans l'arrêt *Paulik c. Slovaquie*, ce but étant la préservation de l'intérêt de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'Homme semble poser comme critère justifiant le besoin de protection des enfants, leur situation de dépendance à l'égard des adultes. *A contrario*, dès que l'enfant n'est plus dans une situation de dépendance, ce besoin de le protéger s'estompe.

La situation de dépendance s'appréciant au regard de l'âge de l'enfant et de son accomplissement personnel, il convient de rappeler que l'enfant au sens des textes européens est une personne âgée de moins de 18 ans. En l'espèce, celle dont le requérant poursuit l'anéantissement de la filiation paternelle n'étant plus un enfant², le besoin de protection s'estompe³. La contestation, voire l'anéantissement de son lien de filiation serait une expérience moins traumatisante en raison de sa maturité⁴.

Cependant, on ne peut tirer de cet arrêt des enseignements définitifs, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme conjugue le critère de l'absence d'actualité du but poursuivi par les fins de non-recevoir avec celui de la convergence des intérêts en présence pour conclure à une violation du droit au respect de la vie privée. Contrairement à ce dernier critère qui a suffi dans de nombreux arrêts à déclarer les fins de non-recevoir contraires aux droits fondamentaux, la question de l'autonomie du critère de l'absence d'actualité du but poursuivi reste en suspens.

Néanmoins, au terme de cette analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il nous semble possible de retenir de manière générale que lorsque le besoin de protection d'un intérêt justifie dogmatiquement l'élaboration des fins de non-recevoir, un juste équilibre n'est pas garanti entre les intérêts en présence si ce besoin de protection disparaît dans la situation d'espèce. Ainsi, le but poursuivi par le législateur malgré sa

¹ CEDH, 10 oct. 2006, *Paulik c. Slovaquie*, précit., spéc. §-46.

² Au sens enfant par l'âge, car le mot enfant est polysémique. Il désigne aussi bien l'enfant par l'âge que l'enfant descendant de quelqu'un. Sur cette polysémie, voir par exemple, J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant et le couple*, PUF, 2002, p. 75. - L. BRUNET, note sous Cass. 1^{re} civ., 25 juin 1996, D. 1998, p. 453.

³ Ce besoin de protection ne disparaît pas avec la majorité. On tient compte de l'épanouissement personnel de l'enfant. Ainsi, dans des situations particulières où l'enfant majeur reste totalement dépendant, on ne serait nullement surpris que la Cour considère que le besoin de protection reste d'actualité.

⁴ CEDH, 18 févr. 2014, *A.L. c. Pologne*, n° 28609/08 (interprétation *a contrario* du §-76).

légitimité abstraite ne justifierait plus l'obstacle à l'action lorsque dans une situation concrète sa poursuite ne paraît plus nécessaire ni souhaitable.

c) La règle « *contra non valentem (...)* »¹, moyen de contournement des obstacles à l'action tirés du non-respect du temps imparti

64. Exposé de la règle. – À côté des causes légales et déterminées de suspension de la prescription, la jurisprudence avait très tôt prévu une cause générale de suspension reposant sur l'idée selon laquelle, puisqu'à l'impossible nul n'est tenu, on ne pourrait raisonnablement faire courir un délai de prescription contre une personne se trouvant dans l'impossibilité d'agir en justice². Même si cet adage visait la prescription, il convient de souligner que son application a été étendue aux délais de forclusion³. Ce qui traduit bien une volonté de permettre, à titre exceptionnel, à une personne de surmonter l'obstacle inhérent à la prescription ou à la forclusion, chaque fois qu'il est établi qu'elle était dans l'impossibilité, en raison d'obstacles de fait ou de droit⁴, d'agir en justice dans le temps imparti. Cette règle « *contra non valentem* », désormais consacrée à l'article 2234 de notre Code civil, jouit à l'époque contemporaine d'une formidable actualité, puisqu'elle est souvent reprise par la Cour européenne des droits de l'Homme pour garantir un droit effectif d'accès à un tribunal, là où les arbitrages internes tendent à privilégier l'inflexibilité des délais.

Après avoir exposé les arrêts majeurs en la matière, il conviendra de faire la synthèse des conditions dans lesquelles les fins de non-recevoir tirées des délais sont susceptibles d'être annihilées par la Cour européenne des droits de l'Homme suite au contrôle de leur conventionnalité.

65. La jurisprudence pertinente. – L'un des arrêts importants en la matière est sans doute l'arrêt *Shofman c. Russie*⁵. Dans les faits, un père qui prit connaissance de sa non-

¹ *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir). Voir, H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^e éd., Litec, 1999, n° 60.

² Voir par exemple, J. CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937, p. 155 et s.

³ J. CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, *op. cit.*, p. 188 - C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 12 par C. ESMEIN, 6^e éd., 1958, p. 429 - R. RODIERE, *L'écoulement du temps et la recevabilité de l'action en responsabilité contre le transporteur aérien*, D. 1976, chron. p. 265.

⁴ Les obstacles de droit peuvent être d'origine légale ou conventionnelle. Les obstacles de fait sont divers : ignorance de l'existence de son droit, altération des facultés mentales, impossibilité morale d'agir... En conséquence tout ce qui peut légitimement empêcher une personne d'agir peut être pris en compte. D'ailleurs, le doyen Carbonnier faisait remarquer à juste titre qu'« on ne peut pas affirmer d'avance, en présence d'un évènement donné, que cet évènement constituera nécessairement, aux yeux d'un tribunal, une impossibilité d'agir suspensive de la prescription. On a l'impression que tout est question d'espèce (...) ». J. CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, *op. cit.*, p. 181.

⁵ CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01

paternité deux ans après l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard vit son action en désaveu de paternité se heurter à la prescription annale prévue par le droit interne. Ayant à statuer sur le recours exercé devant elle par ce dernier, la Cour européenne des droits de l'Homme, après avoir souligné que le droit interne ne prévoyait aucune dérogation aux hypothèses de connaissance tardive de la vérité biologique, avait retenu que l'inflexibilité du délai en l'espèce portait atteinte au droit au respect de la vie privée du requérant¹.

On retrouve également dans l'arrêt *Phinikaridou c. Chypre*² cette même logique de rejet des délais inflexibles. Dans les faits, une femme, à l'article de la mort, qui n'a jamais reconnu sa fille biologique, apprend à cette dernière, alors âgée de 50 ans, l'identité de son père biologique. L'enfant entreprend une action en établissement du lien de filiation à l'encontre du père putatif. Celui-ci nie sa paternité et invoque comme moyen de défense, la prescription de l'action intentée à son encontre. En effet, le droit chypriote enfermait l'exercice d'une telle action dans un délai de 3 ans à compter de la majorité de l'enfant. Les juridictions internes déboutèrent l'enfant qui saisit la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation des articles 6 et 8 de la Convention. La Cour européenne des droits de l'Homme, après avoir relevé qu'elle « *a du mal à admettre que le délai rigide de prescription s'écoule, que l'enfant ait ou non eu connaissance des circonstances se rapportant à l'identité de son père et sans qu'aucune dérogation ne soit prévue à l'application de ce délai* », va retenir une méconnaissance des droits fondamentaux³.

Un autre arrêt (*Howald Moor et autres c. Suisse*)⁴ rendu récemment par la Cour européenne des droits de l'Homme en droit de la responsabilité civile permet de restituer, au-delà de cette matière, une vision claire lorsqu'il s'agit de vérifier la conventionnalité des fins de non-recevoir tirées du non-respect des délais d'action.

Dans les faits, la veuve d'un salarié exposé à l'amiante sur son lieu de travail avait entrepris de demander à l'employeur de ce dernier, la réparation du préjudice moral que lui cause le décès de son mari. Parallèlement à cette action, les enfants du défunt reprirent l'action en responsabilité civile entamée par leur père avant son décès. Aucune de ces actions n'aboutit, puisque les juridictions internes opposèrent aux intéressés, la péremption de l'action qui était soumise à un délai décennal, à compter de la dernière exposition aux produits pathogènes. La

¹ CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01, spéc. §-43, 45.

² CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02

³ CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, spéc. §-62, 65.

⁴ CEDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, n° 52067/10 et 41072/11 ; D. 2014, p. 1019, note J.-B. BORGHETTI.

veuve et les enfants saisirent la Cour européenne des droits de l'Homme arguant une violation des droits garantis à l'article 6 §-1 de la Convention. Dans sa solution, la Cour européenne des droits de l'Homme commença par rappeler que le droit d'accès à un tribunal n'est pas un droit absolu et que les États disposent d'une marge d'appréciation quant à l'instauration des délais d'action. En revanche, ces délais pour être compatibles avec les exigences de l'article 6 §-1, ne doivent pas porter atteinte à la substance même de ce droit¹. Tel n'est pas le cas lorsque ces délais privent de droit à réparation une personne dont le dommage (la maladie) survient bien après l'expiration de ces délais².

66. Les enseignements à tirer. – À la suite de ces arrêts, il convient de souligner que la Cour européenne des droits de l'Homme rejette avant tout l'inflexibilité des délais auxquels est soumis l'exercice des actions en justice. L'élément important dans l'exercice de son contrôle est sans doute la prise en compte du moment où la cause empêchant l'exercice de l'action cesse³. Si celle-ci cesse avant l'écoulement du délai d'action, le requérant, qui par défaut de diligence n'exerce pas l'action à temps, est définitivement empêché d'agir. La fin de non-recevoir est jugée compatible avec le respect des droits fondamentaux.

En revanche, si cette cause empêchant l'exercice de l'action ne cesse qu'après l'écoulement du délai, celui-ci n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux, si le législateur prévoit exceptionnellement une réouverture de l'action au profit des personnes qui ne pouvaient légitimement agir. Ce qui signifie *a contrario* que lorsque la cause empêchant une personne d'agir disparaît après l'écoulement du délai d'action, et que le droit interne, tout en ne prévoyant pas à titre exceptionnel une réouverture de l'action, se montre de surcroît inflexible quant au respect de ce délai, la Cour européenne des droits de l'Homme jugera un tel obstacle à l'action contraire aux droits fondamentaux (art. 6 §-1 et art. 8 de la Conv. E.D.H.)⁴.

Ces principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme auront sans doute d'importantes répercussions sur les délais d'action de notre droit de la famille. Au-delà du droit de la filiation qui a été au cœur des affaires susévoquées, on pense également à la nullité relative du mariage qui doit être demandée dans un délai de cinq ans suivant la célébration (art. 181 du C. civ.). Le point de départ étant fixe, c'est-à-dire sans possibilité de report à la

¹ CEDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, précit, spéc. §-71.

² CEDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, précit, spéc. §-79.

³ La connaissance de la vérité biologique, ou la connaissance de l'identité du parent putatif peuvent servir d'illustration en droit de la filiation.

⁴ Voir, CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, spéc. §-54 et 65 - CEDH, 29 janv. 2013, *Röman c. Finlande*, n° 13072/05, spéc. §-60 - CEDH, 6 juill. 2010, *Grönmark c. Finlande*, n° 17038/04, spéc. §-55.

date de la découverte ou de la cessation du vice, cette fin de non-recevoir sera jugée contraire aux droits fondamentaux si les juridictions étatiques refusent d'accorder une dérogation à l'action en nullité d'un époux, qui prendrait connaissance de la cause de nullité plus de cinq ans après la célébration du mariage.

67. Synthèse de la section. – Les fins de non-recevoir instaurent une hiérarchie processuelle entre les intérêts. Il suffit pour objectiver le processus décisionnel de donner la priorité au porteur de l'intérêt le mieux classé processuellement. Mais cette belle mécanique est susceptible d'être enrayée si on constate que la hiérarchie processuelle sur laquelle elle repose peut être neutralisée. Tel est malheureusement le cas lorsque les parties arrivent à faire échec à l'application des fins de non-recevoir et à discuter du fond du litige devant le juge. L'exercice de l'action par l'entremise d'autrui, l'inconventionnalité des fins de non-recevoir ont été identifiées comme les principales techniques à l'aune desquelles, il convient de limiter l'aptitude des fins de non-recevoir à servir de remède à l'incertitude des traitements juridictionnels.

CONCLUSION DU CHAPITRE

68. Comment peut-on rendre prévisible le traitement des conflits familiaux ? Pour répondre à cette interrogation placée au cœur de la présente étude, une première hypothèse de recherche a conduit à porter une attention particulière aux techniques processuelles de hiérarchisation des prétentions. En effet, la mobilisation de ces techniques présente l'avantage, du moins en théorie, d'aboutir à un arbitrage objectif et prévisible des conflits, puisque sans aucune discussion au fond, le juge réalise un départ entre les prétentions antagonistes en se référant à une hiérarchie processuelle préétablie.

D'ailleurs, prenant conscience de cette capacité des techniques processuelles à ordonner les prétentions antagonistes, le législateur a pris le soin de prévoir en matière familiale de nombreux obstacles à l'action. Mais, ceux-ci sont tellement disséminés dans l'arsenal normatif qu'une part importante de nos développements a été consacrée à leur identification. Ce travail d'identification qui peut paraître fastidieux n'en est pas moins nécessaire. Il a permis de prendre conscience de l'importance quantitative des fins de non-recevoir applicables en matière familiale. En effet, il a été établi qu'à côté des fins de non-recevoir génériques qui sont transposées aux conflits familiaux, il existe de nombreuses fins de non-recevoir spécifiques à la matière familiale et prévues par le législateur pour certains types de conflits familiaux. Ce qui signifie que les techniques processuelles peuvent légitimement être envisagées comme outils de rationalisation du traitement des conflits familiaux.

De l'importance quantitative des fins de non-recevoir en droit de la famille, il convient de tirer la conclusion suivante. Sachant qu'une fin de non-recevoir traduit une hiérarchie processuelle de prétentions, leur importance quantitative en droit de la famille signifie qu'il existe dans cette matière, un imposant réseau d'arbitrage entre intérêts familiaux préétabli par le législateur. Il est donc possible de s'en servir afin de rendre plus rationnel le traitement des conflits familiaux.

Cependant, pour que ces techniques processuelles participent effectivement à la prévisibilité des traitements, il est impératif que leur effectivité soit garantie lorsqu'elles sont applicables dans une situation conflictuelle. Si en théorie une telle effectivité est garantie, d'une part, par le pouvoir reconnu au défendeur de soulever ces fins de non-recevoir en tout état de cause, et, d'autre part, par le pouvoir reconnu au juge de relever d'office la plupart des fins de non-

recevoir en matière extrapatrimoniale, il a été constaté en pratique que les parties, par le biais de différentes techniques, pouvaient surmonter l'obstacle à l'action découlant de la mise en œuvre d'une fin de non-recevoir. À ce propos, on a souligné que s'il est logique que les obstacles à l'action qui sont par nature temporaires puissent être surmontés, on est en revanche resté circonspect face à la pratique qui consiste à mobiliser les droits fondamentaux pour triompher d'obstacles à l'action réputés définitifs. C'est ce qui a conduit à relativiser l'aptitude des fins de non-recevoir à participer efficacement à la prévisibilité des traitements juridictionnels.

En définitive, les fins de non-recevoir permettent de faire un tri entre diverses prétentions. En cela, elles présentent un important intérêt pour la prévisibilité du traitement des conflits familiaux. Mais, les fins de non-recevoir à elles seules ne suffisent pas à restaurer de façon satisfaisante une vision d'ensemble en matière de traitement des conflits familiaux. En dépit des limites relatives à leur effectivité, il convient de souligner qu'il n'est pas toujours possible ni souhaitable d'empêcher, surtout en matière familiale, les parties de discuter du fond devant le juge. Par conséquent, on ne peut se satisfaire des seules fins de non-recevoir comme technique de rationalisation du traitement des conflits familiaux. Il est donc indispensable d'envisager d'autres techniques permettant de rendre prévisible l'examen du bien-fondé des revendications antagonistes.

CHAPITRE II : LES TECHNIQUES SUBSTANTIELLES D'OBJECTIVATION DES TRAITEMENTS

« Le droit a à se préoccuper, et c'est là la plus grande partie de son rôle, de la protection des intérêts. Cette mission simple en apparence est extrêmement complexe dans la réalité : les intérêts étant souvent opposés, inconciliables, bien que tous respectables. Le droit est alors obligé de les classer, de dire quelle importance il donnera à celui qui est certain en face d'un autre qui est incertain, à un intérêt personnel, ou à celui d'un groupe en face d'un intérêt dit général, c'est-à-dire visant un grand nombre de personnes (...) »¹.

69. Lorsque la hiérarchie processuelle entre les prétentions ne suffit pas à forcer au silence la chicane, le juge doit trancher le conflit en accueillant les prétentions d'une des parties au détriment de celles avancées par l'autre. Néanmoins, pour que cette mission ne confine pas à l'arbitraire, le législateur, dans certains domaines, met à disposition du juge des mécanismes dont la mobilisation permet d'atteindre une certaine prévisibilité des solutions. Il s'agit de mécanismes législatifs ayant pour but d'objectiver l'examen du bien-fondé des prétentions et qui assurent par conséquent, la prévisibilité de l'issue du litige.

En d'autres termes, là où la mobilisation des techniques processuelles d'objectivation conduit à éliminer certaines prétentions sans aucune discussion au fond, la mobilisation des techniques substantielles d'objectivation donne une précieuse indication sur la valeur que le législateur a entendu attribuer aux revendications antagonistes portées par chacune des parties.

En simplifiant le propos, on peut retenir que les techniques substantielles, dont il sera ici question, sont des procédés d'objectivation du processus décisionnel reposant sur des prescriptions législatives qui, en agissant sur le fond du droit, dessinent en creux une hiérarchie entre les intérêts familiaux antagonistes. Leur mobilisation permet de donner un

¹ R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. 2001, Paris, La mémoire du droit, p. 202.

tour mécanique au traitement juridictionnel desdits conflits ; ce qui aurait pour conséquence de rendre prévisible leur traitement. Même si une présentation des techniques substantielles d'objectivation suffira pour s'en convaincre (Section I), il convient de souligner qu'en pratique, les choses sont beaucoup moins tranchées, puisque la mobilisation de ces techniques ne permet pas toujours une remise en ordre du traitement des conflits familiaux. On touche là du doigt les limites de ces techniques substantielles en matière de rationalisation (Section II).

SECTION I : L'IDENTIFICATION DES TECHNIQUES SUBSTANTIELLES D'OBJECTIVATION DES TRAITEMENTS

70. Destinées à être mobilisées au stade de l'examen au fond des demandes, les techniques substantielles, ici envisagées, ont pour finalité commune d'œuvrer à l'objectivation des solutions apportées aux conflits familiaux. Pour atteindre un tel objectif, ces techniques législatives procèdent de deux manières différentes. La première consiste pour le législateur à rendre opérationnelles les règles de conflit par le biais d'une précision portant sur leur mise en œuvre. La seconde conduit le législateur à anticiper l'affrontement de certains intérêts familiaux en établissant *a priori* une hiérarchie entre eux. Suivant la manière dont elles opèrent, il est alors possible, malgré leur diversité, de classer les techniques substantielles d'objectivation en deux catégories. Une première regroupant les techniques législatives de précision (§-1), une seconde regroupant les techniques législatives de hiérarchisation des intérêts familiaux (§-2).

§-1 : LES TECHNIQUES LEGISLATIVES DE PRECISION

71. Les techniques législatives de précision ont pour but de brider la liberté du juge quant à la concrétisation de la règle de droit applicable au conflit. En effet, en mettant à la disposition du juge des guides ou aides à la concrétisation du droit, le législateur entend rationaliser le processus décisionnel dans l'espoir d'une cohérence des solutions. Pour ce faire, il lui arrive de recourir à la technique de la définition (A) ou à la technique de l'énumération (B).

A- LA DEFINITION

72. Un constat. – Pour trancher entre époux les conflits relatifs aux effets d'une annulation du mariage, le législateur a érigé en critère de décision « la bonne foi » de l'époux qui invoque la putativité¹. Cependant, en se gardant de fixer le sens de cette notion, il favorise les flottements interprétatifs. Dans la même veine, on sait que pour trancher un conflit de pouvoirs entre parents à propos d'actes relatifs à la personne de l'enfant, le législateur a érigé le concept « d'acte usuel » en critère de départ sans pour autant en donner une définition². On peut également signaler que pour trancher un conflit entre les tiers qui poursuivraient une délégation forcée de l'autorité parentale et les parents de l'enfant, le législateur a érigé le concept de « désintérêt » en critère de départ sans prendre le soin de le définir³.

Face à de tels critères de décision équivoques ou flous, la concrétisation de la règle de droit nécessite du juge un travail préalable d'interprétation dont la subjectivité risque de conduire à une disparité de traitement à situations analogues. La technique législative de définition⁴ permettrait justement de surmonter cet écueil, puisqu'elle a pour finalité d'évacuer toute équivocité quant au sens à attribuer à la règle. On a pu écrire en effet que la fonction de la définition est « *de donner le maximum de consistance et de fermeté aux termes visés par la loi afin d'assurer leur compréhension et permettre leur application en toute sécurité* »⁵. D'ailleurs, « *définir, c'est — l'étymologie le dit — délimiter, c'est-à-dire séparer ; c'est situer et opposer pour individualiser* »⁶.

En dépit de cette reconnaissance de l'utilité des définitions, on sait que la célèbre mise en garde du Digeste qui veut que « *Omnis definitio in iure civili periculosa est* »⁷ a connu une grande fortune, à tel enseigne qu'une opinion couramment émise veut que définir soit l'affaire de la doctrine et non celle du législateur⁸. Toutefois, il faut bien reconnaître qu'à l'époque

¹ Article 201 du Code civil.

² Article 372-2 du Code civil.

³ Article 377 du Code civil.

⁴ Pour une analyse approfondie, voir par exemple, L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, préf. J. Julien, PU Toulouse 1 et LGDJ, 2017. – V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative : étude sur les Codes civils français et allemand*, préf. M. PEDAMON, LGDJ, 2002, p. 157 et s. – G. CORNU, « Les définitions dans la loi », in, *Mélanges J. VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 77 et s.

⁵ S. BALIAN, *Essai sur la définition dans la loi*, th. dactyl., Paris II, 1986, p. 201.

⁶ C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », A.P.D. 1966, t. 11, p. 30.

⁷ Digeste, L. 17. 202. – FENET, T. IX, p. 4.

⁸ FENET, T. IV, p. 42 et s. – Pour un rappel contemporain, voir, J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2004, n° 115, p. 211.

contemporaine, le législateur adopte une position intermédiaire en ayant un recours parcimonieux à la technique de la définition¹.

En droit extrapatrimonial de la famille par exemple, on s'étonne souvent de l'absence de définition législative de certains critères de décision — c'est-à-dire les éléments qui commandent directement le départ entre les intérêts en conflit —² à l'instar de l'intérêt de l'enfant, de l'intérêt des époux, des motifs graves. Dans cette matière, le Code civil renferme de nombreux cas d'utilisation de la technique des définitions légales pour fixer le sens de notions juridiques autour desquelles se construit le discours normatif³. Cependant, il est plutôt rare d'y trouver une définition des concepts ou notions que le législateur érige en critères de décision. D'ailleurs, au sein du Code civil, la moisson semble même famélique, puisque seul le concept de « délaissement parental », clef de voûte du traitement de certains conflits relatifs à la personne de l'enfant, a été défini par le législateur à l'article 381-1.

73. Un enseignement. – De ces constatations, il convient de retenir que la définition comme technique législative peut constituer un outil d'objectivation du traitement des conflits familiaux. En effet, en devenant une fois posées « *des lois auxquelles les juges doivent se conformer* »⁴ selon les mots de TRONCHET, les définitions constituent des garde-fous à l'incohérence lors de la concrétisation de la règle de droit⁵.

Concrètement en matière familiale, la technique de la définition sert tout d'abord à préciser les notions juridiques autour desquels le législateur construit le discours normatif. Toutefois, cette clarification du discours normatif à travers l'imposition d'une unité lexicale participe de façon très accessoire à la rationalisation du traitement des conflits familiaux, puisque l'arbitrage entre les revendications antagonistes ne dépend pas directement de la précision législative ainsi apportée. L'idée dont on essaie de rendre compte peut être utilement illustrée à travers la situation qui suit :

Lors de la séparation du couple conjugal, chaque parent sollicite la fixation de la résidence habituelle de l'enfant à son domicile. Pour trancher ce conflit, il est fait obligation au juge de

¹ J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 211

² À propos des définitions légales en général, le doyen CARBONNIER (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction, Les personnes, La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 211) faisait remarquer à juste titre que si le législateur « n'a pas défini les notions relevant des mœurs (ex. le mariage ; le serment ; l'injure, cause de divorce avant la loi de 1975), il a défini les droits réels et les contrats ». De ce constat, on peut tirer l'enseignement suivant : **l'absence de définitions légales – du moins leur rareté – serait plutôt l'apanage du droit extrapatrimonial de la famille.**

³ On trouve par exemple une définition de la minorité à l'article 388 du Code civil, une définition du domicile à l'article 102 du même Code et une définition de PACS à l'article 515-1 du même Code.

⁴ Fenet, T. VIII, p. 322.

⁵ Comme l'a souligné un auteur (L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé, op. cit.*, p. 450 et s.), les définitions participent à la mise en ordre du droit.

se prononcer en considération de ce qu'exige l'intérêt de l'enfant (art. 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant). Si l'enfant est défini à l'article premier de cette Convention, cette définition ne participe qu'indirectement à l'arbitrage des revendications. Elle permet certes une cohérence dans la sélection des personnes destinataires de la règle de droit, mais le critère d'arbitrage reste en l'espèce la notion d'intérêt de l'enfant qui elle demeure indéfinie.

Toujours en matière familiale, la technique de la définition sert ensuite à préciser les critères de décision. Cet usage de la technique des définitions légales présente un plus grand intérêt pour une éventuelle mise en ordre du traitement des conflits familiaux. Or, on a pu constater que le législateur, mesurant peut-être les dangers inhérents à une trop grande précision des critères de décision, procède très rarement à leur définition. Cela ne signifie nullement qu'il ait renoncé à apporter toute précision sur la mobilisation des critères de décisions équivoques, puisque la technique de l'énumération peut également lui permettre d'atteindre un tel but.

B- L'ENUMERATION

74. Comme la définition, l'énumération est aussi une technique législative de précision. Elle consiste à « *énoncer la liste de tous les cas que le législateur veut voir concernés par une règle de droit particulière* »¹. Si l'énumération et la définition poursuivent la même finalité à savoir la précision normative, ces deux techniques diffèrent sur le plan de la méthode. Là où la définition essaie de donner une consistance aux choses à travers l'énonciation de leurs caractères essentiels, l'énumération quant à elle essaie de donner une consistance aux choses par la force de l'exemple. Concrètement, il est question en matière d'énumération d'illustrer les réalités qu'on entend mettre derrière un mot, une notion, un concept. L'ambition étant que le juge ne puisse, grâce à une liberté d'interprétation, exclure du champ d'application de la règle de droit, certaines réalités que le législateur prend soin de viser.

C'est dans cette optique qu'on retrouve en matière extrapatrimoniale, des listes énumératives destinées à préciser certaines notions abstraites contenues dans les normes familiales. Par exemple, sans définir ce qu'est l'altération définitive du lien conjugal, le législateur énumère

¹ V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative : étude sur les Codes civils français et allemand*, op. cit., p. 202. Sur l'énumération, voir aussi, L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé*, op. cit., p. 393 et s.

simplement les réalités qu'il met derrière cette notion¹. De même, l'article 257 du Code civil sans donner une définition de ce qu'est une mesure d'urgence dans le cadre d'une procédure de divorce, prend le soin de les énumérer. On peut également mentionner l'article 311-1 du Code civil qui se contente, en matière de filiation, de préciser la notion de possession d'état à travers une liste d'éléments susceptibles de permettre son établissement. On peut aussi faire état de l'article 371-1 al.2 du Code civil qui énumère la sécurité, la santé, la moralité, l'éducation et le développement personnel de l'enfant pour donner corps à la notion « d'intérêt de l'enfant » érigée en finalité de l'autorité parentale. Enfin, on ne peut manquer de citer dans nos illustrations l'article 373-2-11 du Code civil ; par son truchement, le législateur, soucieux d'aboutir à une cohérence des solutions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale, a énuméré les éléments importants que le juge doit prendre en considération lors de son arbitrage.

En fin de compte, la définition et l'énumération ont pour finalité commune la précision du discours normatif. Un tel travail de précision est susceptible d'exclure le doute ou l'incertitude juridique découlant de l'équivocité des règles juridiques. Ce qui chasse par conséquent l'aléa dans la concrétisation de ces règles juridiques. En mettant en place un guide de compréhension et d'interprétation des règles juridiques, le législateur oblige le juge, à situations analogues, à une cohérence des solutions. En d'autres termes, en procédant à l'encadrement de l'interprétation judiciaire, les techniques de précision que sont la définition et l'énumération participent à la prévisibilité des solutions juridictionnelles données aux conflits familiaux.

À côté de ces techniques substantielles visant à la précision, il existe d'autres techniques ayant pour finalité d'établir *a priori* une hiérarchie entre les intérêts familiaux antagonistes.

§-2 : LES TECHNIQUES LEGISLATIVES DE HIERARCHISATION

75. Les techniques législatives de hiérarchisation ont pour but de priver le juge d'un pouvoir d'appréciation de la valeur des intérêts familiaux antagonistes dont la réalisation est poursuivie par chacune des parties. L'objectif du législateur étant de transformer le juge en simple automate qui ferait un départ entre des intérêts antagonistes en se référant uniquement

¹ Pour nous, à l'article 238 du Code civil, il est question d'énumération et non de définition. Le législateur ne dit pas ce qu'est une altération définitive du lien conjugal. Il se contente de lister les cas dans lesquels elle existe. En effet, en disposant que « l'altération définitive du lien conjugal **résulte de** (...) », les rédacteurs n'ont pas entendu dire ce qu'elle est, mais ce qui peut l'engendrer.

à l'indice de valeur que le législateur a préattribué à chaque intérêt en conflit. Pour ce faire, il mobilise le critère temps à travers la technique de la chronologie (A), procède par présomption (B) et par fiction (C).

A- LA CHRONOLOGIE

76. Pour trancher un conflit familial, il arrive que législateur pose en critère de solution le principe chronologique. La finalité de cette technique législative consiste à établir un rapport hiérarchique entre les intérêts familiaux antagonistes à partir du critère temps¹. Concrètement il est question, en raisonnant en termes d'antériorité, de donner la prévalence au justiciable dont le droit ou la situation a été constitué en premier dans le temps. En droit de la famille, le principe chronologique est principalement mobilisé comme critère de solution des concurrences d'unions matrimoniales, de filiations ou encore des conflits relatifs à la dévolution du nom.

77. **L'exemple de la concurrence des unions matrimoniales.** — Sous peine de nullité absolue, pour pouvoir se marier, les époux ne doivent pas être déjà engagés dans les liens du mariage². S'il arrive que par la suite d'une erreur, les registres de l'état civil présentent une personne comme libre de tout engagement matrimonial et que celle-ci contracte à nouveau mariage, deux mariages se retrouvent alors en concurrence. Et pour résoudre cette concurrence, le législateur renvoie au critère chronologique qui consiste à donner la prévalence à l'union célébrée en premier³. Il est permis d'interpréter l'adoption de ce critère objectif de décision⁴ comme un témoignage de la volonté du législateur d'assurer aux litigants, une prévisibilité dans le traitement des éventuels conflits relatifs à la validité des mariages. Ainsi, à condition que le premier mariage soit valable, le second doit être annulé pour cause de bigamie⁵ même s'il a duré plus de quarante ans⁶.

¹ Cette technique confine à privilégier en droit le premier en date. Ce n'est ni plus ni moins qu'une déclinaison de la maxime « *prior tempore, potior jure* » (le premier en date est préférable en droit).

² À propos de la bigamie, voir par exemple, G. ANDREO, *Bigamie et double ménage*, RTD civ. 1991, p. 263. - C. DUVERT, *Bigamie, J.-Cl. pénal*, fasc. 20.

³ Article 147 du Code civil.

⁴ Il s'agit bien d'un critère objectif de décision puisqu'il est toujours possible de déterminer objectivement la situation (l'union) constituée en premier.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041, JCP (G) 2014, p. 43, obs. M. LAMARCHE ; Dr. fam. 2013, comm. 148, obs. J.-R. BINET ; RJPF 2013, n° 12, p. 24, obs. V. ÉGÉA - Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 2011, n° 10-25285, Dr. fam. 2012, comm. 2, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2012, p. 94, obs. J. HAUSER.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 19 oct. 2016, n° 15-50098, Dr. fam. 2016, comm. 248, obs. A.-M. CARO.

Cette volonté d'assurer la sécurité juridique dans le traitement des conflits familiaux en hiérarchisant *a priori* les intérêts justifie également que le législateur ait articulé le droit de la filiation autour du principe chronologique.

78. L'exemple du conflit de filiations. — Pour éviter les conflits de filiation, le droit issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005 a été articulé autour de certains principes, dont le principe chronologique¹. En vertu de ce principe, une priorité est donnée à la première filiation établie². Ainsi, dès qu'un enfant possède une filiation légalement établie, celle-ci empêche l'établissement direct de toute autre filiation qui la contredirait (art. 320 du C. civ.). Il appartient alors à celui qui revendique une autre filiation d'obtenir au préalable l'annulation de la première³.

Néanmoins, il convient de relever qu'en matière de filiation, le principe chronologique ne permet pas de trancher directement le conflit de paternité ou de maternité ; il empêche seulement la survenance d'un conflit de filiation en assurant à l'enfant une stabilité — précaire — de sa filiation. Ce qui n'est pas le cas en matière de dévolution du nom de famille, où la priorité chronologique joue directement une fonction opératoire dans la résolution des conflits relatifs au choix du nom de l'enfant.

79. L'exemple du désaccord entre parents à propos du choix du nom de famille. — La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille avait introduit la possibilité pour les parents de choisir le nom de famille à transmettre à l'enfant ; soit le nom du père, celui de la mère, ou les deux noms accolés dans l'ordre voulu et dans la limite d'un nom par parents, lorsque ces derniers sont porteurs d'un double nom. L'ancien article 311-21 du Code civil prévoyait qu'en cas de désaccord entre parents, l'enfant porterait le nom du parent qui a établi en premier sa filiation à son égard lorsque les filiations étaient établies successivement, et le

¹ Pour une présentation du nouveau droit de la filiation, voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, J. HAUSER, *Le nouveau droit de la filiation*, D. 2006, chron. p. 17. - F. GRANET-LAMBRECHTS, *La réforme du droit de la filiation*, AJ fam. 2005, p. 424 et s. - J. MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, Défrénois 2006, art. 38324, p. 6 et 209.

Pour une analyse approfondie du principe chronologique en matière de filiation, voir par exemple, G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2008, p. 399 et s.

² Voir par exemple, C. SIFFREIN-BLANC, « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », in, E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Le lien familial, lien obligationnel, lien social*, t. II, PUAM 2014, p. 133 et s., spéc. p. 147.

³ Il est à souligner qu'à titre exceptionnel, il peut arriver qu'une filiation établie postérieurement prévale lorsque, en contradiction avec une reconnaissance prénatale dont il n'a pas connaissance, un officier de l'état civil reçoit une déclaration de naissance du mari de la parturiente ou une reconnaissance d'un tiers. C'est l'hypothèse envisagée à l'article 336-1 du C. civ.

nom du père lorsqu'elles étaient établies simultanément¹. La priorité était alors donnée au parent ayant reconnu l'enfant en premier. La chronologie permettait ainsi de hiérarchiser les droits de chacun des parents à transmettre son nom à l'enfant.

Toutefois, depuis, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, le critère chronologique a été supplanté par le principe d'égalité². Désormais, en cas de désaccord déclaré à l'officier de l'état civil, le législateur a posé comme règle à l'article 311-21 du Code civil, la transmission à l'enfant du nom de ses deux parents dans l'ordre alphabétique ; l'ordre chronologique cédant ainsi la place à l'ordre alphabétique. Toutefois, la priorité chronologique n'a pas complètement disparu en matière de dévolution du nom. En effet, lorsque le désaccord entre parents à propos du choix du nom n'a pas été déclaré à l'officier d'état civil³ et en l'absence de déclaration conjointe de choix du nom, est dévolu à l'enfant le nom du parent qui l'a reconnu en premier lorsque les filiations paternelles et maternelles ont été établies successivement, et le nom du père lorsque les filiations ont été établies simultanément (art. 311-21 du C. civ).

À travers ces exemples, on mesure aisément l'aptitude de la chronologie à participer à une hiérarchisation des intérêts antagonistes. Cependant, cette technique reste peu utilisée dans le traitement des conflits familiaux. À côté du principe chronologique dont l'essence même est d'instituer un classement entre les intérêts en jeu à partir du critère temporel, d'autres techniques, qui *a priori* ne partagent pas une telle vocation, participent de manière indirecte, à la hiérarchisation des intérêts familiaux antagonistes. Tel est par exemple le cas des présomptions légales.

B- LA PRESOMPTION

80. Appréhension du raisonnement présomptif. — D'après l'ancien article 1349 du Code civil,⁴ « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un

¹ Voir par exemple, *Le nouveau nom de famille : dossier*, in, AJ. fam. 2005, p. 44 et s. - J.-P. BOREL, *Aperçu rapide sur le choix et le changement de nom de famille depuis le 1^{er} juillet 2006*, LPA 2012, n° 40, p. 3

² J. MASSIP, *Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille*, Defrénois 2013, n° 13-14, p. 737. - F. ROGUE, *Le nom de famille dans la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe*, LPA 2013, n° 133, p. 44.

³ C'est-à-dire que le désaccord n'a pas été extériorisé par écrit comme le prévoit la loi. Dans ce cas, il reste invisible pour le droit.

⁴ Cet article a été réécrit et renuméroté (nouvel article 1354 du C. civ.) suite à la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016. La nouvelle définition est moins éclairante, car elle n'explique pas, contrairement à l'ancienne les raisons, voire le processus du raisonnement présomptif.

fait connu à un fait inconnu ». Il s'agit donc d'un « jugement que la loi ou l'homme porte sur la vérité d'une chose, par une conséquence d'une autre chose »¹.

La présomption se présente donc comme un mode de raisonnement qui consiste à déduire d'un fait connu, l'existence d'un fait inconnu difficile à établir, mais dont la survenance est rendue probable par le constat du fait connu. Il suffit alors au bénéficiaire d'une présomption de rapporter l'existence du fait connu pour être déchargé de la preuve du fait inconnu — qui sera présumé —². Par exemple, lorsqu'il est établi qu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans qu'on ait eu de nouvelles pendant un temps suffisamment long — dix ans lorsque l'absence a été judiciairement constatée et vingt ans le cas échéant —, il peut être déduit selon toute vraisemblance qu'elle est décédée³.

De ces remarques, il apparaît clairement que les présomptions constituent des remèdes permettant de faire triompher la justice confrontée à des difficultés probatoires⁴. La vérité juridique qu'elles expriment peut être admise à contestation par l'administration d'une preuve contraire — on parle de présomption simple — ou réputée incontestable — on parle de présomption irréfragable —.

À première vue donc, il est difficile de voir dans les présomptions des techniques de hiérarchisation des droits ou intérêts familiaux. Toutefois, il serait erroné d'arrêter l'analyse à cette première impression, car ce serait négliger l'influence que ces règles probatoires ont sur le fond du droit. En effet, en érigeant l'incertain en certain, le probable en réalité, le législateur réalise des choix de politique juridique⁵ qui *in fine* instituent un rapport de préférence entre plusieurs situations familiales ; cela revient, ni plus ni moins, à hiérarchiser des intérêts en matière familiale. Par exemple, la présomption de paternité n'est pas autre chose que le souci du législateur de privilégier l'enfant issu d'un couple marié⁶.

Cette propension des présomptions à réaliser indirectement une hiérarchisation des intérêts familiaux transparaît de certaines dispositions du droit extrapatrimonial de la famille. Les illustrations suivantes permettront de s'en convaincre.

¹ R.-H. POTHIER, *Œuvres de Pothier, Traité et obligation*, par SIFFREIN, Paris, 1821, t. II, p. 254, n° 840.

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° *Présomption*.

³ Art. 122 du C. civ.

⁴ Voir par exemple, C. QUETAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, préf. E. JEULAND, Iris éditions, 2013, p. 15 et s.

⁵ J.-F. CESARO, *Le doute en droit privé*, préf. B. TEYSSIE, éd. Panthéon Assas, 2003, p. 346. — Pour un constat analogue à propos de la présomption de paternité, voir, A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2011, p. 191.

⁶ J. DEVEZE, *Contribution à l'étude de la charge de la preuve en matière civile*, th. dactyl. Toulouse, 1980, p. 494.

81. L'exemple de la présomption « *Pater is est...* ». — L'article 312 du Code civil présume que l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari¹. Cette présomption facilite la preuve du lien de filiation en permettant l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant à partir de la simple preuve de sa naissance ou de sa conception pendant le mariage de sa mère. Mais au-delà de cette simple fonction probatoire², il faudrait remarquer que par cette présomption, le législateur institue une certaine hiérarchie dans les rapports familiaux³, puisqu'il consacre une inégalité entre le mari et un potentiel amant désireux d'assumer la paternité de l'enfant. Par le biais de cette présomption, le rattachement de l'enfant au mari de la mère bénéficie d'une priorité qui permet au juge de situer *a priori* les intérêts de chacun dans un éventuel conflit de paternité. Ainsi, dès que la présomption de paternité joue et que l'acte de naissance indique le mari en qualité de père, la filiation de l'enfant sera établie à l'égard de ce dernier, et ce, même en cas de concurrence entre une reconnaissance prénatale émanant d'un tiers et la présomption de paternité dont bénéficie le mari⁴. Toutefois, puisque cette présomption de paternité n'est pas irréfragable, cet avantage donné au mari ne fixe pas définitivement l'issue de la situation conflictuelle. En effet, il appartiendra ensuite à l'amant désireux d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant de contester celle du mari.

En dehors de la présomption de paternité, il convient de souligner que l'aptitude de certaines présomptions du droit de la famille à constituer des outils de hiérarchisation des intérêts familiaux ressort avec plus de netteté à travers l'analyse des présomptions de volonté.

¹ Voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, *La présomption de paternité*, Dr. fam. 2006, étude 3. - A.-M. LEROYER, *Droit de la famille*, PUF, 2011, p. 191.

Pour une réflexion sur le devenir de cette présomption à l'heure de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, voir, V. BONNET, *Réflexions sur la présomption de paternité du XXI^e siècle dans ses rapports avec le mariage*, D. 2013, p. 107.

² Il y a un débat sur la nature de la présomption de paternité. Certains auteurs y voient une règle probatoire, tandis que d'autres y voyaient une règle de fond. Aujourd'hui, la doctrine semble plutôt favorable à la nature probatoire de la présomption de paternité. Pour une présentation de ce débat doctrinal, voir par exemple, I. FOURNIER-GRUMBACH, *Présomptions et vérité en droit de la filiation*, th. dactyl. Montpellier, 2002, p. 7 et s. - C. CLEMENT, *Présomptions et fictions en droit de la filiation*, th. dactyl. Paris 10, 2006, p. 157 et s. - C. QUETAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, *op. cit.*, p. 222 et s.

³ Sur l'utilisation de la présomption de paternité comme moyen de hiérarchisation des filiations et partant de résolution des conflits de filiation, voir par exemple, FOURNIER-GRUMBACH, *Présomptions et vérité en droit de la filiation*, th. dactyl. Montpellier, 2002, p. 309 et s.

⁴ F. GRANET-LAMBRECHTS, *Filiation : dispositions générales, modes d'établissement de la filiation, restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse*, *J.-Cl. civil*, n° 25. - H. BOSSE-PLATIERE, *Actes de l'état civil*, Rép. droit civil, Dalloz, spéc. n° 149 : «La reconnaissance anténatale de l'amant ne ferait pas échec à la présomption de paternité : il appartiendrait à l'officier de l'état civil d'aviser le procureur de la République afin de trancher ce conflit de filiations (en ce sens, le nouvel art. 336-1 issu de la loi n° 2009-61 du 16 janv. 2009) ».

À noter toutefois que lorsque la présomption de paternité a été écartée, l'existence d'une filiation à l'égard d'un autre homme que le mari fait obstacle à son rétablissement. Il s'agit là d'une application du principe chronologique en matière de filiation (art. 320 du C. civ.).

82. L'exemple des présomptions de volonté. — Il arrive dans certaines situations que le législateur subordonne la satisfaction des intérêts des uns, à un comportement positif ou au consentement des autres. Lorsque ces derniers sont dans l'impossibilité d'exprimer un tel consentement ou d'adopter le comportement attendu, il arrive que le législateur décide de déduire certaines conséquences de cette situation. Par exemple, le législateur a subordonné la réalisation d'expertises biologiques au consentement de la personne. En revanche, lorsque la personne qui devait se soumettre à cette mesure est décédée, le législateur déduit du décès — fait connu —, le refus à prélèvement — fait inconnu —. Il s'agit d'une présomption simple de refus qui peut être surmontée uniquement par la preuve d'un consentement exprès de l'intéressé, manifesté de son vivant. C'est dans ce sens que l'article 16-11 du Code civil, dans son second alinéa, dispose que « (...) *sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreinte génétique ne peut être réalisée après sa mort* ». Par une telle présomption, le législateur établit subrepticement une hiérarchie entre le droit à la connaissance des origines de l'enfant, le droit au respect et au repos des morts dus au prétendu géniteur, voire aussi, le droit au respect de la vie privée de la famille du défunt. Il en ressort qu'en matière d'expertise *post-mortem*, le droit à la connaissance des origines devrait selon le législateur s'effacer devant le droit au repos et au respect dû aux morts, sauf si le défunt avait de son vivant consenti à une telle expertise. À l'inverse, le législateur déduit du décès du présumé géniteur, une présomption d'acceptation de ce dernier à la levée du secret des origines de l'enfant adopté ou pupille de l'État. En effet, il ressort de l'article L. 147-6 du Code de l'action sociale et des familles qu'il doit être fait droit à la demande de levée du secret des origines formulée par les enfants adoptés ou pupilles de l'État auprès du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), lorsqu'il résulte du dossier que les parents de naissance sont décédés sans avoir levé le secret. En d'autres termes, excepté l'hypothèse d'un refus opposé par le parent de naissance de son vivant à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance des origines formulée par l'enfant, le législateur par le truchement d'une présomption d'acceptation, fait primer la logique de l'accès aux origines personnelles sur celle du secret en cas de décès. La question du prélèvement d'organes sur personne décédée illustre également le recours aux présomptions d'acceptation. Ainsi, en matière de prélèvement d'organes, le législateur considère que l'intérêt thérapeutique des patients doit l'emporter sur le respect du cadavre, sauf si le défunt a manifesté de son vivant, son refus aux prélèvements¹.

¹ Article L. 1232-1 du Code de la santé publique.

À côté de ces présomptions de volonté, on retrouve également dans l'arsenal législatif des présomptions d'intérêt et notamment des présomptions de conformité à l'intérêt de l'enfant.

83. L'exemple des présomptions de conformité à l'intérêt de l'enfant. —

Lorsqu'il est question de donner corps à la notion d'intérêt de l'enfant, on sait que « *chaque acteur judiciaire met sa propre culture, sa propre éducation, son propre vécu* »¹. Par conséquent, il est apparu nécessaire au législateur, dans certains domaines, de limiter la subjectivité dans la détermination de cet intérêt. Pour ce faire, il procède par présomption. Autrement dit, la loi présume dans certaines hypothèses ce qui relève ou non de l'intérêt de l'enfant.

C'est ainsi que le législateur présume à l'article 373-2 du Code civil que le maintien de la coparentalité, au-delà de la séparation du couple conjugal, est conforme à l'intérêt de l'enfant. La vérité que le législateur impose est que l'intérêt de l'enfant est de conserver une dynamique relationnelle avec chacun de ses parents en dépit de la rupture du lien conjugal².

De même, face aux vicissitudes de la vie de famille, l'article 371-5 du Code civil pose comme présomption simple de conformité à l'intérêt de l'enfant, l'unité de la fratrie³. On peut également relever qu'en matière d'assistance éducative, le législateur à l'article 375-2 du Code civil pose le maintien du mineur dans son milieu actuel en présomption simple de conformité à son intérêt.

À travers ces présomptions de conformité à l'intérêt de l'enfant, le législateur dresse une hiérarchie entre diverses composantes de cet intérêt. Il offre ainsi au juge des clés de résolution des conflits de sens qui ne manqueront pas de surgir entre les litigants au moment de la concrétisation de ce critère de décision qu'est l'intérêt de l'enfant.

À l'issue de ces développements, il convient de retenir que les présomptions constituent des aides opérationnelles à la prise de décisions. Le traitement que le juge arrête par leur truchement n'est que la transposition de l'arbitrage entre intérêts antagonistes réalisé par le

¹ I. BARRIERE BROUSSE, M. DOUCHY-LOUDOT (dir.), *Les contentieux familiaux*, 2^e éd., LGDJ, 2016, p. 22, n° 24. – Voir aussi, J. RUBELLIN-DEVICHI, *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, JCP, G, 1994, I, 3739, p. 87 et s., spéc. p. 90. – I. THERY, *La référence à l'intérêt de l'enfant dans les procédures de divorce : usage judiciaire et ambiguïtés*, th. dactyl. Paris V, 1983.

² Pour un auteur, l'exercice de l'autorité parentale après la séparation des parents repose sur la fiction d'une famille virtuelle ; pour l'enfant, on fait comme si la séparation du couple conjugal n'a jamais existé. Voir par exemple, J. HAUSER, « Les vicissitudes du couple : une famille virtuelle ? », in, *Famille, éthique et justice. Actes du colloque de Limoges du 17 octobre 2014*, PULIM, 2016, p. 73 et s., spéc. p. 86. – Rapp., F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », RTD Civ. 1995, p. 249 et s.

³ À propos de l'unité de la fratrie, voir par exemple, P. CHARLOT, « La fratrie », RRJ 2001, p. 551 et s. – V. DAVID-BALESTRIERO, « L'unité de la fratrie », in, *Mélanges G. GOUBEUX*, Dalloz, 2009, p. 71 et s.

législateur lui-même. En dehors des présomptions, le recours aux fictions juridiques peut également permettre de hiérarchiser objectivement les intérêts familiaux.

C- LA FICTION

84. Appréhension du raisonnement fictionnel. — Contrairement à la présomption qui repose sur l'idée de probabilité, de vraisemblance en raison de l'incertitude du vrai, la fiction¹ reposerait sur la certitude du faux et s'emploierait à nier la réalité en créant une vérité juridique alternative². Il y a donc fiction, lorsqu'un fait avéré est nié ou bien lorsqu'un fait inexistant est affirmé³. Par la fiction le législateur impose de tenir pour vraie une situation manifestement contraire à la réalité⁴. Ce mensonge juridique est ainsi imposé en vue de faire produire à la situation des effets juridiques autres que celles qui auraient découlé du cours normal des choses. On peut alors pousser une interrogation légitime sur l'intérêt d'un recours à de telles techniques législatives de négation de la réalité.

En guise de réponse, soulignons qu'il est permis de considérer que les fictions juridiques constituent des créations normatives destinées, d'une part, à préserver la cohérence conceptuelle du droit lorsque des solutions nouvelles sont introduites dans le système juridique — on parle de fonction technique des fictions —, et d'autre part, à atteindre une finalité souhaitable en faisant abstraction de certaines réalités qui s'y opposent — on parle de fonction politique des fictions —⁵. Et c'est par le biais de cette fonction politique que les fictions présentent un intérêt en matière de rationalisation du traitement des conflits familiaux.

85. Fiction et hiérarchisation des intérêts familiaux. — En droit extrapatrimonial de la famille, il est permis de considérer le mariage posthume (art. 171 du C.

¹ Pour une définition, voir, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° Fiction. - D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° Fiction.

Pour une étude générale des fictions juridiques, voir par exemple, P. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, th. dactyl. Paris II, 1981. - L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, th. dactyl. Paris, 1914. - A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1995. - G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997. - C. CLEMENT, *Présomptions et fictions en droit de la filiation*, th. dactyl. Paris 10, 2006. - A.-B. CAIRE (dir.), *Les fictions en droit*, UDA-LGDJ, 2015.

² La présomption repose « non pas sur la certitude du faux, ce qui en ferait une fiction, mais sur l'incertitude du vrai ». Y. THOMAS, *Les opérations du droit*, éd. Gallimard, 2011, p. 134.

³ Y. THOMAS, *Les opérations du droit, op. cit.*, p. 17 - R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, LGDJ, 1950, p. 9 et s.

⁴ Les fictions permettent de créer un effet juridique à partir de prémisses non conformes à la réalité. Voir par exemple, P. FORIERS, « Présomptions et fictions », in, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 7 et s., spéc. p. 8

⁵ Sur les fonctions des fictions, voir par exemple, F. ROUVIERE « Critique des fonctions et de la nature des fictions », in, A.-B. CAIRE (dir.), *Les fictions en droit*, UDA-LGDJ, 2015, p. 83, spéc. p. 87 et s.

civ.), l'adoption¹ (art. 343 et s. du C. civ.), la règle de l'« *infans conceptus...* »² (art. 725, 906 et 961 du C. civ.), comme autant de fictions juridiques. Cependant, toutes les fictions juridiques ne sont pas aptes à participer à la hiérarchisation des intérêts familiaux et ne s'en préoccupent d'ailleurs guère. Certaines, comme la règle de l'« *infans conceptus...* » qui permet à l'enfant simplement conçu de faire valoir ses intérêts patrimoniaux³, exacerbent au contraire les tensions familiales par l'introduction dans le cercle familial de nouveaux acteurs dont les intérêts entrent fatalement en concurrence avec ceux des autres membres. D'autres au contraire hiérarchisent les intérêts familiaux en prévision des conséquences juridiques que le mensonge institué entraîne. En effet, par le biais du procédé fictionnel, le législateur ne se contente pas d'affirmer une vérité juridique⁴ contraire à la réalité. Pour assurer une cohérence d'ensemble, il essaie de rendre viable son mensonge en faisant *a priori* un départ entre les intérêts des bénéficiaires de la réalité fictionnelle et les intérêts de ceux qui sont susceptibles d'être lésés par l'élaboration d'une telle fiction. Et, c'est uniquement lorsqu'il s'attèle à cette tâche qu'il est permis de considérer la technique juridique de la fiction comme un moyen éventuel de hiérarchisation des intérêts familiaux.

Ainsi, en permettant la création des liens matrimoniaux par-delà la mort, le législateur pour rendre cette fiction socialement viable⁵ a annihilé les intérêts successoraux du conjoint survivant (art. 171 du C. civ.). De même, en matière d'adoption plénière, en prévoyant que le prononcé d'une telle adoption rompt définitivement les liens avec la famille d'origine (art. 356 du C. civ.), le législateur disqualifie l'intérêt des membres de la famille d'origine relativement à l'enfant adopté.

En fin de compte, même si les fictions n'ont pas pour mission première de hiérarchiser les intérêts familiaux, il convient de souligner que parce qu'elles traduisent souvent des choix de

¹ Pour une analyse approfondie de l'adoption en tant que procédé fictionnel, voir par exemple, C. NEIRINCK, « Les filiations ayant recours à la fiction », in, M. BRUGGEMAN, J. SOLE RESINA (dir.), *Être parents, Ser padres*, PU Toulouse 1, LGDJ, 2017, p. 44 et s.

² Sur la règle *Infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt), voir, H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 1999, p. 327, n° 172. À noter que la règle « *infans conceptus* » qui nous vient du droit romain constitue bien une fiction juridique parce qu'elle permet de déroger au principe d'après lequel la personnalité s'acquiert à la naissance. En effet, pour avoir la personnalité juridique, il faut naître vivant et viable. En considérant que l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt, le législateur permet de considérer comme né un enfant qui n'est que *pars viscerum matris*.

³ À propos du débat doctrinal relatif à l'extension de l'adage *infans conceptus* en matière extrapatrimoniale, voir, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 66 et s.

⁴ Sur la vérité en droit et précisément sur sa création par le droit, voir, V. LASSERRE-KIESOW, « La vérité en droit civil », D. 2010, p. 907.

⁵ Un auteur faisait remarquer à juste titre que « les fictions juridiques ne sont pas des fictions romanesques : elles ne sont soutenables (...) qu'à condition d'être humainement viables ». A. SUPLOT, *L'Esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010, p. 59.

politique familiale, elles délivrent d'utiles renseignements relatifs à l'ordre des intérêts en droit de la famille.

86. En définitive, les techniques de précision et de hiérarchisation, parce qu'elles participent à l'objectivation des traitements, constituent des moyens de domestication de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux.

Pour ce qui est des techniques de précision, relevons qu'elles ont pour but d'éviter les flottements interprétatifs que pourrait engendrer la mise en œuvre de règles de conflit au contenu équivoque¹. Ainsi, la fixation du sens à donner à un critère de décision équivoque ou l'énumération des circonstances et conditions d'application d'une règle de conflit permet au législateur de rendre opérationnelle sa mise en œuvre. Du coup, il libère le juge d'un travail préalable de fixation du cadre d'application de la règle de conflit mobilisable qui peut encourir le reproche de la subjectivité.

De leur côté, les techniques de hiérarchisation, en objectivant le traitement des conflits familiaux, participent à leur prévisibilité. Concrètement, par le biais de ces techniques, le législateur renseigne sur le sens des priorités qu'il a voulu imprimer dans un domaine donné. Le juge chargé de trancher le conflit ne peut être suspecté de faire triompher une vision subjective de l'ordre des intérêts familiaux, puisqu'il se contente de renvoyer à celle proposée, voire imposée par le législateur.

En théorie donc, les techniques substantielles sont des outils dont l'apport en matière de rationalisation du traitement des conflits familiaux est loin d'être négligeable. Cependant, face aux limites de ces techniques, il convient de ne pas surestimer leur capacité à permettre une remise en ordre effective du traitement des conflits familiaux.

SECTION II : LES LIMITES DES TECHNIQUES SUBSTANTIELLES D'OBJECTIVATION DES TRAITEMENTS

87. Les techniques de précision et les techniques de hiérarchisation sont loin d'être des outils suffisants lorsqu'on essaie de mettre en place, à partir des éléments du droit positif, un processus de rationalisation du traitement des conflits familiaux. En effet, une trop grande

¹ On vise par là les règles de conflit d'une consistance lâche et par conséquent équivoques quant à leur sens ou à leur portée.

présence des premières est jugée inadaptée pour la régulation des conflits familiaux (§-1), tandis que les secondes voient leur efficacité contestée par le truchement des droits fondamentaux (§-2).

§-1 : L'INADAPTATION DES TECHNIQUES DE PRECISION

88. Les raisons. — La dimension humaine particulièrement marquée des relations familiales fait que le traitement des conflits familiaux s'accommode mal d'une rigidité excessive de la règle de droit qui laisserait sans réponse la détresse du cas particulier. Cette nécessité d'adaptation aux cas particuliers implique que l'énoncé de la règle ne soit pas totalement fermé. C'est ce qui explique sans doute la discrétion en matière extrapatrimoniale des techniques de définition et d'énumération.

89. Le rôle limité des définitions. — Si les définitions légales ont souvent été présentées comme vecteurs d'ordre, on oublie souvent qu'elles sont aussi ferment de désordre¹. En effet, « *parce qu'elle s'inscrit dans la logique d'un discours fermé, la définition légale peut être un facteur d'imprécision autant que d'exactitude et de clarification* »². En privilégiant un sens parmi d'autres, le législateur peut introduire, par le biais de la définition, une incohérence, une incertitude dans le discours normatif³. Conscient d'un tel risque, il use de cette technique législative avec parcimonie, et lui fait jouer les seconds rôles dans la régulation des conflits familiaux. En effet, il est rare que les notions cardinales du droit de la famille érigées en critère de décision comme l'intérêt de l'enfant, l'intérêt légitime, l'intérêt des époux, le désintérêt, le danger, fassent l'objet d'une définition légale.

D'ailleurs, c'est le propre de ces notions dites indéterminées d'échapper à la fixité ou à la rigidité découlant des définitions. En optant ainsi pour des critères de décision souples en matière de traitement des conflits familiaux⁴, le législateur opère un choix de politique juridique qui consiste à privilégier l'adaptabilité réelle des traitements sur la prévisibilité

¹ L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé, op. cit.*, p. 504 et s.

² V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative : étude sur les Codes civils français et allemand, op. cit.*, p. 162.

³ L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé, op. cit.*, p. 518 et s.

⁴ Un auteur faisait justement remarquer que « les lois récentes sur la famille ont eu délibérément recours au procédé des notions-cadres, volontairement floues, dont le juge est implicitement chargé de définir le contenu. Les plus caractéristiques sont constituées par la référence à l'intérêt de l'enfant, celui des époux ou celui de la famille (...) ». J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », *in, Les notions à contenu variable en droit*, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruylant 1984, p. 77. Voir également, J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in, Les notions à contenu variable en droit, op. cit.*, p. 99 et s. - S. FREMEAUX, *Les notions indéterminées du droit de la famille*, RRJ 1998, n° 3, p. 865 et s.

maximale des solutions¹. On en déduit donc que si en théorie la définition constitue une technique de mise en ordre du droit, sa prolifération dans le cadre du traitement des conflits familiaux est jugée inadaptée par le législateur qui préfère, en la matière, ménager une aire de souplesse au juge².

En d'autres termes, le choix de politique juridique réalisé par le législateur à propos du traitement des conflits familiaux fait que, *de lege lata*, la technique législative de définition a une efficacité limitée et ne peut participer que de manière résiduelle à la rationalisation des solutions.

90. Le rôle limité des énumérations. — L'énumération comme technique législative confronte à l'épineuse question de la liberté du juge à l'égard des listes énumératives³. Lorsqu'il n'existe pas de marqueurs de la portée d'une liste énumérative⁴, une incertitude affleure quant à son caractère limitatif ou indicatif. La doctrine enseigne notamment que pour ne pas ruiner l'efficacité de cette technique de précision, il fallait considérer qu'une liste énumérative est toujours limitative à moins que le législateur ne précise le contraire ; cette même doctrine dresse toutefois le constat suivant lequel, en pratique, le juge s'arroge le pouvoir de décider du caractère limitatif ou indicatif des listes énumératives en l'absence de précision légale⁵. Conscient de ces limites, le législateur se montre réservé en droit de la famille sur l'usage de cette technique législative.

Ainsi, en prenant appui sur l'abandon de la liste des fautes dans le droit du divorce⁶, certains ont pu témoigner d'un « abandon » de la technique de l'énumération en droit de la famille⁷.

¹ L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé, op. cit.*, p. 438.

² On a pu qualifier le droit de la famille de « législation sceptique » pour traduire le choix délibéré du législateur de laisser, à travers l'usage de notions génériques, la possibilité au juge de pouvoir appréhender l'infinie variété et l'immense complexité du phénomène familial. J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, 2^e éd., Defrénois, 1995, p. 175.

³ V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative : étude sur les Codes civils français et allemand, op. cit.*, p. 319 et s.

⁴ À titre d'illustration, l'article 311-1 du Code civil, qui énonce une liste de faits susceptibles de caractériser une possession d'état, souligne que le législateur se contente d'énumérer que « les principaux de ces faits ». On en déduit alors que la liste n'est pas limitative.

⁵ L.-M. SCHMIT, *Les définitions en droit privé, op. cit.*, p. 402 et s. - V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative : étude sur les Codes civils français et allemand, op. cit.*, p. 319 et s. - D'ailleurs le choix de politique législative en faveur d'une adaptation des solutions en la matière, militerait pour un caractère indicatif en cas de doute.

⁶ En effet, des cinq motifs déterminés de divorce pour faute, dont trois facultatifs et deux péremptoires (adultère, condamnation), on est passé à une cause générique principale toujours facultative. Voir par exemple, G. CORNU, *La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, n° 368, p. 551.

⁷ V. LASSERRE-KIESOW, *La technique législative : étude sur les Codes civils français et allemand, op. cit.*, p. 327 et s.

Au lieu de parler d'abandon¹, il semble plus exact de dire que le législateur confine cette technique à un rôle secondaire en matière extrapatrimoniale.

En effet, si l'énumération permet une appréhension concrète d'une pensée abstraite, dans ses manifestations en matière de traitement des conflits familiaux, elle ne fait que réduire l'indétermination dans la compréhension générale de la règle de droit – dans le sens où elle permet d'appréhender l'esprit de la règle en traçant un cadre général –, mais la laisse subsister au stade de sa concrétisation. Ainsi, l'article 375 du Code civil qui fait du danger le critère de l'assistance éducative énumère la santé, la sécurité, la moralité du mineur et précise qu'il y aurait danger lorsque ces éléments risquent d'être compromis. Cette précision permet d'appréhender l'esprit de la règle, mais ne constitue en aucun cas une liste exhaustive des situations de danger. Le danger reste une notion de fait, essentiellement abstraite, souverainement appréciée par les juges². Il appartient aux magistrats de motiver leurs décisions pour la caractériser³. En d'autres termes, la concrétisation de la règle, en dépit de l'existence d'une liste énumérative, ne reste pas moins incertaine.

De même, l'énumération à l'article 373-2-11 du Code civil des éléments que le juge doit prendre en compte, lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, ne laisse pas moins incertaine la concrétisation de cette règle ; ceci à plus forte raison lorsque dans une situation conflictuelle, ces éléments visés se contredisent.

On peut alors affirmer que dans le traitement des conflits familiaux, l'énumération est rarement employée pour mettre fin à une incertitude dans la concrétisation de la règle de droit. On la confine plutôt au rôle d'éclaireur de la pensée ; le but du législateur étant d'éclairer un tant soit peu le juge sans l'embrigader.

Cependant, il convient de souligner que si le législateur lui-même a entendu, dans le cadre du traitement des conflits familiaux, confiner les techniques de précision à un rôle résiduel, les techniques de hiérarchisation étaient quant à elles destinées à constituer des outils efficaces de régulation desdits conflits. Or, on constate en pratique que l'efficacité des techniques de hiérarchisation est sérieusement tempérée par la logique des droits fondamentaux.

¹ L'énumération est loin d'être une technique législative désuète. En plus des exemples précités, on peut rajouter l'article 387-1 du Code civil qui donne une liste limitative d'actes pour lesquelles l'administrateur légal doit obtenir une autorisation préalable du juge des tutelles, et l'article 387-2 du même Code qui donne une liste d'actes interdits même avec une autorisation.

² Voir déjà, Cass. 1^{re} civ., 7 nov. 1973, Bull. civ. I, n° 296 - Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 1976, Bull. civ. I, n° 357

³ Voir par exemple, G. RAYMOND, « Assistance éducative », Rép. civ. Dalloz, n° 18-20.

§-2 : L'EFFICACITE LIMITEE DES TECHNIQUES DE HIERARCHISATION

91. Une efficacité tempérée par les droits fondamentaux. — Contrairement à ce qui fut jadis enseigné, le législateur est loin d'être aujourd'hui un être tout puissant dont les arbitrages ne sauraient être contestés. Sa souveraineté est de plus en plus tempérée à l'aune des droits fondamentaux. Ce qui signifie que les techniques de hiérarchisation des intérêts familiaux, dans lesquelles un espoir légitime d'objectivation du traitement des conflits familiaux a été placé, peuvent voir leur légitimité remise en cause au contact des droits fondamentaux. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme regorge de nombreux exemples d'arbitrages internes clairs retoqués à l'issue d'un contrôle de conventionnalité. Les illustrations suivantes suffiront à établir cette potentialité des droits fondamentaux à mettre en échec la hiérarchie des intérêts familiaux préétablie par le législateur au travers des règles substantielles.

92. L'exemple des présomptions légales relatives à la paternité. — De nombreux systèmes juridiques, à l'instar du nôtre, connaissent en matière de filiation, des présomptions légales permettant l'établissement de la filiation paternelle des enfants¹. À côté de la présomption de paternité fondée sur le mariage, existe également, lorsque la mère n'est pas mariée, une présomption de paternité fondée sur l'existence de relations charnelles pendant la période légale de conception de l'enfant.

L'efficacité de ces présomptions légales en matière de filiation est généralement garantie par l'impossibilité de revenir, après un certain délai, sur la filiation établie par leur biais. Cependant, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme est considérée de nos jours comme l'ultime recours face au refus des ordres juridiques internes de permettre la satisfaction de nombre d'intérêts personnels, elle a fatalement eu à se prononcer sur la compatibilité des présomptions légales avec les droits fondamentaux.

Les circonstances factuelles à l'origine de ces contrôles opérés par la Cour européenne des droits de l'Homme sont souvent similaires. Généralement, dans l'espoir de faire concorder en matière de filiation la réalité biologique avec la réalité juridique, une personne — souvent il s'agit du parent putatif ou de l'enfant lui-même — poursuit l'anéantissement d'un lien de filiation préexistant. Puisque cette filiation préexistante est fondée sur une présomption légale, la demande de l'intéressé se retrouvait systématiquement rejetée par les juridictions internes.

¹ P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4^e éd., Defrénois, 2011, p. 448 et s.

En effet, les systèmes juridiques, qui recourent aux présomptions en matière de filiation, préfèrent donner le primat aux situations familiales découlant du jeu de ces présomptions légales, lorsqu'il est établi qu'elles ont été consolidées dans le temps. En d'autres termes, en matière de filiation, ces législations jugent la « vérité présumée » qui découle des règles juridiques, supérieure à la « vérité scientifique » qui découle de la biologie. Or, de tels choix législatifs qui permettent surtout de sécuriser les situations familiales n'apparaissent plus, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, compatibles avec les droits fondamentaux.

Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour a rappelé qu'une situation dans laquelle il était impossible de faire prévaloir la réalité biologique sur une présomption légale de paternité n'était pas compatible avec l'obligation de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale¹. Toutefois à travers d'autres arrêts², la Cour, loin de renier sa jurisprudence vient préciser que la primauté de la réalité biologique sur les présomptions légales n'est pas systématique. Elle est subordonnée, d'une part, à l'existence d'une preuve rendant certaine la discordance entre la réalité biologique et la réalité sociologique, et, d'autre part, à la convergence des intérêts vers une rectification de la filiation.

La condition de l'existence d'une preuve rendant certaine la discordance entre la réalité biologique et la réalité sociologique se déduit de l'arrêt *Iyilik c. Turquie*³.

Saisie par un mari qui s'était heurté au refus des juridictions étatiques de rouvrir son action en désaveu de paternité qui échoua jadis, faute de certitude sur sa non-paternité, la Cour européenne des droits de l'Homme devait se prononcer sur la conformité aux droits fondamentaux d'une telle situation.

La Cour va estimer que le refus des juridictions internes, d'accueillir la demande de révision de la procédure judiciaire de désaveu de paternité, n'est pas disproportionné. En effet, elle souligne que si le refus de révision revenait à faire prévaloir la présomption de paternité sur la base de laquelle la filiation fut juridiquement établie, sur la réalité biologique, une telle situation ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée du requérant, puisque celui-ci n'était pas en possession d'un test ADN excluant sans l'ombre d'un doute sa paternité. Sa non-paternité n'était que potentielle (voir §-32). *A contrario*, la prévalence de la présomption de paternité sur la réalité biologique aurait été contraire au droit au respect de la vie privée, si

¹ CEDH, 12 janv. 2006, *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02, spéc. §-113 - CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01, spéc. §-45 - CEDH, 27 oct. 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, n° 18535/91, spéc. §-40.

² CEDH, 6 déc. 2011, *Iyilik c. Turquie*, n° 2899/05 - CEDH, 24 août 2010, *I.L.V. c. Roumanie*, n° 4901/04 - CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10.

³ CEDH, 6 déc. 2011, *Iyilik c. Turquie*, précit.

le requérant était déjà en possession d'une preuve attestant qu'il était biologiquement étranger à l'enfant.

Toutefois, cette condition doit être cumulée avec l'existence d'une autre qui réside dans la convergence des intérêts vers une rectification de la filiation¹.

En définitive, en matière de filiation, la Cour condamne fermement, à travers sa jurisprudence, la prévalence dogmatique des présomptions légales sur la réalité biologique. Elle ne tombe pas non plus dans l'extrême inverse qui consisterait à faire primer, en toute situation, la réalité biologique sur les présomptions légales. Elle prône en réalité un équilibre. La réalité biologique doit primer sur les présomptions légales s'il est établi avec certitude l'existence d'une discordance entre la réalité biologique et la réalité sociologique de la filiation, d'une part, et d'autre part, si les intérêts de l'enfant, du parent putatif et des parents légaux convergent vers une rectification de la filiation.

Au regard des difficultés qu'elle peut engendrer, on ne peut qu'être dubitatif à la suite de l'exposé d'une telle jurisprudence.

À titre d'illustration, on peut souligner qu'en raison de la tendance des législations internes à la prohibition de toute remise en cause de la paternité légale en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, l'application de cette jurisprudence risque de soulever quelques difficultés.

En effet, au regard de cette jurisprudence, on doit permettre au donneur de sperme de contester la filiation légale du moment que tous les intérêts convergent vers l'établissement de la filiation biologique, et qu'on détient la preuve que l'enfant est biologiquement étranger au parent légal.

La prohibition étatique ne devrait pas constituer un obstacle au droit à l'établissement de la filiation biologique, à moins que la Cour, mesurant le potentiel subversif de sa jurisprudence, ne décide de l'agrémenter de subtiles retouches dont elle a le secret, mais qui *in fine* la rendront illisible.

Les présomptions légales en matière de filiation ne sont pas les seules techniques substantielles de hiérarchisation des intérêts familiaux susceptibles de voir leur efficacité annihilée au détour d'un contrôle de conventionnalité. Les présomptions de volonté aussi peuvent subir le même sort.

¹ CEDH, 6 déc. 2011, *Iyilik c. Turquie*, précit., spéc. §-32 - CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10, spéc. §-72.

93. L'exemple de la présomption de refus d'expertise biologique *post-mortem*.

— En droit interne, le législateur a établi une hiérarchie entre le droit à connaître son ascendance et le droit au respect des morts. En effet, par le truchement d'une présomption de refus des expertises biologiques *post-mortem*, il fait prévaloir de manière indirecte le droit au respect des morts (art. 16-11 du C. civ). Cependant, au nom des droits fondamentaux, un tel arbitrage a été indirectement remis en cause à travers l'arrêt *Pascaud c. France*¹ dont la solution n'étonna guère les observateurs avertis de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, tant un précédent arrêt avait déjà sanctionné la prééminence dogmatique du droit au respect des morts sur le droit des vivants à connaître leur ascendance².

Dans les faits, un enfant né en 1960 fut reconnu par le nouveau compagnon de sa mère. L'enfant fut légitimé par le mariage unissant sa mère à ce nouveau compagnon. Toutefois, cet homme n'assuma pas socialement son rôle de père. L'enfant connaissant l'identité de son père biologique noua en secret des relations avec lui. Dès lors, il souhaite contester la reconnaissance de paternité du désormais ex-mari de sa mère, pour permettre à son père biologique, qui en émit également le souhait, de le reconnaître. Une expertise judiciaire fut demandée par le juge de la mise en état afin de permettre au tribunal, en connaissance de cause, de retenir ou d'écarter la paternité du père putatif. Gravement malade, le père putatif fut placé sous sauvegarde de justice. Il donna son consentement à la réalisation de l'expertise biologique qui conclut à l'existence d'un lien biologique avec l'enfant. Avant que le tribunal n'ait l'occasion d'examiner la demande d'établissement de la filiation biologique, le père putatif décéda. Ce qui eut pour conséquence procédurale, la radiation de la demande.

Mais l'enfant réitéra sa demande, en assignant cette fois, la commune du lieu de résidence du père putatif en sa qualité de légataire des biens de ce dernier. Le tribunal, prenant compte des

¹ CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19538/08, D. 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; D. 2012, p. 1432, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; AJ fam. 2011, p. 429, obs. F. CHENEDE ; RTD civ. 2011 p. 526, obs. J. HAUSER.

² CEDH, 13 juill. 2006, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, spéc. §-38-41, RTD civ. 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTD civ. 2007, p. 99, obs. J. HAUSER.

Ce que la Cour EDH interdit, c'est la prévalence dogmatique d'un intérêt sur l'autre. Elle ne tombe pas non plus dans l'extrême inverse qui consisterait à affirmer la supériorité de l'intérêt de l'enfant à la vérité biologique. Par exemple, la Cour s'est opposée dans un arrêt à l'exhumation d'un potentiel grand-père aux fins d'expertise réclamée par la potentielle petite-fille qui était convaincue de l'origine adultérine de son père également décédé (CEDH, 5 mai 2009, *Menendez Garcia c. Espagne*, n° 21046/07, RTD civ. 2009, p. 679, obs. J.-P. MARGUENAUD). Dans cet arrêt elle a fait primer la protection des droits de la famille et la sécurité juridique sur l'intérêt dans la connaissance de l'identité de son grand-père. En effet d'après la Cour, « l'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants. En effet, alors qu'il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des ascendants directs, à savoir les parents, son poids en relation avec d'autres intérêts diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté. Il appartient à chaque État de ménager son ordre juridique interne en utilisant la marge d'appréciation dont il dispose pour pondérer les intérêts en conflit dans chaque cas d'espèce ».

résultats de l'expertise biologique réalisée *ante-mortem*, annula la reconnaissance de paternité de l'ancien mari. En revanche, il rejeta la demande d'établissement de la filiation à l'égard du père putatif décédé, car l'action en recherche de paternité n'était plus possible en raison de la forclusion du demandeur. L'enfant interjeta appel.

La Cour d'appel déclara l'action recevable, mais refusa d'établir la filiation à l'égard du père putatif. En effet, elle souligna que l'expertise biologique réalisée du vivant du père putatif ne pouvait être prise en compte, faute de consentement au prélèvement. D'après la Cour d'appel, il apparaît au regard des expertises graphologiques que l'autorisation de prélèvement n'avait pas été signée par le père putatif, qui plus est, faisait l'objet d'une mesure de protection judiciaire.

L'enfant se pourvut en cassation, mais son pourvoi fut déclaré non-admis. Il assigna alors l'État français devant la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation de son droit au respect de la vie privée.

Dans cette affaire, la question de l'expertise biologique *post-mortem* n'était pas le nœud gordien du conflit. Elle va néanmoins rejaillir incidemment au moment du contrôle de conventionnalité de l'article 16-11 du Code civil. En effet, en examinant si les juridictions françaises ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence, la Cour va noter que les modes d'établissement non contentieux de la filiation à l'égard du père putatif tels que la reconnaissance, la possession d'état, n'étaient plus possibles en l'espèce du fait de son décès. Seule une action en recherche de paternité pouvait permettre à l'enfant d'atteindre un tel objectif, à condition que soit prouvée la paternité du père putatif.

Or, en invalidant l'expertise biologique *ante-mortem*, et en subordonnant l'expertise biologique *post-mortem* à l'accord exprès de la personne manifesté de son vivant ou à défaut celle de sa famille, il n'était donc plus possible, en l'espèce, à l'enfant d'arriver à ses fins.

Dressant un tel constat, la Cour relève qu'elle « *a des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique en se fondant sur l'absence de consentement du père putatif (à l'expertise biologique ante-mortem)*¹, alors même que les résultats de l'expertise ADN constituaient une preuve déterminante de l'allégation du requérant (...). C'est d'autant moins admissible que, à son décès, le père putatif n'avait plus aucune famille connue. Elle en conclut que dans les circonstances de l'espèce, il n'a pas été ménagé un juste équilibre entre les intérêts en

¹ Précision que nous rajoutons.

présence (...) et que le requérant a subi une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée »¹.

Ce qui revient à retenir implicitement qu'aux yeux de la Cour, le repos des morts ne peut justifier, lorsqu'il n'existe plus aucune possibilité de connaître son ascendance, que soit fait obstacle à la réalisation d'expertises *post-mortem*. Faisant le même constat, un auteur soulignait à juste titre que « *la découverte de l'ADN a mis fin au repos éternel. Pour ceux qui souhaitent reposer en paix, il ne reste que la crémation* »².

En définitive, il convient de souligner que les techniques législatives de hiérarchisation, parce qu'elles sont susceptibles d'être annihilées par le truchement d'un contrôle de conventionnalité, ne peuvent pas être considérés comme des outils sûrs de maîtrise de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux.

¹ CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, spéc. §-68 ; JCP (G) 2011, act. 797, obs. L. MILANO

² C. NEIRINCK, Dr. fam. 2015, comm. 9.

CONCLUSION DU CHAPITRE

94. *De lege lata*, il existe dans l'arsenal juridique des mécanismes qui, en agissant sur le fond du droit, participent à l'objectivation du traitement des conflits familiaux. Pour ce faire, ces mécanismes opèrent soit par précision du contenu normatif, soit par hiérarchisation des intérêts familiaux.

Les mécanismes de précision tout d'abord ont pour finalité la prévention des flottements interprétatifs au moment de la concrétisation de la règle de droit ; ces mécanismes œuvrent à la précision du discours normatif. Leur intérêt en matière de prévisibilité des traitements peut être ainsi théorisé : sachant que les solutions aux conflits familiaux sont arrêtées par application d'une règle de droit, si cette dernière ne souffre d'aucune incertitude quant à son sens, on réduit par effet mécanique l'incertitude des traitements.

Les mécanismes de hiérarchisation ensuite ont pour finalité l'ordonnancement des intérêts familiaux. Dès lors, il suffirait en cas de conflit de se référer à la hiérarchie entre intérêts familiaux préétablie par le législateur pour connaître la solution au conflit.

Cependant, les limites de ces mécanismes nous ont conduits à relativiser leur intérêt dans la régulation des conflits familiaux.

Tout d'abord, il est apparu que le recours aux mécanismes de précision n'était pas toujours opportun. En effet, il a été établi que si le recours aux mécanismes de précision permettait de tendre vers plus de prévisibilité et partant de sécurité juridique dans le traitement des conflits familiaux, la réalisation d'un tel objectif se faisait au détriment du besoin d'adaptabilité des traitements, qui ne doit pas être négligé dans la régulation de conflits à la dimension humaine aussi marquée que les conflits familiaux.

Ensuite, il est apparu que le recours aux mécanismes de hiérarchisation ne permettait pas toujours d'atteindre une prévisibilité des solutions. En effet, il a été démontré qu'il est possible à l'une des parties au conflit de remettre en cause la hiérarchie substantielle des intérêts familiaux qui découle de ces mécanismes, grâce à une instrumentalisation des droits fondamentaux.

En définitive, il convient de retenir que les mécanismes envisagés ne permettent pas toujours une remise en ordre du traitement des conflits familiaux.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

95. Il est possible d'atteindre en matière familiale une prévisibilité des traitements, en se référant à l'ordre des intérêts familiaux qui apparaît en filigrane du discours normatif.

Tout d'abord, il ressort du droit processuel que le législateur, par le biais des fins de non-recevoir applicables à la matière familiale, vient ordonner les intérêts familiaux. Il suffit alors de se référer à cette hiérarchie processuelle pour trancher le conflit sans examen du bien-fondé des prétentions d'une partie.

Ensuite, il ressort du droit substantiel que le législateur, en précisant le discours normatif – par le biais des définitions et énumérations législatives – ou en affichant sa préférence à l'endroit de certains porteurs d'intérêts – par le biais de la chronologie, de présomptions et fictions –, vient ordonner les intérêts familiaux.

Par conséquent, il suffirait, pour réduire l'incertitude des solutions, de trancher le conflit familial en référence à la hiérarchie processuelle ou substantielle des intérêts que le législateur a pris le soin de déterminer.

La proposition aussi séduisante soit elle, présente toutefois des limites. En effet, en raison de l'engagement du législateur à garantir l'effectivité des droits fondamentaux, la hiérarchie processuelle ou substantielle des intérêts familiaux que le législateur prend le soin de fixer, doit être compatible avec le respect de ces droits fondamentaux pour prétendre réguler les rapports familiaux. Dans l'abstrait, la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que les techniques juridiques permettant d'établir une hiérarchie entre les intérêts familiaux étaient compatibles avec les droits fondamentaux, en raison des objectifs qu'elles poursuivent. Cependant, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme ne se prononce pas sur une compatibilité théorique des règles internes avec la Convention, il arrive très souvent qu'à travers un examen de la proportionnalité de l'intérêt défavorisé, elle retienne, dans une espèce particulière, l'inconventionnalité de la hiérarchie fixée en droit interne.

En réintroduisant ainsi à travers le contrôle de proportionnalité un pouvoir judiciaire d'adaptation matérielle des arbitrages entre intérêts familiaux réalisés par les normes internes, on s'aperçoit à nouveau la prévisibilité des solutions.

En définitive, il convient de retenir que les techniques processuelles et substantielles envisagées ne constituent pas toujours des remèdes efficaces, à l'incertitude des traitements

juridictionnels des conflits familiaux. Face à un traitement juridictionnel incertain, les parties en quête de visibilité n'auront-elles pas intérêt à explorer la voie conventionnelle pour le traitement de leur conflit ?

TITRE II : LE RECOURS A LA REGULATION CONVENTIONNELLE DES CONFLITS

96. L'incitation à la gestion consensuelle. – Responsabiliser chacun dans la résolution de ses propres conflits afin de tendre vers une justice apaisée¹ : tel pourrait être résumé l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il incite de plus en plus les litigants à recourir, en matière familiale ou dans d'autres domaines, aux modes consensuels de gestion des conflits.

D'ailleurs, il convient de souligner qu'au cours de ces dernières années, le fait que de nombreux rapports issus de réflexions sur la justice civile au XXI^e siècle aient tous insisté sur la nécessité de développer les modes amiables de résolution des différends dans toutes les branches du droit, y compris dans les relations de famille², n'est pas étranger à cette volonté actuelle du législateur de promouvoir ces modes consensuels de gestion des conflits³.

¹ Pour un exposé des différents avantages inhérents au recours aux modes consensuels de gestion des conflits, voir par exemple, N. FRICERO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER, G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2014, Livre 0.

² Voir par exemple, C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, Sénat, rapport d'information n° 404, 26 févr. 2014. - M. JUSTON, S. GARGOULLAUD, *Médiation familiale et contrat de co-parentalité*, avr. 2014. - D. MARSHALL, *Les juridictions du XXI^e siècle (...)*, déc. 2013 - P. DELMAS-GOYON, *Le juge au XXI^e siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, La documentation française, 2013. - J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice : la médiation, une autre voie ?*, La documentation française, 2008. - S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008. - J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de justice*, La documentation française, 2010. - J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des Sceaux*, La documentation française, 1997. - Conseil d'État, *Régler autrement les conflits*, La documentation française, 1993.

³ D'ailleurs, le législateur s'évertue à impulser une révolution culturelle qui consiste - sauf en cas d'urgence ou lorsque l'ordre public est en jeu - à ne plus voir dans les tribunaux la voie naturelle de résolution d'un conflit, mais un ultime recours en cas d'échec de la voie consensuelle. Ainsi, suite à un décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, il est imposé aux parties de prouver, avant toute assignation en justice (art. 56 du CPC) ou requête (art. 58 du CPC) l'existence de diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. Toutefois, il convient de préciser que ces textes rendent obligatoire la « tentative de résolution amiable des différends » et non le recours effectif à un mode amiable de résolution des différends. Par exemple, il suffit qu'une partie propose à l'autre un règlement consensuel de leur différend par lettre recommandée avec accusé de réception et l'informe qu'en cas de refus il ira au contentieux, pour qu'on retienne la tentative de résolution amiable. La sanction en cas de saisine du juge sans tentative de résolution amiable est prévue par l'article 127 du CPC qui dispose que « s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ».

Face à une obligation limitée aux tentatives et à une sanction loin d'être dissuasive, on a pu dire que la révolution culturelle souhaitée par le législateur n'est pas pour maintenant (E. MARTIN-HOCQUENGHEM, « L'obligation de tenter une résolution amiable du litige préalablement à l'exercice d'une action en justice contentieuse : un encombrant tigre de papier », LPA 2015, n° 129, p. 5 et s. - N. FRICERO, « Obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine d'un juge », Revue Procédures 2015, n° 5, p. 14 et s.). Toutefois, il convient de

Dorénavant, le législateur prend même le soin de fixer au minimum un embryon de régime juridique aux différents modes consensuels de gestion des conflits. C'est le cas de l'arbitrage (art. 2059 et s. du C. civ.), de la convention de procédure participative (art. 2062 et s. du C. civ. et art. 1542 et s. du CPC), de la conciliation et de la médiation conventionnelles (art. 1530 et s. du CPC).

Pour promouvoir ces modes consensuels de gestion des conflits¹, le droit n'hésite pas à reconnaître la validité des clauses de règlement amiables — à condition que la renonciation temporaire des parties à leur droit à saisir le juge soit non-équivoque² —, incite en cas de survenance d'un litige à recourir aux modes consensuels de gestion, et a même pu imposer à titre expérimental le recours à la médiation familiale pour les litiges parentaux³.

Face à ce phénomène d'incitation à la gestion consensuelle s'insérant lui-même dans un mouvement général de contractualisation qui promeut, en droit des personnes et de la famille⁴, la recherche de la solution la plus adéquate et personnalisée au différend par les parties elles-

souligner qu'un pas supplémentaire vers cette révolution culturelle tant souhaitée a été franchi avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 qui à son article 4 impose désormais, pour tous les litiges inférieurs à 4000 euros qu'une saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe ne soit possible qu'après une tentative de conciliation. La sanction à l'absence de conciliation préalable est cette fois-ci dissuasive puisqu'il s'agit pour le juge de prononcer d'office l'irrecevabilité de la demande.

¹ Comme le souligne un auteur, l'objectif du législateur français à l'époque contemporaine est d'inciter les sujets de droit à abandonner le recours systématique au juge dans la gestion de leurs différends. M. BRUGGEMAN, « Crise(s) de la famille : prévention et gestion par le droit », in, J. LARRIEU (dir.) *Crise(s) et Droit*, LGDJ, 2012, p. 123 et s.

² Pour assurer l'efficacité de ces clauses, la Cour de cassation reconnaît que leur non-respect constitue une fin de non-recevoir. Voir par exemple : Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et 00-19.424 - Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16.001 - Cass. 2^e civ., 9 nov. 2006, n° 05-19.443 - Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007, n° 06-13.366. - Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2014 p. 1044 et 2541, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2014 p. 655, obs. H. BARBIER, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO. - Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014 p. 2004, et 2541, obs. T. CLAY, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO. - Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO.

Pour un point de vue doctrinal sur la question, voir par exemple : P. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », in, *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, p. 115 et s. - D. VIDAL, « L'actualité des clauses encadrant la réalisation du risque », *Journal des sociétés* 2013, n° 105, p. 48 et s. - X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Revue de l'arbitrage* 2000, n° 3, p. 377 et s. - C. CORDIER-VASSEUR, C. CASSAVETTI, « Clauses de règlement amiable : gare à l'insécurité juridique ! », *JCP (G)* 2012, n° 11, p. 343 et s.

³ Se référer à l'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Voir aussi, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? » *Dr. fam.* 2012, n° 5, étude 12, spéc. §-15 et s.

De manière générale, « la médiation, la négociation, et plus généralement tous les modes alternatifs de règlement des conflits, sont à la mode et s'imposent devant les juridictions qui en font, de plus en plus, des passages procéduraux obligés ». B. DE BELVAL, « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* 2012, n° 129, p. 11 et s.

⁴ À propos de la contractualisation du droit de la famille, voir, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001. - S. MORACCHINI-ZEIDENBERG, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD Civ.* 2016, p. 773 et s. - S. AMRANI-MEKKI, « La liberté contractuelle en droit processuel de la famille », *Gaz. Pal.* 11 avril 2017, n° Hors-série, p. 4 et s.

Pour une vue générale sur le mouvement de contractualisation à l'œuvre dans notre société, voir, S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007 - S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007.

mêmes, il est légitime de retenir que la mobilisation des modes consensuels de gestion des conflits peut constituer un remède à l'incertitude dont est empreint le traitement juridictionnel des conflits familiaux. D'ailleurs, le législateur y croit, car derrière l'incitation à la gestion consensuelle des conflits se profile — entre autres raisons¹ — une volonté de réconcilier les parties avec un traitement des conflits souvent qualifié de complexe, d'imprévisible, voire d'incohérent.

Cependant, relevons que l'observation du droit positif peut laisser dubitatif quant à l'aptitude de la gestion consensuelle à participer à la rationalisation du traitement des conflits en droit extrapatrimonial de la famille. En effet, la gestion consensuelle est souvent limitée aux domaines qui ne sont pas d'ordre public ou aux domaines dans lesquels les parties ont la libre disposition de leurs droits. Or, le droit extrapatrimonial de la famille est traditionnellement considéré comme empreint d'ordre public. Par conséquent, les traitements négociés devraient être exceptionnels en la matière. Dès lors, l'idée d'assurer par le truchement de la gestion consensuelle une prévisibilité des traitements serait irréaliste en matière extrapatrimoniale, à moins de démontrer qu'en réalité, l'impression première de « non-négociabilité » de cette matière ne résiste pas à une analyse approfondie du droit positif.

S'inscrivant dans cette démarche, il sera question dans un premier temps de s'assurer de la possibilité d'une régulation conventionnelle des conflits en droit extrapatrimonial de la famille (Chapitre I), puis dans un second temps, d'évaluer l'opportunité d'un recours à la gestion conventionnelle comme moyen de restauration de la prévisibilité du traitement des conflits familiaux (Chapitre II).

¹ On pense par exemple à la volonté de désengorger les tribunaux et de réaliser des économies.

CHAPITRE I : LA POSSIBILITE D'UNE REGULATION CONVENTIONNELLE DES CONFLITS EN DROIT EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE

« Le droit est une photo de la réalité, un révélateur de ce qui se passe dans la société. Nous sommes en train de passer d'un droit familial standard, prescriptif à un droit construit par les personnes »¹.

97. Les modes conventionnels de gestion des conflits visent à faire des litigants des acteurs de la résolution de leur différend. Disposant ainsi d'un pouvoir de décision, ils font échapper le traitement du conflit à l'incertitude inhérente aux régulations juridictionnelles. En effet, face à des conflits familiaux qu'on peine à réguler de façon prévisible, la gestion consensuelle peut utilement être envisagée comme un remède à l'incertitude, s'il est permis aux parties d'ordonner elles-mêmes les différents intérêts en jeu.

Cependant, contrairement à d'autres matières, le droit de la famille reste marqué par un ordre public fort surtout en matière extrapatrimoniale. Ce qui oblige, avant d'envisager la gestion consensuelle comme remède à l'incertitude des traitements en droit extrapatrimonial de la famille, à vérifier que les parties disposent bien de la faculté d'ordonner les intérêts antagonistes.

En se lançant dans une telle entreprise, on constate que la faculté d'ordonner conventionnellement les intérêts dépend de l'objet des négociations (Section I) et du moment de la négociation (Section II).

SECTION I : UNE POSSIBILITE DEFINIE *RATIONE MATERIAE*

98. Les parties ne peuvent procéder elles-mêmes à l'ordonnancement de leurs intérêts que s'ils sont disponibles. La disponibilité, critère spécifique de délimitation du champ de la gestion consensuelle, est elle-même déterminée en référence à la notion d'ordre

¹ P. NOREAU, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté à la recherche de soi », Les cahiers du droit, 4 sept. 2011, p. 687.

public¹ ; ce qui revient à dire qu'est indisponible ce qui est d'ordre public². Par conséquent, l'ordre public constitue en principe le critère d'exclusion de la régulation conventionnelle des conflits (§-1). Néanmoins, ce critère d'exclusion souffre de tempéraments en matière familiale (§-2).

§-1 : LE PRINCIPE D'EXCLUSION DES MATIÈRES D'ORDRE PUBLIC

99. En matière de traitement des conflits familiaux, le domaine d'application de la gestion consensuelle se trouve circonscrit de manière générale par l'article 6 du Code civil — qui dispose qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Même si l'ordre public fait partie des notions difficiles à définir³, on s'accorde généralement sur le fait qu'il s'agit d'une limite posée à la volonté individuelle au nom de la protection de valeurs indispensables à la bonne marche de la société⁴. On s'accorde également sur le fait que l'ordre public se subdivise en ordre public de direction et en ordre public de protection⁵.

¹ B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996, p. 57.

En droit de la famille, la ligne de démarcation classique entre le disponible et l'indisponible consiste à présenter la matière patrimoniale comme disponible et la matière extrapatrimoniale comme étant indisponible en raison du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. À cet effet, les questions relatives à la filiation, à l'autorité parentale, au divorce, à la capacité devraient échapper aux conventions.

² M.-E. ANCEL et *alii*, *Le Lamy du contrat*, n° 236-121.

³ À propos de l'ordre public, le professeur MALAURIE relevait dans sa thèse de doctorat que « nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert. (...) » P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1954, spéc. p. 3, n° 1. Voir aussi, P. MALAURIE, « Rapport de synthèse », in, T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 105. - J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz, V^o Ordre public et bonnes mœurs*, n° 1.

⁴ Voir par exemple, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14^e éd., Sirey, 2014, p. 340, n° 861 « L'ordre public, d'une façon très schématique, représente tout ce qui est nécessaire à la bonne marche de la société protégée par l'État contre les initiatives personnelles des individus ». Voir aussi, J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, PUF, 1994, p. 127 « L'ordre public exprime le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrat. C'est, a-t-on dit encore, un mécanisme par lequel l'État réprime les conventions particulières qui porteraient atteinte à ses intérêts essentiels ».

⁵ Même si l'idée de cette catégorisation était latente dans des réflexions doctrinales plus anciennes (G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in, *Mélanges J. FLOUR*, Defrénois, 1978, p. 95), on attribue la paternité de la distinction ordre public de protection et de direction au doyen CARBONNIER (J. CARBONNIER, *Droit civil, t. IV, Les obligations*, PUF, 1955, n° 3. Voir aussi les éditions postérieures qui ont peaufiné la distinction). La distinction a ensuite été reprise par de nombreux auteurs qui lui ont assurée son succès actuel (voir par exemple, J. GHESTIN (dir.) *Traité de droit civil, Les obligations, t. 2, La formation du contrat*, LGDJ, 2013, n° 2165 et s. - J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », in, T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 33 s. - F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, n° 383 et s.).

L'ordre public de direction vise la défense des intérêts publics, c'est-à-dire des valeurs qui importent à la collectivité dans son ensemble, puisque c'est sur elles que repose l'ordre économique ou moral de la société. En revanche, l'ordre public de protection vise la défense des intérêts privés, c'est-à-dire des valeurs chères à un groupe particulier de citoyens qui en raison de la situation de faiblesse dans laquelle ils se trouvent, sont incapables d'en assurer efficacement la défense, justifiant ainsi une intervention de l'État¹.

Transposant au droit de la famille cette subdivision de l'ordre public, il est proposé de considérer que l'ordre public de direction en droit de la famille tend à la préservation de la structure des rapports familiaux telle qu'elle a été conçue par le législateur, et que l'ordre public de protection en revanche vise à protéger dans le cadre du fonctionnement de la cellule familiale, les intérêts particuliers de certains membres de la famille.

En approfondissant l'analyse, on retient qu'en droit de la famille, l'ordre public de direction serait en réalité un ordre public structurel qui aurait pour fonction d'imposer un cadre au phénomène familial, parce que les structures familiales participent à la structuration sociale.

En effet, comme l'avait si bien affirmé PORTALIS, « (...) *c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande* »². Il est donc indispensable que soit soustrait du jeu des volontés individuelles, tout ce qui touche au cadre général tracé par le législateur et dans lequel va s'organiser la vie de la cellule familiale.

En d'autres termes, le moule qui dans l'abstrait est pensé pour formater selon les mots de PORTALIS, « *des bons enfants, des bons maris, des bons pères qui feront de bons citoyens* »³, ne peut, dans l'intérêt de la société, être déconstruit par le jeu des volontés individuelles. L'ordre public de direction permet ainsi d'éviter la remise en cause des options fondamentales qui structurent notre droit de la famille.

Par conséquent, on peut considérer comme d'ordre public de direction, les règles de rattachement d'un enfant à une lignée et, de façon générale, les règles gouvernant l'accès et le fonctionnement des institutions familiales. Ce qui justifie par exemple dans le cadre du mariage, le caractère d'ordre public de la règle prohibant la bigamie, ou le caractère d'ordre public des devoirs issus du mariage (art. 1388 du C. civ). Ce qui justifie aussi en matière de

¹ Toutefois, il faut souligner que cette distinction entre ordre public de direction et de protection aussi séduisante soit-elle en théorie, n'est pas toujours facile à mettre en œuvre en pratique (Sur les limites de cette distinction entre ordre public de direction et de protection, voir par exemple, J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Ordre public et bonnes mœurs*, n° 2 et n° 40-43.). En effet, la distinction intérêts publics et privés n'est pas aussi tranchée qu'on pourrait le croire puisqu'il peut arriver qu'en protégeant des intérêts privés, le législateur ait eu aussi à cœur la défense d'un intérêt public comme la stabilité des rapports juridiques ou la paix sociale.

² J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil » in, P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Paris, 1836, p. 522.

³ J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *op. cit.*

filiation, le caractère d'ordre public de la règle interdisant qu'une action en recherche de paternité soit dirigée contre un tiers donneur dans le cadre d'une procréation médicalement assistée exogène (art. 311-19 du C. civ.).

En revanche, l'ordre public de protection serait un ordre public fonctionnel qui au nom de la protection des intérêts d'un membre de la famille susceptible de se trouver en situation de faiblesse, imposerait aux individus une limite à la liberté d'organisation de la vie concrète de la cellule familiale. En d'autres termes, n'est pas en jeu « *ce qui fait famille* »¹ c'est-à-dire nos options fondamentales en matière familiale, mais l'organisation pratique des relations familiales. Ainsi, la protection des intérêts de l'enfant justifie que le législateur interdise, la renonciation aux actions relatives à la filiation (art. 323 du C. civ.), la renonciation ou la cession conventionnelle de l'autorité parentale (art. 376 du C. civ.), la dérogation conventionnelle aux règles relatives à l'autorité parentale (art. 1388 C. civ.). L'intérêt de l'enfant et des parents justifient aussi l'égalité des droits parentaux. De même, on peut relever que l'intérêt des tiers et l'intérêt de la famille justifient que soit imposée une solidarité légale entre époux en matière de dettes ménagères (art. 220 du C. civ.). Enfin, on peut souligner que c'est cette idée de protection des intérêts d'une partie dont la situation ferait présumer un état de faiblesse, qui justifie que le législateur, à l'article 373-2-10 du Code civil, ait interdit le recours à la médiation familiale en cas de violences conjugales, commises par l'un des parents sur l'autre parent ou sur l'enfant². Comme le souligne à juste titre un auteur, « *ce type de violences passe nécessairement par la domination de l'autre, sa négation et le refus de sa singularité. La médiation risque d'enfermer la victime dans une culpabilisation plus profonde et le mal-être d'une confrontation avec un agresseur dont la manipulation est usuelle et dont la personnalité perverse essaie de se dissimuler aux tiers* »³.

¹ P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4^e éd., Defrénois, 2011, p. 12, n° 17.

² En plus de l'hypothèse des violences conjugales, un auteur (M. JUSTON, « Justice et médiation familiale », *Gaz. Pal.* 28 oct. 2008, n° 302, p. 3 et s.) a proposé d'exclure la médiation familiale, sauf exceptions, dans les cas où, « l'une (ou les deux) des parties est traitée pour des problèmes psychiatriques ou des problèmes de dépendance à la drogue ou à l'alcool ». Ce qui tend à prouver, si besoin est, que la protection des intérêts de la partie réputée la plus faible constitue la *ratio legis* de cette interdiction. Dans le même ordre d'idées, l'article 249-4 du Code civil interdit à tout majeur soumis à une procédure de protection juridique de recourir à la procédure du divorce par consentement mutuel ou à celle du divorce par acceptation du principe de la rupture.

³ M. DOUCHY-LOUDOT, « De quelques aspects sur les liens de famille dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI siècle », *JCP (G)* 2016, n° 48, p. 1268. – Pour une analyse beaucoup plus nuancée et qui invite à considérer la médiation familiale comme opportune en présence de certains conflits familiaux, voir, M. JUSTON, « Violences conjugales et affaires familiales », *AJ fam.* 2014, p. 489 et s.

En définitive, un ordre public se maintient incontestablement en matière familiale même si on reconnaît volontiers qu'il a muté¹ dans le sens où on a assisté à un retrait de l'ordre public de direction au profit d'une expansion de l'ordre public de protection². Aussi, perçoit-on sans difficulté que l'ordre public est plus prégnant en droit extrapatrimonial de la famille, puisque dans ce domaine, en plus de protéger l'individu dans le cadre de ses relations de famille, on touche surtout aux structures mêmes de notre droit de la famille, à « ce qui fait famille ». Par conséquent, l'ordonnement conventionnel des intérêts familiaux serait impossible, parce que la matière est d'ordre public. Cependant, il convient de souligner que ce principe connaît en matière familiale des exceptions et que l'ordonnement conventionnel des intérêts y reste possible.

§-2 : LES TEMPERAMENTS A L'EXCLUSION DES MATIERES D'ORDRE PUBLIC

100. Il s'infère de certaines dispositions du droit positif que la matière extrapatrimoniale n'est pas imperméable à l'ordonnement conventionnel des intérêts. En effet, il ressort des articles 252 du Code civil et 1071 du Code de procédure civile que cet ordonnancement est possible devant le juge conciliateur. Il ressort également de l'article 2067 du Code civil que cet ordonnancement, s'il est formalisé par une convention de procédure participative, peut se dérouler en matière de divorce ou de séparation de corps. S'intéressant à la *ratio legis* de ces tempéraments, il est permis de ne plus voir dans l'ordre public, un obstacle absolu à la gestion consensuelle des conflits familiaux.

101. L'ordre public, un obstacle non dirimant à la gestion consensuelle. — L'idée serait de reprendre la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection pour faire uniquement de la présence du premier, un obstacle absolu à la gestion

¹ Sur les causes de cette mutation, voir par exemple, J.-L. RENCHON, « Les causes des mutations de l'ordre public », *Dr. fam.* 2015, dossier 46.

² Des auteurs parlent « d'autonomisation » de l'ordre public en droit des personnes et de la famille, puisque l'ordre public en la matière tend vers la protection de la liberté, de la dignité, de l'égalité, de l'intégrité, de l'état des personnes, des relations familiales (J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz, V° Ordre public et bonnes mœurs*, n° 87). Voir aussi, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz, V° Famille*, n° 330.

Pour d'autres analyses de l'ordre public en droit de la famille, voir par exemple, A. BENABENT « L'ordre public en droit de la famille », in, T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 27 et s. - C. ROPERS, « Reste-t-il un ordre public familial », in, C. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, PUR, 2004, p. 89 et s. - C. DUARD-BERTON, *L'ordre public dans le droit de la famille*, th. dactyl. Paris 2, 2004. - F. CADET, *L'ordre public en droit international de la famille*, L'harmattan, 2005. - H. HAMADI, *Recherches sur l'ordre public familial*, th. dactyl. Toulon, 2008.

consensuelle des conflits familiaux. Même si la distinction entre la protection et la direction n'est pas aisée à réaliser¹ surtout dans une « *matière familiale engluant naturellement les deux dans un mélange souvent inextricable* »², elle n'en est pas moins réalisable. Pour ce faire, il convient de reprendre la distinction ordre public structurel et ordre public fonctionnel proposée au tout début de nos développements relatifs à l'ordre public.

Rappelons, d'une part, qu'on serait en présence d'un ordre public structurel lorsque le litige serait relatif au cadre familial dans lequel le législateur entend enserrer le phénomène familial ; cela renvoie à trois types de règles :

Tout d'abord, renvoient à l'ordre public structurel, les interdits fondateurs c'est-à-dire les règles prohibitives à partir desquelles le législateur entend réaliser des options fondamentales traduisant sa vision du phénomène familial. La prohibition de l'inceste, l'interdiction de la bigamie, l'interdiction de la gestation pour autrui constituent autant d'illustrations des interdits fondateurs sur lesquels repose notre représentation de la famille³.

Ensuite, renvoient à l'ordre public structurel, les règles relatives à l'accès aux institutions familiales⁴ et de façon plus générale, les règles gouvernant la création d'un rapport de famille. Dès lors, il est impossible de recourir à la gestion consensuelle lorsque le conflit porte sur la formation du lien de famille, que ce soit en matière d'alliance ou de parenté ; c'est l'idée d'adhésion à un statut préétabli qui justifie cette impossibilité de recourir à la gestion consensuelle lorsqu'il est question de formation des rapports familiaux⁵. En clair, il est interdit aux particuliers de créer leurs rapports de famille dans des conditions différentes de celles prévues par la loi.

Enfin, concernent également l'ordre public structurel, les règles qui, sans être relatives à l'accès aux institutions familiales, participent de leur singularité⁶. En d'autres termes, en occultant ces règles, l'institution serait dénaturée dans le sens où l'objectif ayant présidé à sa conception ne pourrait être atteint. Ainsi, à travers le mariage et la parenté, le législateur a principalement entendu enserrer les individus dans un ensemble complexe de droits et de

¹ J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz, V° Ordre public et bonnes mœurs*, n° 2 et n° 40-43.

² J. HAUSER, « Les limites d'ordre public », *AJ fam.* 2011, p. 292. L'auteur envisage la possibilité des conventions en présence d'un ordre public de protection, mais reste dubitatif quant aux potentiels de son idée en raison de la difficulté qu'il y a à isoler l'ordre public de protection de l'ordre public de direction.

³ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD Civ.* 1995, p. 249 et s.

⁴ H. HAMADI, *Recherches sur l'ordre public familial*, th. dactyl. Toulon, 2008, p. 50 et s.

⁵ V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010, p. 107, n° 157.

⁶ Sur la singularité du mariage comme institution familiale, voir par exemple, B. De BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, 2012.

devoirs au rang desquels on retrouve la dévolution successorale, l'obligation alimentaire, le devoir de secours, l'obligation d'entretien, l'autorité parentale, l'exclusivité des relations sexuelles. Pour faire simple, lorsque le conflit touche à l'essence même de l'institution familiale, la gestion consensuelle doit être écartée, parce qu'on serait en présence d'un ordre public structurel.

Rappelons, d'autre part, qu'on serait en présence d'un ordre public fonctionnel lorsqu'on est confronté à des règles impératives ne relevant pas d'un ordre public structurel. Cette définition négative serait, à notre sens, la meilleure manière de délimiter l'ordre public fonctionnel. Certes, on avait précédemment retenu l'organisation concrète des rapports familiaux comme critère, mais en réalité, ce critère serait trop étroit, puisque l'ordre public fonctionnel se rencontre également lorsque la famille n'existe plus ; tel est le cas par exemple en matière de divorce, du moins des cas de divorce autres que le divorce par consentement mutuel conventionnel, où les droits des parties demeurent indisponibles. Toutefois, si on persévère dans l'entreprise d'une définition positive de l'ordre public fonctionnel, il serait plus juste de retenir qu'il s'agit de règles placées au-dessus de la volonté des parties et qui sont relatives non pas à l'existence des rapports de famille, mais à l'organisation des rapports de famille passés, présents ou à venir. Cette définition permet, d'un côté, d'appréhender l'organisation de la vie de la cellule familiale ainsi que l'organisation des conséquences de la dislocation du groupe familial, et de l'autre, d'exclure les questions « d'inexistence du rapport juridique de famille »¹ à savoir, l'annulation du mariage et l'anéantissement du lien de filiation. Autrement dit, les règles impératives en matière de divorce feraient partie d'un ordre public fonctionnel tandis que les règles impératives en matière de nullité du mariage, parce qu'il est question d'inexistence du lien matrimonial, feraient partie d'un ordre public structurel.

Si on tient pour convaincants les critères de reconnaissance de l'ordre public structurel et fonctionnel, il conviendra alors d'en tirer les conséquences suivantes :

Lorsqu'un litige serait relatif à une matière d'ordre public structurel, il ne peut faire l'objet d'une gestion consensuelle. Il s'agit là d'un obstacle absolu, parce qu'il ne relève pas du pouvoir des parties de déterminer, y compris à l'échelle de leurs rapports, ce qui fait famille. Il n'y a donc rien à négocier en la matière puisqu'aucun assouplissement des règles n'est

¹ Par inexistence d'un rapport juridique de famille, on vise la remise en cause rétroactive d'un lien juridique de famille juridiquement consacré par le droit. C'est donc en raison de la rétroactivité de la remise en cause qu'on parle d'inexistence du rapport juridique et non de rupture du lien juridique de famille.

recevable. En revanche, lorsque le litige est relatif à une matière d'ordre public fonctionnel, il ne peut *a priori* faire l'objet d'une gestion consensuelle. Cependant, l'obstacle à la gestion consensuelle n'est que relatif dans cette hypothèse. L'idée qui est alors proposée est celle d'un recours à une gestion consensuelle sous contrôle du juge ou d'un auxiliaire de justice habilité par le législateur. Une telle proposition repose sur le constat suivant. En présence de règles d'ordre public édictées pour éviter les dérives de la liberté dans le fonctionnement du groupe familial, si le juge ou un auxiliaire de justice reçoit la mission, en amont ou en aval, de veiller à la préservation des intérêts protégés à travers la règle impérative, l'exclusion de la gestion consensuelle n'est donc plus justifiée. Les impératifs juridiques sont alors susceptibles d'assouplissements à condition que les finalités poursuivies par le législateur soient préservées de façon satisfaisante dans chaque cas concret. Ce contrôle peut par exemple être réalisé par le biais de l'homologation judiciaire.

Pour récapituler, les parties pourront elles-mêmes ordonner leurs intérêts lorsque le domaine litigieux n'est pas d'ordre public. Cependant, même si le domaine litigieux est d'ordre public un tel ordonnancement consensuel des intérêts familiaux reste possible à certaines conditions. En effet, lorsque le domaine litigieux est d'ordre public fonctionnel, la gestion consensuelle des conflits serait possible chaque fois qu'il est prévu et imposé un processus de contrôle des intérêts en jeu. Une telle proposition, loin d'être utopique, s'inscrit dans le cours de l'évolution récente du droit de la famille.

102. L'ouverture des espaces d'ordre public à la volonté judiciairement contrôlée, une fausse idée neuve. — Il ne sera pas question dans les développements à venir de retracer une évolution complète de notre droit de la famille¹, mais simplement de s'appuyer sur quelques points de repères historiques pour donner plus de crédit à notre proposition d'ouverture de la gestion consensuelle aux espaces d'ordre public fonctionnel.

Pour ce faire, on peut commencer par rappeler que lorsqu'il s'est agi à travers la loi du 13 juillet 1965 d'évincer le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, le législateur dans le souci de protection de l'intérêt de la famille et de l'intérêt des enfants avait instauré une mutabilité judiciairement contrôlée (art. 1397 du C. civ.).

¹ Sur l'évolution historique du droit de la famille, voir par exemple, F. TERRE, D. FENOUILLET, *La famille*, 8^e éd., Dalloz, 2011, pp. 1-20. - P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4^e éd., Defrénois, p. 39 et s. - H. LECUYER, B. BEIGNIER, P. MURAT (dir.), *Perspectives de réformes en droit de la famille*, éd. Juris-classeur, 2000 - J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in, *Mélanges Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN*, Bruylant, 1998, p. 661 et s.

De même, on peut rappeler que la loi du 11 juillet 1975 — qui créa à côté du divorce pour faute, le divorce par consentement mutuel et les « divorces faillites » — avait également, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, admis que les époux puissent régler eux-mêmes les conséquences de leur divorce¹. Mais pour éviter que cette volonté de pacification ne se solde par un sacrifice des intérêts du plus faible, le législateur a subordonné le prononcé du divorce par consentement mutuel judiciaire à l'homologation judiciaire de la convention des parties. Ce n'est que par la loi du 26 mai 2004 que le législateur étendit aux autres cas de divorce cette possibilité offerte aux époux de régler conventionnellement les conséquences du divorce (art. 265-2 et 268 du C. civ.).

Enfin, on peut également rappeler qu'en matière d'autorité parentale, lorsque la loi du 4 mars 2002 a généralisé et encouragé la possibilité, pour les parents séparés, de soumettre au juge les conventions par lesquelles ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2-7 et 373-2-10), c'est encore une fois une liberté sous contrôle judiciaire, puisque le juge refusera d'homologuer ces conventions lorsqu'elles préservent insuffisamment les intérêts de l'enfant.

On voit bien que dans toutes les matières traditionnellement d'ordre public² le législateur, dans le souci de pacifier les rapports familiaux et de protéger les intérêts du plus faible, admet la gestion consensuelle sous contrôle judiciaire. D'ailleurs, le doyen Cornu avait très tôt affirmé que « *l'accroissement du pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la famille est une marque essentielle de l'infléchissement de ce droit. (...) Le champ que la loi libère, c'est d'abord à des volontés accordées (conjugales, parentales) non en général à des initiatives individuelles qu'elle l'ouvre, et presque toujours, sous couvert de la juridiction gracieuse, moyennant un contrôle du juge* »³. Ce faisant, le législateur remodèle le visage de l'ordre public familial qui n'est plus marqué, du moins quand on parle d'ordre public fonctionnel, par des règles légales verrouillées et inaccessibles à la volonté des parties. D'ailleurs, on observe en droit positif une nouvelle tendance qui consiste à admettre la gestion consensuelle dans des domaines d'ordre public moyennant le respect d'un certain formalisme.

103. L'ouverture des espaces d'ordre public à la volonté simplement formalisée, une tendance nouvelle. — Pour favoriser le traitement conventionnel des

¹ Voir par exemple, J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in, *Mélanges Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, op. cit.*, p. 676.

² Il s'agit d'un ordre public fonctionnel, puisque les structures du phénomène familial ne sont pas en cause.

³ G. CORNU, *La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, n° 7, p. 15. Le passage cité figurait déjà dans la première édition de 1984.

conflits familiaux, le législateur n'hésite plus à lever les barrières tenant à l'ordre public fonctionnel, sans négliger pour autant le besoin de protection des parties, qui autrefois justifiait l'interdiction de toute régulation consensuelle. Cependant, dans l'optique d'une bonne gouvernance, le législateur contemporain essaie de réduire les coûts publics de la résolution des litiges en désinvestissant le juge de la mission de contrôle de l'équilibre des intérêts. Cette mission est alors confiée à un professionnel du droit, notaire ou avocat dont les parties doivent s'attacher les services. Le législateur espère ainsi, grâce à un lourd formalisme qui implique souvent que la convention des parties soit, à peine de nullité, portée par un acte notarié ou par un acte d'avocat, assurer le besoin de protection des parties malgré le retrait du juge. Le divorce par consentement mutuel conventionnel constitue une illustration récente de ce phénomène qui a été brillamment décrit par un éminent auteur¹. En effet, cette nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel « *transfère au binôme d'avocats, désormais obligatoire, les doubles fonctions de contrôle-vérification et de protection des consentements anciennement confié au juge aux affaires familiales* »². Le formalisme exigé est alors considéré par le législateur comme suffisant à assurer la protection des intérêts de chacune des parties.

En fin de compte, qu'il s'agisse d'une ouverture des espaces d'ordre public à la volonté judiciairement contrôlée ou formalisée, un auteur note à raison que « *ces protections ont souvent un caractère transitoire : elles tendent à s'estomper ou même à disparaître au fil du temps. Le changement de régime matrimonial et le divorce par consentement mutuel, qui à l'origine supposaient toujours une homologation du juge, ne requièrent plus en principe que le conseil du notaire ou de l'avocat ; la liquidation anticipée du régime matrimonial au cours de l'instance en divorce, qui fut d'abord soumise, pour sa validité, à l'exigence d'un acte notarié, ne l'est plus (...)* »³.

En définitive, il convient pour l'heure de retenir que le domaine de la gestion consensuelle des conflits en droit extrapatrimonial de la famille est moins restreint qu'il n'y paraît. Le seul obstacle insurmontable à sa réalisation reste l'ordre public structurel. En clair, la tendance actuelle en droit de la famille, y compris en matière extrapatrimoniale, consiste à favoriser

¹ M. GRIMALDI, « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », Gaz. Pal. 11 avril 2017, n° Hors-série, p. 11 et s.

² C. LIENHARD, « Nouveaux enjeux et nouvelle philosophie du rôle de l'avocat dans le divorce par consentement mutuel conventionnel », AJ fam. 2017, p. 40.

³ M. GRIMALDI, « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », Gaz. Pal. 11 avril 2017, n° Hors-série, p. 11, spéc. pp. 13-14.

d'un côté la gestion consensuelle des conflits familiaux tout en maintenant d'un autre, une protection judiciaire d'intérêts fondamentaux¹.

À l'issue de ce travail de délimitation du domaine matériel de la gestion consensuelle en droit extrapatrimonial de la famille, il convient maintenant de s'intéresser au moment auquel cette gestion est susceptible d'intervenir.

SECTION II : UNE POSSIBILITE DEFINIE *RATIONE TEMPORIS*

104. Les présents développements ont pour but de démontrer qu'en matière familiale, le moment auquel une gestion consensuelle est susceptible d'intervenir, dicte aussi sa faisabilité et très souvent la forme qu'elle doit prendre. Ainsi, s'il ne fait aucun doute que lorsque la gestion consensuelle est permise, celle-ci permettra le règlement des conflits familiaux actuels (§-1), il est en revanche moins certain que les parties puissent dès à présent gérer conventionnellement un conflit futur (§-2).

§-1 : LA GESTION CONSENSUELLE D'UN PRESENT CONFLICTUEL

105. Du moment où la gestion consensuelle est admise dans un domaine conflictuel donné, aucun obstacle ne s'oppose à ce que les parties y recourent pour le règlement d'un conflit effectif. Si le bon sens voulait que cette gestion consensuelle soit subordonnée à l'absence d'une réponse juridictionnelle donnée audit conflit, il convient néanmoins de s'interroger sur la possibilité d'une gestion consensuelle à la suite d'un jugement ne satisfaisant pas les parties.

106. La gestion consensuelle d'un présent conflictuel non jugé. — Les modes consensuels de gestion des conflits visent avant tout à permettre aux parties de trouver elles-mêmes une solution au conflit qui les oppose ; il s'agit d'éviter qu'une solution qu'elles n'auraient pas contribué à élaborer leur soit imposée par le juge. À ce titre, l'intervention du

¹ D'ailleurs c'est cette protection judiciaire des intérêts fondamentaux comme l'intérêt de l'enfant qui a poussé le législateur dans la loi du 28 novembre 2016 à garantir à l'enfant le droit d'être entendu en justice y compris lorsque ses parents décident de divorcer sans juge. Mais, lorsque l'enfant ne demande pas son audition soit parce qu'il n'a pas connaissance de ses droits, soit parce qu'il ne souhaite pas handicaper ses parents dans leur désir de séparation expresse, on risque de se retrouver après le divorce avec des mesures le concernant décentrées de son intérêt. Voir par exemple, H. FULCHIRON, « L'enfant dans le divorce sans juge », Dr. fam. 2016, n° 7-8, dossier 31, §-7 - N. BAILLON-WIRTZ, « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », JCP (G) 2016, p. 1114 et s. - C. BRUNETTI-PONS, « Un divorce sans juge pour un droit déréglé », Dr. fam. 2016, n° 7-8, dossier 28.

juge destinée à trancher le conflit est perçue comme un évènement dont la réalisation doit être évitée. Partant, la gestion consensuelle des conflits est pensée en amont du jugement et est censée intervenir, soit avant même la saisine du juge, soit en cours d'instance.

Il convient alors de souligner que le choix du mode consensuel de gestion est souvent fonction du moment auquel les parties souhaitent recourir à une gestion consensuelle de leur conflit. En effet, le recours à certains modes consensuels comme le droit collaboratif, la médiation et la conciliation conventionnelle (art. 1530 du CPC) n'est possible qu'en l'absence de saisine du juge. D'autres comme la conciliation et la médiation judiciaire interviennent dans le cadre d'une procédure judiciaire, soit avant l'instance comme c'est le cas de la conciliation judiciaire obligatoire en matière de divorce (art. 252 du C. civ.), soit au cours de l'instance comme c'est le cas des conventions par lesquelles les époux règlent tout ou partie des conséquences du divorce (art. 268 du C. civ.). D'autres enfin, et on pense à la convention de procédure participative (art. 2062 du C. civ.), peuvent être utilisés pour trouver à tout moment une solution amiable¹. De ces observations, il faudra retenir que lorsque les parties souhaitent procéder à une gestion consensuelle de leur conflit, elles doivent se montrer attentives au régime juridique spécifique au mode consensuel qu'elles souhaitent mobiliser.

À l'issue de ces développements, il convient de retenir que la gestion consensuelle d'un présent conflictuel non jugé ne soulève pas de difficultés particulières, dès l'instant où il est admis que le domaine conflictuel est ouvert à cette forme de traitement des conflits. Poussant un peu plus loin la réflexion, il convient maintenant de s'interroger sur la possibilité d'une gestion consensuelle d'un conflit déjà tranché par le juge.

107. La gestion consensuelle d'un présent conflictuel déjà jugé. — La réponse juridictionnelle donnée aux conflits familiaux présente des limites tenant le plus souvent à l'impossibilité de prendre en compte les enjeux humains d'un litige². Il peut donc arriver qu'à l'issue d'une décision judiciaire ne satisfaisant aucune des parties, celles-ci décident finalement d'élaborer elles-mêmes une meilleure solution. Cependant, en raison du principe de l'autorité de la chose jugée, une fois le conflit définitivement tranché en justice, ni le juge

¹ Avant la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, la convention de procédure participative ne pouvait être utilisée qu'en l'absence de saisine du juge. C'est cette loi qui est venue supprimer la condition d'absence de saisine d'un juge et qui permet également d'utiliser ce mode consensuel de gestion pour mettre en état un litige.

² Voir par exemple l'affaire « Benjamin ». Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, Dr. fam. 2006, comm. 124, note P. MURAT ; D. 2006, p. 1065, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2007, p. 879, note P. SALVAGE-GEREST ; RTD civ. 2006, p. 292, obs. J. HAUSER. Au final, il a fallu que les parties s'accordent pour trouver une solution qui intègre pleinement cette dimension humaine en prenant en compte l'intérêt de l'enfant. Ainsi, devant la Cour d'appel de renvoi, le père biologique a finalement consenti à une adoption simple en faveur du couple qui a toujours élevé l'enfant (CA Reims, 12 déc. 2006, RTD civ. 2007, p. 558 obs. J. HAUSER. - Defrénois 2007, p. 795, obs. J. MASSIP).

ni les parties ne peuvent modifier la solution, y compris par la voie conventionnelle. Si toutefois, les parties conviennent d'un arrangement amiable, cet accord ne sera pas reconnu par le droit pour qui, les relations entre les parties demeurent régies par la solution retenue par le juge. La seule exception à cette impossibilité de gérer conventionnellement un conflit définitivement tranché reste l'hypothèse d'une révision prévue par le législateur.

Par exemple, il convient de rappeler qu'exceptionnellement le législateur prévoit lui-même le caractère révisable de certaines mesures judiciaires comme c'est le cas en matière d'obligation alimentaire (art. 209, 275, 276-3 du C. civ.) et en matière d'autorité parentale (art. 375-3 et 373-2-13 du C. civ.). Donc, lorsque la mesure est par nature révisable, il n'est pas incongru d'admettre qu'en cas de survenance de faits nouveaux, les parties puissent recourir à la gestion consensuelle, avant même de saisir à nouveau le juge¹, mais à condition de soumettre ensuite leur accord à homologation. Dans une telle hypothèse, avant même de vérifier si l'accord préserve suffisamment les intérêts des parties, le juge devra vérifier si les éléments présentés comme nouveaux sont assez pertinents pour justifier la révision.

Dans le même ordre d'idées, il faut signaler à titre prospectif que, poussant à son paroxysme la volonté de favoriser la gestion consensuelle des conflits familiaux, le rapport Juston prévoit, à propos des conflits en matière d'autorité parentale, le recours à la gestion consensuelle même après une décision judiciaire tranchant le conflit, non pas pour survenance de circonstances nouvelles, mais en raison de la seule puissance de volonté des parties².

Il se pourrait donc qu'à l'avenir, on généralise la possibilité d'une gestion consensuelle des conflits familiaux même après la survenance d'une décision juridictionnelle.

Néanmoins, il est permis de penser qu'une telle évolution serait contre-productive. En effet, il ne faut pas oublier que le souci de désengorger les tribunaux et le souci de réduire le coût de la justice pour l'État participent de cette volonté de généralisation de la gestion consensuelle. Or, en laissant aux parties la possibilité de revenir conventionnellement sur la décision judiciaire, celles-ci feraient du litige le préalable à la gestion consensuelle de leur conflit et ne se tourneraient vers la voie conventionnelle que lorsque le jugement ne satisferait aucune d'elles. C'est sans doute pour éviter ce risque que le rapport Juston propose d'imposer aux

¹ D'ailleurs, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 à son article 7 prévoit que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ne pourront, sauf motif légitime tenant aux violences dans la famille, faire l'objet d'une modification judiciaire que si la demande de modification est précédée d'une tentative de médiation familiale.

² On retrouve dans ce rapport une proposition ainsi formulée : « Dans le dispositif de toutes les décisions judiciaires familiales, devraient être insérée la mention suivante : "sauf meilleur accord conclu entre les parties ou élaboré dans le cadre d'une médiation familiale" ». Voir, M. JUSTON, S. GARGOULLAUD, *Médiation familiale et contrat de co-parentalité*, avr. 2014, Proposition n° 6, p. 9. URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000530.pdf>

parties comme préalable à toute instance contentieuse, la gestion consensuelle du conflit¹. Soulignons tout de même que cette précaution ne permet cependant pas d'éviter la réalisation du risque susmentionné, car il est fort à parier que les parties conscientes du fait qu'elles auront, même en prenant le risque d'une solution imposée par le juge, l'opportunité de pouvoir bénéficier à nouveau en bout de course, des avantages de la gestion consensuelle, ne feront pas les efforts nécessaires pour que le processus de gestion consensuelle préalable aboutisse. En sus, par une telle proposition, le jugement en lui-même risque de perdre en qualité ; là où le juge traditionnellement s'ingénie à élaborer la solution juridique la plus équilibrée possible au regard des intérêts en présence, il se contentera dorénavant de renvoyer les litigants à leur responsabilité en retenant systématiquement une solution qui n'arrange personne. On assisterait alors à un déplacement de la fonction de juger², voire à « *un affadissement" de la fonction juridictionnelle* »³.

Il serait alors préférable de continuer à brandir comme épouvantail le risque d'une solution imposée par laquelle les litigants sont susceptibles de perdre la chance d'un meilleur arrangement.

En définitive, le droit positif permet avant tout de gérer conventionnellement un présent conflictuel non jugé ; il conviendra alors de se référer au régime juridique spécifique aux différents modes consensuels de gestion pour déterminer en fonction du moment où intervient la décision d'une gestion consensuelle, le processus susceptible d'être mis en œuvre. Mais, il ne faut pas oublier que le droit positif permet également de gérer un présent conflictuel ayant déjà reçu une réponse juridictionnelle, à condition que cette réponse soit par nature révisable.

En sus d'une gestion consensuelle du présent conflictuel, on pourrait, parce que l'avenir se prépare au présent, se demander s'il est possible aux parties de gérer conventionnellement un futur potentiellement conflictuel.

§-2 : LA GESTION CONSENSUELLE D'UN FUTUR CONFLICTUEL

108. L'intérêt pour les membres d'une famille de procéder par contrat à la gestion d'un conflit susceptible de les opposer dans le futur est double. Il peut s'agir à travers la

¹ M. JUSTON, S. GARGOULLAUD, *Médiation familiale et contrat de co-parentalité*, op. cit., Proposition n° 5, p. 9

² À propos de l'office du juge en matière familiale, voir, C. POMART, *La magistrature familiale*, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'Harmattan, 2003. - V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010.

³ B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, Mélanges J. HAUSER, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 373, spéc. p. 382.

maîtrise du processus de traitement du conflit d'appréhender plus globalement celui-ci dans sa dimension procédurale ou alors, à travers une délimitation préalable des droits et obligations de chacun, d'appréhender la solution à donner au futur conflit.

109. La gestion processuelle d'un futur conflictuel. — Concrètement, il s'agit pour les parties, à travers une clause, d'aménager conventionnellement leur liberté d'ester en justice, en se donnant l'opportunité de trouver une issue consensuelle aux conflits susceptibles de les opposer à l'avenir. Ces clauses de recours préalable à la gestion consensuelle¹ emportent pour les parties deux sortes d'obligations².

En vertu de telles clauses, les parties sont tenues, d'une part, à une obligation de résultat concernant la mise en œuvre du processus de gestion consensuelle qu'elles prévoient. D'autre part, ces clauses mettent à la charge des parties une obligation de moyens qui consiste à œuvrer de bonne foi à la réussite du processus de gestion consensuelle visé. Cependant, pour que ces clauses puissent valablement mettre ces obligations à la charge des parties, il est indispensable qu'elles satisfassent plusieurs conditions.

Tout d'abord, il est indispensable que le domaine conflictuel visé par ces clauses soit susceptible de faire l'objet d'une gestion consensuelle. Ensuite, il est indispensable que ces clauses soient suffisamment précises. En effet, le litige sur lequel elles portent³, ainsi que le processus de gestion consensuelle qu'elles rendent obligatoire et préalable à toute instance judiciaire doivent être précisés⁴. Enfin, il est indispensable que ces clauses ne portent pas atteinte au droit d'accès au juge⁵ des parties. Pour ce faire, les parties doivent, d'une part, prendre le soin de limiter à travers la clause la durée de la phase de tentative de gestion consensuelle ; d'autre part, les parties doivent, dans les hypothèses où le recours au processus

¹ Il peut s'agir d'une clause de conciliation préalable, de médiation préalable, de conclusion d'une convention de procédure participative ou de tout autre processus permettant aux parties de rechercher une solution consensuelle au conflit qui les oppose.

² C. JARROSSON « La portée des clauses de recours au règlement amiable », in, P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, P. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003, p. 145 et s. spéc. p. 146.

³ Voir par exemple, Cass. 2^e civ. 9 nov. 2006, n° 05-19.443 ; Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45157.

⁴ La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à préciser que « la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci » (Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2014 p. 1044 et 2541, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2014 p. 655, obs. H. BARBIER, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICERO).

En revanche lorsque la clause fait référence à un processus de gestion consensuelle dont les conditions de mise en œuvre sont arrêtées en droit positif comme la conciliation ou la médiation par exemple, la Cour de cassation rappelle, au visa de l'article 1134 du C. civ. qu'elle s'impose au juge (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014 p. 2004, et 2541, obs. T. CLAY, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICERO).

⁵ Sur cette thématique, voir par exemple, S. GUINCHARD, *Rép. proc. civ. Dalloz, V^o Procès équitable*, n° 9. - M. BENICHO, « L'accès à la justice, un droit menacé », *Gaz. Pal.* 2014, n° 256, p. 9 et s.

de gestion consensuelle choisi ne suspend pas le cours du délai de prescription de l'action¹, fixer la durée de la phase préalable de tentative de gestion consensuelle de telle manière qu'en cas d'échec du processus, elles puissent ensuite disposer d'un délai raisonnable pour pouvoir porter le différend en justice.

Lorsque ces conditions sont satisfaites, la clause a pour effet d'obliger les parties à recourir à la phase préalable de gestion consensuelle² ; une telle clause est même qualifiée de fin de non-recevoir³ susceptible d'être invoquée, sans avoir à justifier d'un grief (art. 124 du CPC), en tout état de cause (art. 123 du CPC), y compris pour la première fois en appel⁴. Selon les mots d'un auteur, dans une telle situation, « *la sanction procédurale vient au secours de la force obligatoire du contrat* »⁵. Toutefois, il convient de rappeler que si, en principe, l'irrecevabilité de l'action en justice exercée en méconnaissance d'une clause de gestion consensuelle préalable joue devant le juge du fond et aussi devant le juge des référés, il n'est en revanche pas interdit aux parties de saisir le juge des référés avant la mise en œuvre du processus de gestion consensuelle « *pour lui demander d'ordonner des mesures urgentes, ou conservatoires, ou encore des mesures d'instruction préventives fondées sur l'article 145 du CPC* »⁶.

Il ressort donc de ces développements que les parties peuvent, par le biais d'un accord de volonté dans un temps présent, prévoir la procédure applicable au traitement d'un conflit familial susceptible de les opposer dans le futur. Cependant peuvent-elles par le même procédé prévoir la solution à appliquer au conflit familial susceptible de les opposer dans le futur ?

¹ L'article 2238 du C. civ. prévoit que le recours à la conciliation, à la médiation ou la signature d'une convention de procédure participative suspend le cours de la prescription de l'action. Puisque le droit collaboratif n'est pas codifié, le recours à ce processus ne suspendra pas, par exemple, le cours du délai de prescription.

² H. KENFACK, « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », D. 2015, p. 384 et s.

³ Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et 00-19.424 - Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16.001 - Cass. 2^e civ., 9 nov. 2006, n° 05-19.443 - Cass. 1^{re} civ., 30 oct. 2007, n° 06-13.366. - Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2014 p. 1044 et 2541, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2014 p. 655, obs. H. BARBIER, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO. - Cass. 1^{re} civ., 1^{er} oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014 p. 2004, et 2541, obs. T. CLAY, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO. - Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO.

⁴ Cass. 3^e civ., 25 nov. 2014, n° 13-23784, RDC 2015, n° 2, p. 311, obs. C. PELLETIER - Cass. com. 20 janv. 2015, n° 13-12127, RDC 2015, n° 2, p. 311, obs. C. PELLETIER. - Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, RTD civ. 2005, p. 450, obs. R. PERROT ; JCP (G) 2005, I, 183, obs. T. CLAY.

⁵ N. FRICÉRO, « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », D. 2015, p. 1201.

⁶ C. PIGACHE, « La clause de conciliation préalable », Gaz. Pal. 2015, n° 225, p. 12 et s (spéc. III. 2). - CA Rouen, 21 oct. 2008, RDC 2009, p. 1160, obs. C. PELLETIER. - Cass. 3^e civ., 28 mars 2007, Bull. civ. III, n° 43, p. 37, JCP (G) 2007, I, 200, §-9, obs. T. CLAY.

110. La gestion substantielle d'un futur conflictuel ; l'identification des obstacles. — À la question « peut-on par contrat trancher en matière familiale une situation juridique future dont les circonstances de survenance restent pour le moment impossibles à appréhender ? », la réponse du juriste ne peut-être qu'embarrassée. D'un côté, s'imposent à son esprit les prescriptions légales qui interdisent de telles conventions anticipatrices à l'instar de la prohibition des renonciations en matière d'autorité parentale (art. 376 du C. civ.), l'interdiction de renoncer aux actions relatives à la filiation (art. 323 du C. civ.), l'interdiction faite aux époux de déroger, y compris par convention anticipée, aux droits et devoirs résultant du mariage, aux règles de l'autorité parentale, aux règles de l'administration légale et de la tutelle (art. 1388 du C. civ.). De l'autre, raisonnent curieusement dans son esprit des dispositions légales offrant aux particuliers la possibilité d'une anticipation conventionnelle de l'issue d'un conflit familial latent comme c'est le cas par exemple lorsque le législateur permet aux époux séparés de corps par consentement mutuel de pouvoir renoncer par convention à leurs droits successoraux alors qu'ils sont encore mariés (art. 301 C. civ.), ou encore lorsque ce même législateur offre aux époux la possibilité par contrat de mariage¹ de pouvoir anticiper les conséquences d'une éventuelle dissolution de la communauté en prévoyant que chacun d'eux pourra reprendre les biens apportés à la communauté (art. 265 du C. civ.), ou enfin lorsque le législateur permet à toute personne majeure ou émancipée de pouvoir par un mandat de protection future, désigner une personne qui pourvoira à ses intérêts lorsque lui-même ne sera plus en état de le faire (art. 477 C. civ.).

Enfin, c'est l'ancien article 1130 du Code civil qui traduisait le mieux l'embarras de la réponse : les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, mais tout n'est en revanche pas permis².

Dès lors, pour répondre à la question de savoir si en droit extrapatrimonial de la famille les parties peuvent par le biais de conventions anticipatrices déterminer l'issue d'un conflit familial futur, on est tenté de faire appel au bon sens pour considérer que, ce qu'il n'est pas permis de gérer conventionnellement lorsque le conflit s'est déjà déclaré, devrait également rester inaccessible lorsqu'il est question d'anticiper conventionnellement l'issue d'un conflit familial latent. Et inversement, admettre que les problématiques susceptibles d'être gérées

¹ Pour mesurer les potentialités du contrat de mariage en matière d'anticipation des conflits, voir par exemple, L. PERREAU-SAUSSINE et *alii*. « Les prenuptial agreement et les contrats de mariage », Dr. fam. 2015, dossiers 29, 30, 31, 32. Pour une analyse générale, voir aussi, C. NEIRINCK, « Le couple et la contractualisation de la rupture », RRJ 2009-1, p. 107 et s. - V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Les conventions de rupture : état des lieux », Dr. fam. 2015, dossier 4.

² La juxtaposition des articles 1163 et 722 du Code civil permet de traduire aujourd'hui cette idée.

conventionnellement quand le conflit familial est effectif puissent être l'objet de conventions anticipatrices.

Si l'idée est vraie, lorsqu'elle tend à exclure la gestion substantielle d'un futur conflictuel dans les mêmes domaines où la gestion consensuelle d'un présent conflictuel est prohibée, elle l'est beaucoup moins quand elle pousse à admettre la gestion substantielle d'un futur conflictuel dans les mêmes domaines où la gestion consensuelle d'un présent conflictuel est autorisée.

À titre d'exemple, si pendant l'instance de divorce les époux peuvent soumettre au juge un accord portant sur la prestation compensatoire (art. 268 et 279-1 du C. civ.), les transactions portant sur les droits futurs des époux à cette prestation restent interdites¹. Pour percevoir la raison d'une telle interdiction, il faut avoir à l'esprit que contrairement à la gestion consensuelle des conflits actuels, la gestion consensuelle — sur un plan substantiel — des conflits futurs est bien plus dangereuse dans le sens où elle permet aux parties de renoncer² à l'aveugle à la solution légale présumée la plus juste³.

Il s'agit bien d'une renonciation aveugle à la solution légale, parce que si on reprend l'exemple de la prestation compensatoire, il convient de souligner que son existence et son évaluation dépendent de circonstances que les parties sont dans l'impossibilité d'appréhender avant la survenance de la rupture du mariage (art. 270 et 271 du C. civ.). D'ailleurs, de façon générale, la réponse à nombre de conflits en droit de la famille dépend de la configuration factuelle au moment de leur survenance.

Néanmoins, il faut bien se garder de toute généralisation consistant à retenir que la gestion substantielle des conflits en matière extrapatrimoniale équivaudrait à une renonciation aveugle à la solution légale. À titre d'exemple, pour les couples mariés, il est possible, sauf survenance de situations exceptionnelles comme l'accouchement anonyme de la mère ou la non-désignation du mari en qualité de père, de déterminer avec précision la filiation des enfants à naître et partant le nom de famille que ces derniers porteront en cas de désaccord des parents quant au choix du nom (art. 311-21 du C. civ.). Donc, lorsque les futurs époux, soucieux d'éviter un conflit futur portant sur le choix du nom de leur premier enfant, décident

¹ Cass. 3^e civ., 3 févr. 2004, n° 01-17.094, AJ fam. 2004, p. 101, obs. S. DAVID. - Cass. 2^e civ., 21 mars 1988, Bull. civ. II, n° 74 ; Rép. Defrénois 1988, art. 34309, n° 76, note J. MASSIP.

² À propos des renonciations en droit de la famille, voir, A. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Les renonciations en droit de la famille », D. 1993, p. 259 et s.

³ Ayant une vision floue de leurs droits et de leurs chances de succès devant le juge, les parties à un conflit futur ne peuvent donner un consentement libre et éclairé à tout accord permettant un traitement substantiel dudit conflit.

par convention qu'il portera le nom de la mère, ils connaissent précisément, à ce moment, la solution légale à laquelle ils renoncent puisque les règles en matière de dévolution du nom de l'enfant de mariés reposent sur des critères fixes. Ce qui signifie *a contrario* qu'on renonce à l'aveugle à une solution légale que lorsque celle-ci repose sur des critères par nature évolutifs.

Au regard de ces éléments, les obstacles à la gestion substantielle d'un futur conflictuel apparaissent avec plus de netteté. D'une part, il s'agit d'assurer la protection d'un certain ordre social, puisque la gestion substantielle d'un futur conflictuel peut constituer une menace pour les intérêts que le législateur se donne précisément pour mission de protéger. D'autre part, il s'agit de protéger les contractants contre eux-mêmes en évitant une renonciation aveugle à la solution légale du conflit familial.

111. La gestion substantielle d'un futur conflictuel ; le dépassement des obstacles. — Pour répondre concrètement à la question posée en préambule de ce paragraphe, on est tenté de considérer qu'en raison de la dangerosité des conventions anticipatrices, il faudrait les interdire en matière extrapatrimoniale. Mais en même temps, on peine à comprendre au nom de quoi il faudrait s'opposer à la volonté anticipée des parties lorsqu'il apparaît au moment de la survenance du risque — le conflit familial — que la concrétisation de cette volonté ne porte atteinte ni aux intérêts que le législateur entend sauvegarder en la matière, ni aux intérêts des contractants.

Partant de cette remarque, est proposé le système suivant qui tente de concilier les objectifs de respect des règles impératives et de prise en compte des volontés individuelles. Suivant le système proposé, lorsque la problématique en cause touche à l'ordre public structurel, les conventions anticipatrices sont frappées de nullité absolue. En revanche, lorsque la problématique en cause touche à l'ordre public fonctionnel, les conventions anticipatrices sont frappées de nullité relative. Néanmoins, puisqu'il s'agit d'une nullité relative, ces conventions sont susceptibles d'être confirmées par les parties au moment de la survenance du risque, ou à défaut de confirmation, l'une des parties pourra demander au juge de prendre en compte l'existence de telles conventions lors de l'élaboration du traitement judiciaire du conflit.

La confirmation par les parties repose sur l'idée suivant laquelle la convention anticipatrice ne serait en fait qu'un projet de règlement qu'il faudra confirmer au moment de la survenance du conflit, lorsqu'il apparaît au regard de la configuration conflictuelle réelle, que la solution autrefois imaginée arbitre de façon satisfaisante les intérêts antagonistes. Ainsi, lorsque les parties sont dans une logique de confirmation, elles se retrouvent en quelque sorte dans

l'hypothèse classique d'une gestion consensuelle des conflits familiaux survenant dans une matière d'ordre public fonctionnel ; la seule particularité, c'est qu'il n'y aura plus de négociation, puisque celle-ci a été réalisée en amont de la survenance du conflit. Néanmoins, il appartiendra aux parties de soumettre cet accord à homologation du juge¹, ou de le réitérer en suivant le formalisme prévu par le législateur pour le doter de la force exécutoire.

Si les parties ne sont pas dans une logique de confirmation, le juge peut néanmoins, lorsque la convention anticipatrice est invoquée devant lui par une partie, décider de la prendre en compte à l'instar des pactes de famille². Il ne s'agit en aucun cas, pour le juge, d'une obligation de prendre en compte ces conventions anticipatrices³ ; il peut les écarter s'il estime que les intérêts que le législateur a entendu protéger sont insuffisamment préservés.

En définitive, la gestion substantielle d'un futur conflictuel, lorsqu'elle intervient dans une matière réputée d'ordre public comme le droit de la famille, n'aurait en principe aucune force obligatoire, puisque le respect de l'accord qui en est issu ne sera pas juridiquement garanti. Un tel accord reposerait uniquement sur un devoir moral imposant aux parties de respecter la parole donnée. Néanmoins, leur survenance n'est pas dépourvue d'intérêt pratique, puisque demeure l'espoir de les faire passer de l'ombre à la lumière juridique à condition toutefois qu'ils n'interviennent pas dans un domaine relevant de l'ordre public structurel. Ainsi, les parties peuvent, une fois le conflit familial devenu effectif, décider de réaliser une gestion consensuelle qui n'aura pour but que de confirmer l'accord autrefois intervenu ; l'accord devra ensuite être soumis à homologation du juge.

De même, lorsque l'une des parties refuse de confirmer l'accord une fois le conflit familial devenu effectif, le juge peut lorsque cet accord lui semble protéger suffisamment les intérêts en jeu, décider de le prendre en compte dans le cadre de l'élaboration de sa solution. C'est dans ce sens que l'article 376-1 du Code civil prévoit que le juge aux affaires familiales, lorsqu'il statue sur les modalités de l'autorité parentale, peut prendre en compte les pactes librement conclus entre les parents, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves justifiant la révocation de son consentement.

¹ Le juge accordera l'homologation lorsqu'il lui apparaîtra que la solution retenue protège suffisamment les intérêts que le législateur a entendu sauvegarder en la matière. Voir par exemple l'article 373-2-7 pour les conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, et à la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

² A. CHAPELLE, « Les pactes de famille en matière extra-patrimoniaire », RTD civ. 1984, p. 411.

³ En matière d'exercice de l'autorité parentale ou d'éducation d'un enfant mineur, l'article 376-1 du Code civil exprime d'ailleurs parfaitement cette liberté d'appréciation du juge quant à la prise en compte des pactes de famille.

Il apparaît alors que la gestion substantielle d'un futur conflictuel a principalement pour intérêt de préparer, soit la gestion consensuelle future du conflit une fois celui-ci devenu effectif, soit l'office juridictionnel lorsque le juge décide d'avoir égard aux pactes intervenus entre les parties. Autrement, les parties n'ont aucune certitude sur le fait que la solution prévue en cas de survenance du conflit familial régira effectivement leurs rapports une fois ce conflit devenu effectif.

CONCLUSION DU CHAPITRE

112. La question à laquelle les développements du présent chapitre entendaient répondre était la suivante : dans l'optique de pallier l'incertitude inhérente aux traitements juridictionnels, est-il possible aux parties d'arbitrer elles-mêmes les conflits familiaux ? À l'issue de nos développements, la réponse ne peut qu'être positive.

Tout d'abord, il a pu être démontré qu'à condition que ne soient pas en cause les options fondamentales qui structurent notre droit de la famille, la matière extrapatrimoniale reste ouverte à la gestion consensuelle. Néanmoins, pour assortir ces accords de la force exécutoire, il est indispensable aux parties de solliciter l'homologation judiciaire, ou de respecter un certain formalisme prévu par le législateur.

Ensuite, il a été démontré que la gestion consensuelle des conflits familiaux ne se limitait pas aux conflits effectifs n'ayant pas encore reçu de réponse juridictionnelle. En effet, il a été souligné, d'une part, que les conflits familiaux effectifs ayant déjà reçu une réponse juridictionnelle peuvent à nouveau faire l'objet d'une gestion consensuelle lorsque cette réponse juridictionnelle elle-même est par nature révisable. D'autre part, il a été constaté que les conflits familiaux futurs peuvent faire l'objet d'une gestion processuelle ou substantielle. Par la gestion processuelle d'un conflit familial futur, les parties s'obligent en cas de survenance du conflit, à recourir préalablement à toute saisine du juge, à un processus de gestion consensuelle. Par la gestion substantielle d'un conflit familial futur, les parties prévoient avant même la survenance du conflit, son traitement substantiel, sans toutefois avoir la certitude sur le fait que la solution prévue régira effectivement leurs rapports une fois le conflit devenu effectif.

Après avoir démontré que la matière extrapatrimoniale de notre droit de la famille n'est pas imperméable aux accords de volonté, il conviendra ensuite de vérifier si concrètement, cette gestion consensuelle est susceptible de constituer un remède à l'incertitude juridique en matière de traitement des conflits familiaux.

CHAPITRE II : L'APPORT DE LA REGULATION CONVENTIONNELLE A LA PREVISIBILITE DES TRAITEMENTS

« Le contrat, acte de prévision, est censé assurer aux parties une certaine maîtrise de l'avenir. Cet atout est cependant soumis à une double condition tenant à l'effectivité et au respect des stipulations contractuelles »¹.

La lourdeur du temps judiciaire, le coût de la justice, l'imprévisibilité des solutions, l'inadaptation des solutions, la survivance du conflit malgré la décision judiciaire, constituent autant d'inconvénients de la régulation juridictionnelle qui rebutent les litigants et les incitent à explorer la voie d'un traitement consensuel des conflits familiaux². Ceci est d'autant plus vrai lorsqu'on constate que de nombreuses vertus sont attribuées à la gestion consensuelle des conflits : rétablissement du lien social, responsabilisation des individus, solutions innovantes et adaptées³.

Face au fabuleux destin des modes consensuels de règlement des différends notamment en matière familiale⁴, il est légitime de se demander si la régulation conventionnelle des conflits familiaux constitue un remède efficace face à l'incertitude des traitements juridictionnels. C'est à cette vérification qu'on se propose de procéder au cours du présent chapitre.

¹ G. LARDEUX (dir.), *L'efficacité du contrat*, Dalloz, 2011, présentation.

² Par exemple, dans *La comédie humaine* d'Honoré de BALZAC, pour convaincre le colonel CHABERT (de retour d'une bataille au cours de laquelle on l'avait pris pour mort) d'accepter une transaction plutôt que de saisir la justice dans le conflit l'opposant à sa femme qui s'était remariée après avoir fait fortune grâce à la liquidation des biens de son époux disparu, l'avoué DERVILLE lui donna le conseil suivant : « Le procès a donc des éléments de durée. Vous aurez le temps de vieillir dans les chagrins les plus cuisants. (...) Dans ces conditions, je crois qu'une transaction serait, et pour vous et pour elle, le meilleur dénouement du procès. Vous y gagnerez une fortune plus considérable que celle à laquelle vous auriez droit ». *Œuvres de H. de Balzac*, T. 3, Bruxelles 1837, p. 356.

³ Voir par exemple, N. FRICERO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER, G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2017, p. 6 et s.

⁴ Un auteur a pu souligner qu'« on attend aujourd'hui des juges aux affaires familiales non plus seulement de résoudre des litiges en disant le droit, mais d'être artisans d'une résolution des conflits, d'une paix familiale en incitant les parties à la voie du dialogue et de solutions décidées par elles-mêmes, qui auront alors toutes les chances d'être effectives, et surtout appliquées de manière durable ». I. IMBERT, « Le juge aux affaires familiales et la médiation », in, L. ANTONINI-COCHIN (dir), *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruylant, 2014, p. 31.

Pour ce faire, il convient de relever à titre liminaire que si le contrat est un acte de prévision¹, un moyen d' « établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévisions »², on devrait en déduire qu'il est de l'essence même des traitements volontaires des conflits familiaux, d'apporter une certaine prévisibilité en raison de la maîtrise du processus décisionnel qu'ils offrent aux parties (Section I). Cependant, parce qu'une part d'incertitude affecte aussi la régulation conventionnelle, elle est loin de constituer un remède efficace à l'incertitude des traitements juridictionnels (Section II).

SECTION I : UNE PREVISIBILITE REPOSANT SUR LE POUVOIR DECISIONNEL DES PARTIES

113. En offrant aux parties une maîtrise procédurale et une maîtrise substantielle du conflit, dans le sens où l'ordonnancement des intérêts conflictuels dépend d'elles, la régulation conventionnelle peut naturellement être envisagée comme un remède à l'incertitude des traitements juridictionnels.

114. La régulation conventionnelle, un palliatif à l'incertitude du temps juridictionnel. — En optant pour la régulation conventionnelle d'un conflit, les parties conservent la maîtrise du temps nécessaire à la négociation. Mais, la régulation conventionnelle leur permet en sus une maîtrise du temps judiciaire, si jamais elles se décident à soumettre le conflit au juge. En effet, on sait qu'exception faite des situations dans lesquelles l'affaire est instruite suivant un calendrier de procédure très court en raison d'une urgence³, le temps nécessaire à l'instruction est généralement long. Pour éviter de subir ces délais de procédure, les parties ayant eu recours à une gestion consensuelle infructueuse peuvent accélérer la procédure judiciaire.

En effet, le recours, en amont de toute saisine, à une tentative amiable de résolution permet même en cas d'échec, d'accélérer la procédure judiciaire en empêchant le juge aux affaires

¹ H. LECUYER, « Le contrat, acte de prévision », in, *Mélanges F. TERRE*, PUF, Dalloz, 1999, p. 643.

² M. HAURIOU, *Principe de droit public*, préf. O. BEAUD, Dalloz, rééd. 2010, p. 206.

³ Se référer par exemple à l'article 905 du Code de procédure civile.

familiales d'imposer aux parties un temps mort procédural¹, motivé par sa mission de conciliation².

De même, le recours à une convention de procédure participative permet d'appeler directement l'affaire à une audience de jugement, sans passer par l'étape de la mise en état, conformément aux dispositions de l'article 1558 du Code de procédure civile³.

115. La régulation conventionnelle, un palliatif à l'incertitude des solutions juridictionnelles. — La régulation conventionnelle permet à chaque partie d'être actrice de la protection de ses intérêts, parce qu'elle peut les apprécier à l'aune de ses besoins et des besoins de l'autre⁴. Contrairement au traitement juridictionnel où le juge tranche et détermine parmi les intérêts en conflit ceux qui doivent l'emporter, il est question, dans le cadre d'une gestion consensuelle, de solution concertée conçue et voulue par les parties. En effet, en s'engageant dans un processus de gestion consensuelle des conflits, les parties savent dès le départ qu'il faudra discuter, négocier, et réaliser des concessions réciproques. Il ne s'agit pas de désigner un vainqueur et un vaincu. On est plutôt dans une logique de pondération d'intérêts qui implique un dépassement des divisions et une réunion des parties autour des points de convergence⁵. Par conséquent, même en ignorant dès le départ le résultat concret des négociations, les parties savent qu'elles ont intérêt à œuvrer ensemble, parce qu'elles pourront satisfaire, au moins en partie, les intérêts dont elles poursuivent la réalisation. En sus, il ne faut pas oublier qu'en fin de compte, le consentement des différentes parties étant indispensable pour tout traitement négocié, aucune d'elles ne pourra, par la suite, prétendre avoir été surprise par ledit traitement.

¹ Voir par exemple l'article 127 du Code de procédure civile.

² Soulignons que la règle ne vaut pas en matière de divorce et de séparation de corps où la tentative de conciliation préalable est imposée par la loi (articles 252 et 298 du Code civil) avant toute instance judiciaire (Cass. 1^{re} civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296, AJ. fam. 2016 p. 160 obs. S. THOURET ; Dr. fam. 2016, comm. 20, note J.-R. BINET ; Dr. fam. 2016, chron. 1, n° 10, obs. V. ÉGEA).

³ Voir par exemple, J. GAUTIER, « Le renforcement des modes de règlement amiables des litiges civils après la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle : évolution forte ou arlésienne ? », LPA 2016, n° 256, p. 5, spéc. I-B.

Soulignons néanmoins que cette règle n'est pas applicable en matière de divorce et de séparation de corps (art. 2067 al. 2 du C. civ.) ; dans ces matières, il faudra en cas d'échec de la procédure participative, reprendre la procédure classique de droit commun qui nécessite une assignation en divorce et une mise en état classique devant le tribunal de grande instance (Voir par exemple, M. BRUGGEMAN, « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », JCP (G) 2015, dossier 8, spéc. n° 11. Pour une critique de ce retour imposé à la procédure de droit commun en matière de divorce et de séparation de corps, voir, H. MOUTARDIER, « Plaidoyer pour une nouvelle lecture de la procédure participative », Gaz. Pal. 2015, n° 83, p. 7 et s.).

⁴ N. FRICERO, « Le cadre juridique des modes amiables de résolution juridique des litiges familiaux », in, L. ANTONINI-COCHIN (dir), *La résolution amiable des différends dans le contentieux familial*, Bruylant, 2014, p. 71.

⁵ L. CHEDLY, « Arbitrage et médiation », in, F. OSMAN (dir.) *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012, p. 93 et s. spéc. p. 97.

Il s'infère de ces observations que, la régulation conventionnelle, parce qu'elle permet aux justiciables de se réapproprier le traitement de leur conflit en les investissant d'un véritable pouvoir décisionnel¹, peut constituer, du moins en théorie, un remède à l'incertitude des traitements juridictionnels. Cependant, en raison de l'incertitude inhérente aux traitements conventionnels, il appert que la régulation conventionnelle constitue un remède limité.

SECTION II : UNE PREVISIBILITE LIMITEE PAR LES INCERTITUDES DES TRAITEMENTS CONVENTIONNELS

116. En raison de l'incertitude pesant sur la solution conventionnellement arrêtée, la régulation conventionnelle s'avère être un remède peu efficace face à l'imprévisibilité des traitements juridictionnels. En effet, l'ordonnement conventionnel des intérêts nécessitant un contrôle judiciaire pour régir la situation des parties, le pouvoir décisionnel des parties tant vanté est en réalité limité (§-1). De même, l'ordonnement conventionnel des intérêts étant dans certaines situations précaire, c'est la prévisibilité des traitements qui s'en retrouve affectée (§-2).

§-1 : LE RISQUE DE DEPOSSESSION DU POUVOIR DECISIONNEL

117. Les conditions de validité des traitements négociés. — En matière extrapatrimoniale, on touche à des problématiques affectant l'intérêt général ou mettant en cause l'intérêt supérieur de l'enfant ; ce qui conduit naturellement à limiter le rôle de la volonté des parties, et à soumettre, en général, les accords à un contrôle du juge aux affaires familiales², ou exceptionnellement à un certain formalisme comme en matière de divorce par consentement mutuel conventionnel. Ce formalisme ou cette approbation judiciaire sont nécessaires à la validité du traitement négocié. Dans le cadre du divorce par consentement mutuel conventionnel par exemple, il ne fait aucun doute que le formalisme légal est une condition de validité de l'accord, puisque la seule volonté des époux ne suffit pas à les faire divorcer. En effet, l'accord des volontés sur la rupture du mariage et ses effets doit être

¹ Un auteur voit à juste titre dans cette réappropriation du traitement des conflits, la manifestation à l'époque contemporaine d'une fonction de juger partagée. V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, *op. cit.*, p. 125 et s.

² N. FRICERO, « Le cadre juridique des modes amiables de résolution juridique des litiges familiaux », *op. cit.*, p. 72.

contenu dans un acte sous signature privée contresigné par les avocats des parties et établi dans les conditions prévues à l'article 1374 du Code civil¹.

Excepté le cas du divorce par consentement mutuel conventionnel, on constate que la plupart du temps, en matière extrapatrimoniale, c'est une approbation judiciaire de l'accord qui est exigée, puisqu'on y traite de questions qui par nature échappent au contrat et à l'autonomie de la volonté². Dès lors, les accords amiables en eux-mêmes ne seraient pas valables, c'est-à-dire que la seule rencontre des volontés ne suffit pas à permettre à ces accords d'accéder à la vie juridique³. Leur validité ne serait acquise qu'après une vérification par le juge de leur conformité aux intérêts protégés par la loi⁴. D'ailleurs, le fait qu'en la matière, les parties disposent de la faculté de changer d'avis en revenant sur la parole donnée⁵, avant la survenance du contrôle judiciaire, constitue un indice indéniable de l'absence de force obligatoire des traitements négociés non homologués⁶. Par exemple, il serait contraire à la volonté de pacification des rapports familiaux et à la recherche d'une solution effective au conflit, d'imposer l'homologation à un parent qui ne serait plus d'accord avec les modalités d'exercice de l'autorité parentale arrêtées à la suite d'un processus consensuel de gestion des conflits⁷.

En définitive, l'homologation fait accéder le traitement négocié à la vie juridique — au sens de validité de l'accord —, le dote de la force obligatoire ainsi que de la force exécutoire⁸. Par conséquent, les accords de traitement consensuel des conflits familiaux en matière extrapatrimoniale constituent, en principe — il peut arriver qu'exceptionnellement

¹ Voir l'article 229-1 du Code civil.

² M. BRUGEMAN, C. NEIRINCK, « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », RRJ 2009-1, p. 97.

³ Il convient toutefois de préciser que dans certaines situations, l'accord qui n'est pas valablement formé peut néanmoins, à titre officieux, régir les rapports juridiques des parties. En sus, il est même possible que cet accord officieux accède à la vie juridique par des chemins de traverse lorsque le juge décide de le faire sien. Par exemple, il ressort de l'article 373-2-11 du C. civ. que lorsque le juge statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il prend en compte, la pratique précédemment suivie par les parents ; et celle-ci peut résulter d'un accord officieux.

⁴ À rapprocher du phénomène plus général de la participation du juge à la formation des contrats. A. ENGEL-CREACH, *Les contrats judiciairement formés*, préf. A. BENABENT, Economica, 2002, p. 15 et s. - A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 1992.

⁵ Voir par exemple, I. BALENSI qui fait de l'existence de ce droit de repentir en matière familiale, un indice en faveur d'une analyse en termes de validité de la condition d'homologation obligatoire (I. BALENSI « L'homologation judiciaire des actes juridiques », RTD Civ. 1978, 42, spéc. p. 63, n° 37).

⁶ Comme le souligne un auteur, « l'homologation constituerait une condition de validité, si les parties pouvaient, avant elle, retirer leur consentement (...) ». P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 267.

⁷ D'ailleurs, l'article 373-2-7 du C. civ. dispose que « **les parents** peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention (...) ». L'assignation semble donc écartée en matière d'homologation de la convention organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il faut donc une requête conjointe des parents. Et celui des parents qui, entre temps, aura changé d'avis ne pourrait se voir imposer l'homologation.

⁸ Cass. 2° civ. 26 juin 1996, n° 94-17991, Bull. civ. II, n° 184.

l'homologation ne soit pas imposée —, des contrats dits solennels, c'est-à-dire des contrats dont la « *validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi* »¹.

118. Les conséquences sur la maîtrise du traitement consensuel. — Il a été rappelé que dans la plupart des cas, le traitement consensuel de nombreux conflits familiaux en matière extrapatrimoniale doit nécessairement faire l'objet d'une approbation judiciaire. Par exemple, pour toute convention qui intéresse de près ou de loin les conséquences du divorce, le juge doit contrôler qu'elle protège les intérêts des différents protagonistes, au rang desquels figurent les enfants et les époux divorçant² (art. 1100 du CPC et 268 du C. civ.). Le juge doit également s'assurer que ces mêmes intérêts sont protégés lorsque la convention est relative à l'organisation des modalités de l'autorité parentale (art. 373-2-7 du C. civ.).

Or, l'exercice du contrôle de l'équilibre des intérêts en présence peut être l'occasion pour le juge de déposséder les parties du traitement de leur conflit, alors que celles-ci se sont engagées dans un processus de gestion consensuelle pour garder la maîtrise de ce traitement. Même si en théorie, le juge ne dispose pas du « pouvoir de modifier » le contenu de l'accord, mais d'un « pouvoir de faire modifier » ce contenu³, en pratique, on ne peut nier une dépossession indirecte des parties.

En effet, il ressort des termes du second alinéa de l'article 1565 du Code de procédure civile que « *le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes* ». Ce qui signifie que le juge de l'homologation ne dispose que de deux options : soit homologuer l'accord lorsqu'il constate qu'il satisfait aux exigences légales, soit refuser l'homologation.

Lorsque le juge refuse l'homologation, il doit préciser les conditions et garanties auxquelles sera subordonnée l'homologation sollicitée⁴. Pour ce faire, le juge s'explique sur les éléments qui selon son jugement empêchent l'homologation, propose des pistes d'amélioration de l'accord, mais jamais n'impose une solution, puisque celle-ci doit théoriquement rester l'affaire des parties. Cependant, désirant obtenir l'homologation de leur accord, les parties n'ont en pratique pas d'autres choix que de suivre les recommandations du juge. Ce qui indirectement les prive du droit de déterminer librement le contenu du traitement envisagé. D'ailleurs, l'entêtement à ne pas suivre les recommandations du juge peut entraîner comme en matière de divorce par consentement mutuel une sanction radicale qui est la caducité de la

¹ Article 1109 al. 2 du Code civil.

² Cass. 2^e civ., 24 févr. 2000, n° 98-19177, Dr. fam. 2000, comm. 57, note H. LECUYER.

³ Un auteur a pu parler de pouvoir de « réfaction » de la convention des parties. V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, op. cit., p. 157, n° 235.

⁴ C'est par exemple le cas en matière de refus d'homologation d'une convention de divorce (art. 1100 du CPC).

demande¹. Ce qui tend à démontrer si besoin est que le juge, par son refus d'homologation ou son homologation partielle, force les parties qui souhaitent obtenir l'homologation, à modifier ce qui a été leur commune intention quant au traitement de leur conflit.

Autrement dit, ce que nous essayons de démontrer, c'est que la maîtrise consensuelle du traitement des conflits familiaux doit être relativisée, parce qu'il arrive souvent que la solution négociée ne soit qu'un pâle reflet de la commune intention des parties.

En définitive, parce que les traitements consensuels des conflits en droit extrapatrimonial de la famille s'opèrent généralement sous la tutelle d'un juge protecteur des intérêts des plus faibles, la régulation conventionnelle ne peut constituer une technique efficace de réduction de l'aléa en la matière. En effet, c'est en voulant échapper à l'aléa judiciaire que la gestion consensuelle a été envisagée. Si cette dernière reconduit les parties devant le juge quant à l'ordonnement des intérêts conflictuels, on se retrouve pris dans un cercle vicieux.

En sus du risque de dépossession des parties de leur pouvoir décisionnel, il convient de souligner qu'il est inapproprié de vouloir pallier l'incertitude des traitements juridictionnels par le canal de techniques consensuelles qui aboutissent à des solutions dont la stabilité n'est pas toujours garantie.

§-2 : LE RISQUE DE PRECARITE DES TRAITEMENTS NEGOCIES

119. Pour que la gestion consensuelle participe à la réduction de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux, il est impératif que l'ordonnement des intérêts familiaux qui en découle puisse valablement régir les rapports des parties, conformément à leur prévision. En d'autres termes, l'application effective des traitements négociés constitue un élément de la prévisibilité. Or, on constate que la pérennité de ces accords n'est pas toujours garantie. En dehors des accords portant sur les conséquences du divorce par consentement mutuel judiciaire, les autres accords familiaux ne jouissent pas, du moins de façon certaine, d'une sécurisation optimale contre les tentatives de remise en cause ; ce qui les expose par conséquent à une certaine précarité incompatible avec le besoin de sécurité dont la recherche de satisfaction justifie dans le cadre de la présente recherche, une maîtrise de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux.

¹ En effet, dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel non déjudiciarisé, à la suite d'un premier refus d'homologation de la convention, si le juge refuse à nouveau d'homologuer la nouvelle convention qui lui est présentée, il rend alors une ordonnance par laquelle il constate la caducité de la demande de divorce (art. 1101 al. 3 du CPC).

120. La stabilité certaine des accords portant sur les conséquences du divorce par consentement mutuel judiciaire. — Le divorce par consentement mutuel suppose un accord intégral des époux sur le principe du divorce et sur ses effets. Ces accords peuvent être obtenus dans le cadre d'un processus de gestion consensuelle à l'instar de la convention de procédure participative. Une fois la convention homologuée¹ et le divorce prononcé, se pose la question de la permanence des mesures négociées.

À ce propos, il convient de noter que la convention homologuée par laquelle les parties règlent les conséquences tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales de leur divorce par consentement mutuel perd sa nature composite ; il n'y a pas lieu, en ce qui concerne les voies de recours, de distinguer la convention qui contient l'accord, du jugement d'homologation². L'intervention judiciaire vient en quelque sorte gommer le caractère contractuel de la convention, puisque les principales causes de rétractation des conventions ne s'appliquent pas aux conventions de divorce par consentement mutuel.

Cette interdiction de recourir aux voies de nullité contre les conventions homologuées dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire ne découle pas expressément des textes. Elle est le fruit d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation³ qui, s'appuyant sur la volonté du législateur de lier étroitement le prononcé du divorce par consentement mutuel — ancien divorce sur requête conjointe — et l'homologation de la convention⁴, a procédé en la matière au renforcement de l'intangibilité de ces accords une fois homologués. Il ressort de cette jurisprudence qu'un lien d'indivisibilité existe entre la convention homologuée et le prononcé du divorce, puisque la convention homologuée ne peut plus être remise en cause une fois le divorce devenu définitif, c'est-à-dire une fois le délai du pourvoi en cassation expiré⁵. Cette indivisibilité, même si elle a pu être jugée indésirable⁶, renforce incontestablement l'intangibilité de la convention homologuée.

¹ L'homologation de la convention réglant les effets du divorce relève de la matière gracieuse (art. 230 du C. civ. et 1088 du CPC).

² B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, *Mélanges J. HAUSER*, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 373 et s.

³ Cass. 2^e civ., 6 mai 1987, n° 86-10107, *Defrénois* 1987, p. 1069, obs. J. MASSIP. - Cass. 2^e civ., 13 nov. 1991, n° 90-17840, *Bull. civ. II*, n° 303 - Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823, *RTD civ.* 1995, p.337, obs. J. HAUSER, *Defrénois* 1995, p. 723, obs. J. MASSIP. - Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 08-70214, *JCP (N)* 2010, p. 1250, note J. MASSIP ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 141, p. 30, note A. DE VREGILLE.

⁴ Article 232 du Code civil.

⁵ J. RUBELLIN-DEVICHI, *Du caractère « définitif » de la convention dans le divorce sur requête conjointe*, *RTD civ.* 1987, p. 287.

⁶ A. TISSERAND, « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », in, *Mélanges D. HUET-WEILLER*, 1994, LGDJ, p. 497 s.

Dans le même sens, un auteur soulignait qu'une fois que « c'est fait, c'est fait... même s'il y a eu fraude, immoralité, lésion, dol, violence, absence de cause, aliénation mentale, vice ou absence de consentement.

S'agissant des époux, il faut noter que n'est pas recevable une demande en nullité pour vices du consentement¹, une demande en rescision pour cause de lésion², une action *de in rem verso*³, qui serait dirigée contre la convention homologuée. De même, le recours en révision contre le jugement d'homologation est irrecevable⁴. S'agissant des créanciers, ils ne peuvent exercer une action paulienne contre la convention de divorce⁵ ni une action en inopposabilité fondée sur la fraude⁶.

Néanmoins, il convient de constater que cette immutabilité de la convention homologuée connaît des tempéraments.

Tout d'abord, l'article 279 du Code civil prévoit que la convention même homologuée peut être remise en cause par les parties d'un commun accord ou par l'effet des clauses de modification qu'elle contient⁷.

Ensuite, il est possible de remettre en cause indirectement la convention homologuée en exerçant une voie de recours contre la décision prononçant le divorce. Toutefois, il faut s'empresse de faire remarquer, d'une part, que l'appel n'étant pas possible contre une décision prononçant le divorce⁸, et que, d'autre part, l'exercice du pourvoi en cassation, voie de recours possible étant enfermé dans un bref délai de quinze jours à compter du prononcé de la décision qui homologue la convention des époux et prononce le divorce⁹, la possibilité de

L'homologation du juge a tout effacé même si le juge n'a rien vu et ne pouvait rien voir. Curieuses conventions du droit de la famille ! Tantôt elles n'ont guère de force obligatoire, sont sujettes à révision ou à rétractation, tantôt elles sont pourvues d'une énergie inouïe ». P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4^e éd., Defrénois, 2011, n° 617, p. 267.

¹ Cass. 2^e civ., 6 mai 1987, n° 86-10107, Defrénois 1987, p. 1069, obs. J. MASSIP. - Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823, RTD civ. 1995, p.337, obs. J. HAUSER, Defrénois 1995, p. 723, obs. J. MASSIP.

² Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2010, n° 08-70214 et n° 08-12395. - R. GUIMBELLOT, *La convention définitive de divorce, en cas de divorce sur requête conjointe, peut-elle donner lieu à une action en rescision pour lésion ?*, D. 1981, Chron. 277. - J. LAFOND, Conventions de divorce sur requête conjointe et rescision pour lésion, JCP (N) 1980. I. 285 et 1988. I. 87.

³ Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1998, Dr. fam. 1998, n° 96-11845.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, Dr. fam. 2008, n° 11, comm. 153, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RJPF 2009, n° 2, p. 18, obs. T. GARÉ ; AJ. fam. 2008, p. 476, obs. S. DAVID ; Defrénois 2009, p. 547 obs. J. MASSIP.

⁵ Cass. 2^e civ., 25 nov. 1999, n° 97-16488.

⁶ Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, AJ. fam. 2012, p. 47, obs. S. DAVID ; Dr. fam. 2012, n° 1, p. 28, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RJPF 2012, n° 1, p. 22, obs. T. GARÉ ; JCP (N) 2013, n° 21, p. 42 obs. C. LESBATS ; RTD civ. 2012, p. 98, obs. J. HAUSER.

⁷ Voir par exemple, V. ÉGEA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, p. 137, n° 240.

⁸ Il convient de préciser que si l'appel n'est pas possible contre une décision prononçant le divorce, elle reste néanmoins possible contre les décisions refusant de prononcer le divorce. En effet, d'après l'article 1102 du Code de procédure civile « les décisions du juge aux affaires familiales sont susceptibles d'appel, à l'exception de celles qui prononcent le divorce ». On en déduit *a contrario* que si le juge refuse de prononcer le divorce, l'appel est possible. Or, puisque la convention de divorce n'est homologuée que si le juge prononce le divorce, elle ne pourra être remise en cause indirectement que par l'exercice d'un pourvoi en cassation, puisque la voie de l'appel étant fermée.

⁹ Article 1103 du Code de procédure civile.

remettre en cause indirectement la convention homologuée par le biais de la décision prononçant le divorce est en pratique exceptionnelle.

Aussi, l'article 1104 du Code de procédure civile permet aux créanciers des époux de former une tierce opposition contre la décision d'homologation¹ dans l'année qui suit la mention de la décision de divorce en marge des actes d'état civil. Contrairement au délai trentenaire de droit commun pour former une tierce opposition², ici, l'action des créanciers se retrouve enfermée dans un bref délai et surtout, elle ne remet en cause ni le prononcé du divorce ni la valeur de la convention dans les rapports entre les époux. Seul le créancier qui forme la tierce opposition bénéficiera de l'inopposabilité de la convention.

De même, il est admis que les époux peuvent après l'homologation de la convention et le prononcé du divorce demander un partage complémentaire en cas d'omission d'un élément d'actif ou de passif³.

Enfin, par exception au principe d'immutabilité, les mesures par nature révisables contenues dans la convention de divorce homologuée peuvent être révisées à certaines conditions. Ainsi, en cas de survenance de fait nouveau, les mesures relatives aux enfants peuvent être modifiées ou complétées par le juge aux affaires familiales à la demande d'un parent ou du ministère public qui peut lui-même être saisi par un tiers parent ou non⁴. De même en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties, la prestation compensatoire peut être révisée⁵.

En définitive, en retenant comme règle l'indivisibilité entre la convention homologuée et la décision prononçant le divorce, la Cour de cassation vient garantir l'intangibilité des conventions de divorce par consentement mutuel. Dans le même ordre d'idées, il est possible de prêter au législateur la volonté de sécuriser les accords entre époux survenant dans le cadre d'un divorce contentieux.

121. La stabilité incertaine des accords portant sur les conséquences des divorces contentieux. — Dans le cadre des divorces autres que par consentement mutuel, le législateur incite les époux à procéder à un règlement consensuel des conséquences du divorce⁶. Aux termes du second alinéa de l'article 268 du Code civil, ces conventions sont

¹ Cass. 1^{re} civ., 13 mai 2015, n° 14-10501, AJ. fam. 2015, p. 350, note P. HILT.

² Article 586 al. 1 du Code de procédure civile.

³ Sur ce point, voir par exemple, P.-J. CLAUD, S. DAVID (dir.), *Droit et pratique du divorce*, Dalloz, 2015, p. 240, n° 135.411 et s.

⁴ Article 373-2-13 du Code civil.

⁵ Articles 276-3, 275 al. 2 et 3 du Code civil.

⁶ Article 268 du Code civil.

soumises à l'homologation du juge qui « *après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce* »¹. Le législateur semble donc, comme en matière de divorce par consentement mutuel lier l'homologation de la convention et le jugement prononçant le divorce. Dès lors, on doit considérer que le principe d'indivisibilité doit également s'appliquer en l'espèce². D'ailleurs, il est difficile de nier l'existence d'une continuité de pensée entre le divorce par consentement mutuel et les « poches » d'accord dans les divorces contentieux. Les traiter différemment reviendrait à nier l'objectif législatif de pacification des relations familiales et de simplification procédurale.

Cependant, cette sécurisation optimale des accords survenus dans le cadre des divorces judiciaires contraste avec la précarité des conventions de divorce par consentement mutuel conventionnel.

122. La précarité des accords portant sur les conséquences du divorce par consentement mutuel conventionnel. — Le divorce par consentement mutuel conventionnel est un divorce sans juge qui ne pourra bénéficier de l'effet protecteur de l'homologation judiciaire qui assure traditionnellement une stabilité des mesures négociées dans le cadre du divorce par consentement mutuel judiciaire. En effet, en matière de divorce par consentement mutuel conventionnel, on se trouve en présence d'un acte sous signature privée contresigné par avocats et qui pourra être remis en cause par la voie d'une action en nullité, lorsqu'il apparaît par exemple qu'il est vicié³. De même, en raison de la disparition de toute homologation judiciaire, les tiers, en particulier les créanciers des époux, pourront introduire une action paulienne s'ils estiment que la convention de divorce a été conclue en fraude de leurs droits⁴.

Il apparaît donc qu'en matière de divorce par consentement mutuel conventionnel, une certaine précarité pèse sur l'ordonnancement des intérêts auquel les parties aboutissent⁵. Ce

¹ Comme le souligne un auteur, « l'article 279-1 du Code civil rend applicables les dispositions des articles 278 et 279 à ces conventions homologuées, qui sont ainsi dotées de la force exécutoire d'une décision de justice ». N. FRICERO, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge », RJPf 2010, n° 1, p. 8 et s. spéc. p. 11.

² En faveur d'une telle interprétation, voir par exemple, B. MELIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, Mélanges J. HAUSER, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 373, spéc. p. 376.

³ Voir par exemple, S. THOURET, « Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel ? », Dr. fam. 2016, n° 7-8, dossier 30.

⁴ S. THOURET, « Quelles voies de recours dans le nouveau divorce par consentement mutuel ? », *op. cit.*, n° 4-5 - V. ÉGEA, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2016, p. 147.

⁵ Notons toutefois que si la nullité de l'acte sous signature privée contresigné par avocats venait à être prononcée, elle ne porterait que sur les conséquences du divorce et non sur le principe même du divorce. H. FULCHIRON, « L'après-divorce sans juge », Dr. fam. 2016, n° 7-8, dossier 32, n° 10-12.

qui tend à démontrer, par voie de conséquence, que la gestion consensuelle n'est pas toujours un outil de rationalisation adapté.

123. La précarité des accords relatifs à l'autorité parentale. — En matière d'autorité parentale, l'article 373-2-7 du Code civil prévoit que les parents peuvent organiser de manière consensuelle l'exercice de l'autorité parentale. Le fait que ce texte renvoie expressément aux modalités d'exercice de l'autorité parentale a conduit des auteurs à faire remarquer, de façon fort convaincante, que la gestion consensuelle devrait se limiter aux « modalités d'exercice » de l'autorité parentale, excluant ainsi tout accord sur « le principe de l'exercice » de l'autorité parentale qui est en droit, l'exercice conjoint par les deux parents¹. D'ailleurs, en plus de la lettre de l'article 373-2-7 du Code civil qui vise explicitement les modalités d'exercice, ces auteurs font remarquer que l'article 373-2-1 du même code renvoie au seul juge pour ce qui est de l'exercice exclusif de l'autorité parentale.

Cependant, au regard de nos précédentes démonstrations portant sur l'éligibilité de la gestion consensuelle en matière extrapatrimoniale, qu'il nous soit permis de faire remarquer que l'autorité parentale relevant d'un ordre public fonctionnel, les parties peuvent bien convenir par convention d'un exercice exclusif, sous couvert d'un contrôle *a posteriori* du juge portant sur la conformité de la mesure à l'intérêt de l'enfant². Par conséquent, quand nous parlerons d'accords en matière d'autorité parentale, nos propos ne se limiteront pas à la seule gestion consensuelle des modalités d'exercice. Cette précision faite, il convient de s'atteler à la question de la pérennité des accords en matière d'autorité parentale.

Concrètement, les accords en matière d'autorité parentale interviennent le plus souvent en cas de séparation du couple parental. Ainsi, lorsque les parents sont mariés, les négociations en vue d'un accord portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale peuvent intervenir en amont, pendant, ou en aval d'une procédure de divorce ou de séparation de corps. À l'inverse, lorsque les parents ne sont pas mariés, les négociations interviennent en dehors de toute procédure et ce n'est qu'une fois l'accord obtenu que les parties saisiront le juge en vue d'une homologation³.

¹ M. REBOURG, « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », Dr. fam. 2004, étude 17, spéc. n° 8 et s. - V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, Rép. proc. civ. Dalloz, *V° Autorité parentale*, spéc. n° 174 et s.

² Pour la possibilité d'une autorité parentale exclusive prévue dans les accords entre parents, voir par exemple, P.-J. CLAUX, S. DAVID (dir.), *Droit et pratique du divorce*, Dalloz, 2015, p. 221, n° 135.161.

³ Article 373-2-7 du Code civil.

Qu'on soit dans le cadre d'une procédure de séparation ou non, la médiation ou la procédure participative constituent les outils privilégiés dans la recherche d'accords en matière d'autorité parentale. Et ces accords, une fois homologués, se pose la question de leur stabilité. À ce propos, il convient de souligner que lorsque l'accord portant sur l'exercice de l'autorité parentale fait partie des mesures figurant dans la convention de divorce, lui est applicable le principe d'indivisibilité qui renforce sa stabilité. Dans les autres hypothèses, les solutions demeurent incertaines. On peut considérer que le contrôle judiciaire exercé lors de l'instance en homologation purge la convention de ses vices et empêche toute remise en cause par la voie des actions en nullité¹. On peut aussi considérer que l'homologation ne fait pas disparaître l'origine conventionnelle de l'accord et que les actions en nullité doivent être admises à propos de la remise en cause de la convention homologuée. Entre ces deux voies, il faudrait plutôt, par souci de pacification des rapports familiaux, opter pour la solution la plus favorable à l'objectif de stabilité, à savoir l'interdiction de l'exercice des actions en nullité contre la convention elle-même. Néanmoins, il ne faudrait pas oublier que les décisions relatives à l'autorité parentale étant par nature révisables — à condition que surviennent des faits nouveaux —, le résultat de la gestion consensuelle en la matière souffrira toujours d'une certaine précarité. Ce qui signifie qu'en matière d'autorité parentale, le traitement consensuel homologué bénéficiera d'une force obligatoire et jouira d'une stabilité certaine, tant que l'intérêt de l'enfant ne viendra pas justifier sa modification ; et cette modification peut intervenir d'un commun accord, ou par décision judiciaire² en cas de contentieux³.

En définitive, l'objectif des développements qui précèdent était de démontrer que le risque de dépossession des parties de leur pouvoir décisionnel et le risque de précarité de certains traitements consensuels viennent limiter l'aptitude de la régulation conventionnelle à constituer un remède efficace à l'incertitude des traitements juridictionnels.

¹ C. HUGON, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », LPA 2003, n° 247, p. 4 et s.

² Article 373-2-13 du Code civil.

³ À noter que la majorité de l'enfant constitue le terme légal des accords parentaux portant sur l'autorité parentale (art. 371-1 du C. civ.)

CONCLUSION DU CHAPITRE

124. Poursuivant l'objectif de réduction de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux, il a été démontré qu'en raison de la possibilité offerte aux parties d'ordonner elles-mêmes les intérêts familiaux en conflit, la régulation conventionnelle pouvait légitimement être envisagée comme un remède à l'incertitude des traitements juridictionnels. Cependant, un potentiel décalage entre cette aptitude théorique et la pratique a très rapidement été mis au jour.

En effet, il est apparu, d'une part, qu'un risque de dépossession des parties de leur pouvoir décisionnel était à redouter. Ce qui aurait pour conséquence d'ôter tout intérêt à la régulation conventionnelle envisagée comme remède à l'incertitude des traitements juridictionnels. Toutefois, il a été observé que ce risque de dépossession des parties ne devait pas être surestimé, à plus forte raison, parce qu'il ne se réalise qu'en présence d'un ordonnancement des intérêts familiaux contraire à l'ordre public familial. La dépossession des parties de leur pouvoir décisionnel n'étant pas arbitraire, mais au contraire motivée par la protection de l'intérêt général ou de l'intérêt de la partie réputée la plus faible, ce risque se trouve par conséquent circonscrit.

Il est apparu, d'autre part, qu'un risque de précarité des traitements négociés était susceptible d'ôter tout intérêt à la régulation conventionnelle, envisagée comme remède à l'incertitude des traitements juridictionnels. Mais une fois encore, il a été observé que ce risque ne devait pas être surestimé. En effet, en l'état actuel de notre droit, les traitements consensuels doivent, en général, être homologués. Et, une fois homologués, ils ne sont pas plus précaires que les traitements contentieux. Il arrive même qu'en fonction des domaines, la pérennité des traitements consensuels soit mieux assurée qu'en matière contentieuse, comme c'est le cas en matière de divorce par consentement mutuel prononcé par le juge¹. En sus, il ne faut pas oublier que le jugement homologué bénéficie d'une autorité de la chose jugée comme le

¹ Voir par exemple en matière de divorce par consentement mutuel où la tierce opposition des créanciers contre le jugement d'homologation est, contrairement au délai trentenaire de droit commun (art. 586 al. 1 du CPC), enfermée dans un bref délai d'un an suivant la mention de la décision de divorce en marge des actes d'état civil des époux (art. 1104 du CPC).

jugement contentieux¹ ; même lorsque le droit positif décide d'offrir aux parties la possibilité de remettre en cause les accords par voie de nullité, cette précarité apparaît comme une sanction d'un comportement défectueux – accord réalisé en fraude des droits d'autrui – et non comme le signe d'une dévalorisation ou d'une infériorité de la gestion consensuelle par rapport à la gestion contentieuse classique.

Il s'infère de ces observations que la régulation conventionnelle peut valablement participer à la réduction de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux. Cependant, elle est loin, à notre sens, de constituer une technique opportune. En effet, la prévisibilité à laquelle on aboutit par le canal des modes amiables de règlement des conflits est somme toute subjective, puisque l'arbitrage entre intérêts familiaux qui résulte de négociations individuelles n'a aucune vocation à servir de modèle ou à être transposé dans le cadre d'autres conflits. On en déduit donc que la régulation conventionnelle n'est pas une technique opportune de domestication de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux, parce qu'il est impossible de reconstruire un paysage juridique à partir d'arbitrages consensuels éminemment conjoncturels. Toutefois, étant donné qu'une prévisibilité même subjective reste préférable à l'imprévisibilité, la régulation conventionnelle demeure un traitement d'appoint appréciable contre l'aléa dans les cas particuliers.

¹ V. ÉGEA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, op. cit., p. 178 et s.

CONCLUSION DU SECOND TITRE

125. Le législateur, pour en finir avec « *le spectre de la société contentieuse* »¹, a entendu impulser à travers le développement des modes consensuels de gestion des conflits, un changement des mentalités. Il s'agit de faire intégrer aux justiciables l'idée selon laquelle les tribunaux ne constitueraient plus la voie naturelle de résolution d'un conflit, mais un ultime recours en cas d'échec de la voie consensuelle. La justice contemporaine se veut donc consensuelle et exceptionnellement imposée. Ce constat a alors conduit à une interrogation portant sur les implications de la justice consensuelle dans le traitement des conflits familiaux. Plus précisément, la préoccupation principale consistait à vérifier si la régulation conventionnelle pouvait être un remède efficace à l'incertitude du traitement juridictionnel des conflits familiaux.

Pour répondre à cette interrogation, il a fallu dans un premier temps démontrer que la régulation conventionnelle des conflits était possible en matière extrapatrimoniaire. En effet, même si la matière est largement d'ordre public, on a pu faire remarquer que toutes les règles placées au-dessus de la volonté des parties ne constituaient pas pour autant un obstacle dirimant au traitement négocié des conflits familiaux. Excepté les règles qui participent à la délimitation d'un cadre au phénomène familial, il a été souligné que rien n'empêchait le recours à la gestion consensuelle en matière extrapatrimoniaire, du moment qu'il est imposé aux parties pour parfaire leur accord, un contrôle judiciaire ou un formalisme protecteur des intérêts que le législateur a voulu préserver à travers l'élaboration de règles d'ordre public.

Au terme de ces développements ayant permis de démontrer la possibilité d'un recours à la gestion consensuelle des conflits familiaux, il a été question dans un second temps d'évaluer l'aptitude de la gestion consensuelle à constituer un remède efficace à l'incertitude des traitements juridictionnels. À ce propos, il a été constaté, d'une part, qu'en offrant aux parties l'opportunité de participer à l'élaboration de la solution qui sera appliquée à leur conflit, la régulation conventionnelle ne pouvait que constituer un remède à l'incertitude du traitement des conflits familiaux. Mais, la multiplication des possibilités de remise en cause de l'ordonnement des intérêts familiaux qui découle des traitements négociés, additionnée au risque de dépossession des parties du pouvoir décisionnel, ont éclairé d'une franche lumière

¹ L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in Mélanges G. CORNU, PUF, 1994, p. 29 et s.

les limites d'une rationalisation du traitement des conflits familiaux par le truchement de la régulation conventionnelle. Mais, c'est surtout le constat d'une relativité de l'ordonnement des intérêts familiaux issue des traitements négociés qui a achevé de convaincre sur l'inopportunité d'une rationalisation par le canal de la gestion conventionnelle des conflits familiaux. Pour le dire autrement, la gestion conventionnelle peut constituer un outil de réduction de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux, mais reste incapable à participer à la modélisation dudit traitement.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

126. Le traitement des conflits familiaux reste souvent une affaire de cas puisque le législateur permet au juge, lors de la concrétisation de la règle de droit, d'opérer un contrôle d'opportunité en écartant les solutions inadaptées¹. Cependant, le besoin de prévisibilité des traitements n'est pas pour autant ignoré par le législateur. En effet, en procédant à une relecture des règles intéressants le traitement des conflits familiaux, on a pu constater qu'une prévisibilité des traitements pouvait être atteinte soit par le truchement de techniques permettant d'objectiver le processus décisionnel, soit par le truchement d'une délégation du pouvoir décisionnel aux parties.

S'intéressant tout d'abord à l'objectivation du processus décisionnel, il est apparu que les fins de non-recevoir, les présomptions, les fictions, la chronologie constituaient autant de techniques législatives permettant de limiter la part créatrice du juge dans la concrétisation de la règle de conflit. En mobilisant ces techniques dans son cas d'espèce, le litigant oblige le juge à se contenter d'une concrétisation de la hiérarchie des intérêts préétablie par le législateur, pour trancher le conflit.

S'intéressant ensuite à la délégation du pouvoir décisionnel aux parties, il est apparu que la régulation conventionnelle permet aux litigants de palier l'incertitude des traitements juridictionnels.

Cependant, la simple présence en droit positif des mécanismes d'objectivation du processus décisionnel et de délégation du pouvoir décisionnel ne permet pas d'affirmer que le besoin de prévisibilité des traitements est atteint de façon satisfaisante.

Tout d'abord, il convient de faire remarquer que ces mécanismes ne sont pas toujours mobilisables ; il existera des situations conflictuelles dans lesquelles aucun critère d'objectivation des traitements ne pourra être éligible ni la délégation du pouvoir décisionnel envisageable. Dans ces configurations conflictuelles, la fatalité ne pourrait constituer un argument recevable pour priver de sécurité juridique les litigants.

Ensuite, même si ces mécanismes de rationalisation des traitements étaient mobilisables, rien ne garantit que l'ordonnancement des intérêts, imposé ou négocié, régira effectivement les rapports des parties conformément à leurs prévisions. En effet, il a pu être démontré que l'ordonnancement imposé des intérêts pouvait être annihilé par le biais d'un contrôle de

¹ C. POMART, *La magistrature familiale*, préf. F. Dekeuwer-Défossez, L'Harmattan, 2003, p. 337.

conventionnalité, et que les traitements négociés pouvaient être remis en cause par un contrôle judiciaire ou par une partie.

Enfin, il nous est apparu que la prévisibilité qu'on atteignait par le biais des mécanismes du droit positif était une prévisibilité du cas qui ne permettait pas toujours de restaurer une cohérence d'ensemble. Or, c'est vers une prévisibilité d'ensemble qu'il faudra tendre afin de garantir, peu importe la configuration conflictuelle, une certaine prévisibilité aux litigants. Pour ce faire, la présente recherche doit s'enrichir d'une réflexion portant sur les moyens d'assurer une prévisibilité d'ensemble en matière de traitement des conflits familiaux.

PARTIE II : LA PREVISIBILITE DES TRAITEMENTS *DE LEGE*

FERENDA

127. Il est possible d'améliorer la prévisibilité du traitement juridictionnel des conflits en droit extrapatrimonial de la famille en complétant utilement les mécanismes d'ordonnancement des intérêts conflictuels issus du droit positif. Ainsi, à côté de la gestion consensuelle et des techniques processuelles ou substantielles d'objectivation du processus décisionnel, d'autres mécanismes destinés à rendre plus cohérent et plus intelligible le traitement des conflits familiaux sont envisageables. Dans cette optique, on se propose tout d'abord de mettre en lumière les techniques de gestion préventive des conflits familiaux, curieusement délaissées par le législateur (Titre I).

Ensuite, parce que la régulation préventive ne prémunit pas totalement contre la survenance de conflits, il sera question de réfléchir aux moyens permettant de rendre moins incertain le traitement curatif desdits conflits. À ce titre, la voie de la systématisation de la gestion curative mérite d'être explorée (Titre II) ; elle conduira à se demander s'il est encore possible de construire un modèle cohérent d'arbitrage entre intérêts familiaux antagonistes.

TITRE I : L'AMELIORATION DE LA GESTION PREVENTIVE

« Præstat cautela quam medela »¹

128. La règle de sagesse qui enseigne que « mieux vaut prévenir que guérir », doit être envisagée avec un intérêt particulier dans un domaine comme celui du traitement des conflits familiaux, où l'on peine à domestiquer l'aléa. En effet, s'il est difficile de réduire l'aléa dans la gestion curative des conflits familiaux, peut-être serait-il judicieux d'intervenir en amont, en s'impliquant plus dans la gestion préventive de ces conflits. L'idée étant de faire de la gestion préventive, la clé pour une maîtrise de l'aléa dans le traitement des conflits familiaux. Pour ce faire, on espère naturellement, par le biais de la gestion préventive, éviter la survenance des conflits familiaux dans le paysage juridique. Mais, on espère surtout, par le biais de la gestion préventive, participer à la stabilité des solutions en évitant la résurgence des conflits familiaux déjà traités. Poursuivant ces deux objectifs, les développements du présent titre s'articuleront, d'une part, autour de la prévention de la naissance des conflits familiaux (Chapitre I), et, d'autre part, autour la prévention de l'itération des conflits familiaux traités (Chapitre II).

¹ Prévenir vaut mieux que guérir.

CHAPITRE I : PREVENIR LA NAISSANCE DES CONFLITS FAMILIAUX

129. Prévenir la survenance des conflits familiaux nécessite de remonter aux origines du processus entropique de ces conflits¹, c'est-à-dire à « l'évènement-source » qui les engendre.

Une telle démarche préventive est perceptible en matière de régulation des « conflits d'intérêts » — définis comme une situation d'incompatibilité entre, d'une part, un intérêt dont une personne a la charge et, d'autre part, son intérêt personnel — où le législateur, au cours de ces dernières années, a déployé un véritable effort de prévention². En revanche, pour ce qui est des conflits familiaux tels que nous les appréhendons dans le cadre de cette étude — c'est-à-dire un affrontement relatif à la satisfaction d'avantages antagonistes entre deux personnes unies par un lien de famille ou qui prétendent l'être —, on a l'impression que le législateur ne croit pas aux vertus d'une gestion préventive, comme si en la matière, quoiqu'on fasse, les parties trouveront toujours le moyen d'en venir au conflit. Ce sentiment de désintérêt pour la prévention des conflits familiaux se trouve légitimé par le manque de lisibilité et d'efficacité des mesures de gestion préventive mises en place. En effet, il faut bien admettre qu'en matière de gestion préventive des conflits familiaux, le législateur adopte une approche segmentée alors qu'il aurait fallu adopter une véritable stratégie de prévention. Par conséquent, il sera question, en partant du constat de la faiblesse de la gestion préventive des conflits familiaux en droit positif (Section I), de proposer au législateur, à titre prospectif, des outils permettant de mettre en place une véritable stratégie de prévention des conflits familiaux (Section II).

¹ Le processus entropique des conflits désigne la transformation d'une situation normale en situation de crise. À propos du processus entropique des conflits, voir, M. DAUMAS, *Valeurs et pouvoirs. Essai sur les conflits familiaux en France au XVIII^e siècle*, th. dactyl. Paris, 1986, p. 79. L'auteur explique qu'un conflit n'est que la conséquence d'une rupture d'un équilibre initial et que la gestion préventive consiste à éviter la rupture de cet équilibre.

² Voir par exemple le rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, J.-M. SAUVE, D. MIGAUD, J.-C. MAGENDIE, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, La Documentation française, 2011 ; URL : <http://www.conflits-interets.fr/pdf/rapport-commission-conflits-interets-vie-publique.pdf> - Voir également le rapport d'information du Sénat portant sur la prévention des conflits d'intérêts pour les parlementaires ; Rapp. Sénat, S.O. 2010-2011, n° 518, URL : <http://www.senat.fr/rap/r10-518/r10-5181.pdf> - Voir enfin, le Décret n° 2014-34 du 16 janvier 2014 relatif à la prévention des conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions ministérielles ; JORF 2014, n°0014, p. 840, texte n° 1.

À noter également que les études doctrinales relatives à cette forme de conflits mettent systématiquement l'accent sur leur gestion préventive. Voir par exemple, D. SCHMIDT, *Essai de systématisation des conflits d'intérêts*, D. 2013, p. 446 ; C.-L. VIER, *La notion de conflit d'intérêts*, AJDA 2012 p. 869 ; P.-F. CUIF, *Le conflit d'intérêts*, RTD com. 2005, p. 1.

Pour une analyse approfondie de la gestion préventive des conflits d'intérêts, voir, T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, th. dactyl. Caen, 2013, p. 395 et s.

SECTION I : LE CONSTAT DE LA FAIBLESSE DE LA GESTION PREVENTIVE

130. Il convient de souligner qu'en droit positif, les mesures destinées à la prévention des conflits familiaux brillent par leur rareté. D'ailleurs, pour ne pas conclure à leur inexistence, on sera poussé quelques fois à surinterpréter certaines dispositions du droit positif pour y voir des embryons de gestion préventive. C'est ainsi qu'on peut discerner en droit positif, une volonté du législateur de prévenir les conflits engendrés, soit par la survenance d'un lien conjugal¹ (§-1), soit par la survenance d'un lien parental² (§-2).

§-1 : LA PREVENTION DES CONFLITS FAMILIAUX ENGENDRES PAR LE LIEN CONJUGAL

131. En droit positif, il est possible de voir dans la prohibition du lien conjugal (A) ou dans la limitation des effets de certains liens conjugaux (B), une volonté du législateur de prévenir la survenance de conflits familiaux.

A- LA PREVENTION PAR LA PROHIBITION DU LIEN CONJUGAL

132. Au-delà des considérations socioculturelles par lesquelles s'explique traditionnellement la prohibition de la bigamie et de l'inceste, il est permis de justifier ces interdits par des considérations beaucoup plus techniques comme la nécessité de prévenir les conflits familiaux qui naîtraient, soit de la concurrence des statuts conjugaux (1), soit de la confusion des rôles et places de chacun au sein du groupe familial (2).

¹ Si le « lien conjugal » doit désigner uniquement le lien matrimonial (voir, D. FENOUILLET, « Le lien conjugal », LPA 2004, n° 131, p. 58), on se permettra pour les besoins de la démonstration de désigner par moments - et sous couvert de précision - au travers de cette locution, tous les modes de conjugalité.

² Par « lien parental » on désigne le lien qui unit un enfant à ses parents, mais également le lien qui se crée entre les parents d'un même enfant. Sur la notion de lien parental, voir, M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, préf. F. TERRE, éd. Panthéon-Assas, 2003 - F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le lien parental », LPA 2004, n° 131, p. 70.

1) L'interdiction de la bigamie justifiée par la prévention d'une concurrence des statuts conjugaux

133. L'interdiction de la bigamie justifiée par des considérations techniques. —

La prohibition de la bigamie se comprend généralement comme une interdiction faite à une même personne de créer un lien de droit sur le plan de la conjugalité avec plusieurs autres¹. Il convient toutefois de préciser que ce qui est prohibé, c'est la création simultanée d'un tel lien de droit à l'égard de plusieurs personnes. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que le remariage à la suite d'un décès ou d'un divorce ne souffre d'aucune prohibition, et pourtant, ces situations peuvent s'analyser, selon le mot du doyen CARBONNIER, en bigamie successive admise par le législateur². De cette précision, le constat suivant peut être dressé : ce que craint réellement le législateur à travers l'interdiction de la bigamie, c'est l'accumulation de rapports conjugaux non dénoués, non liquidés. Dès lors, l'analyse simpliste qui consiste à considérer que cet interdit procède d'un jugement moral portant sur les mœurs doit être relativisée, puisque derrière le principe monogamique se profile en réalité une conception utilitariste du mariage. En effet, en faisant du mariage le cadre légal des relations sexuelles et en instaurant l'obligation de fidélité, le législateur a voulu rendre facile, à une époque où la science ne permettait pas encore les identifications biologiques, le rattachement juridique des enfants³. Puisque la mère était nécessairement celle qui accouche, il est probable, et même certain lorsque les époux se vouent une fidélité inébranlable, que le père soit celui qui au regard de la loi avait le droit d'entretenir des relations sexuelles avec la mère⁴. Le fondement technique de l'interdit apparaît ainsi au grand jour ; il s'agit en faisant du mariage monogamique le seul mode de vie en couple, d'éviter les conflits relatifs à l'établissement du lien filiation.

¹ Pour une distinction entre la bigamie et la polygamie, voir par exemple, S. GARGOULLAUD, B. VASSALLO, *Réinventer la famille ?*, La documentation française, 2013, p. 110 et s.

² Sur la polygamie successive et simultanée, voir, J. CARBONNIER, *La famille, l'enfant, le couple*, 21^e éd., PUF, 2002.

³ Pour une analyse de l'impact de la science sur le droit de la filiation, voir par exemple, G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, préf. F. VOUIN, PUB, 1991. - M. GOBERT, « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », in, *Génétique, procréation et droits*, Actes Sud, 1985, p. 162 et s.

⁴ Partant du constat suivant lequel « les opérations de la nature dans le mystère de la génération sont impénétrables ; il nous serait impossible de soulever le voile qui nous les dérobe : sans un mariage public et solennel, toutes les questions de filiation resteraient dans le nuage ; la maternité pourrait être certaine, la paternité ne le serait jamais (...) », PORTALIS justifiait la présomption de paternité et la conception monogamique du mariage qui lui sert de fondement à travers la finalité technique de prévention des conflits familiaux. Ainsi, d'après ce penseur du Code civil, « la présomption de la loi, fondée sur la cohabitation des époux, sur l'intérêt et la surveillance du mari, sur l'obligation de supposer l'innocence de la femme plutôt que son crime, fait cesser toutes les incertitudes du magistrat, et garantit l'état des personnes et la tranquillité des familles ». P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, t. 1, p. 499.

De nos jours, le mariage ne constitue plus le seul mode de conjugalité¹ et les progrès de la science permettent, sur le plan de la biologie, de rattacher avec certitude un enfant à ses auteurs. Mais pour autant, l'interdit de la bigamie n'a pas disparu, affermissant un peu plus l'idée suivant laquelle, au-delà des considérations morales, la règle a un fondement technique qui peut être cantonné dans une approche minimaliste à l'évitement des conflits en matière de filiation ; par conséquent, ce n'est qu'en cas d'échec de la prévention de ces conflits qu'on recourt à l'expertise biologique comme aide à la décision.

Dans une approche maximaliste en revanche, il est possible de voir dans l'interdiction de la polygamie un moyen permettant d'éviter les conflits sur le plan de la conjugalité. Concrètement, il est question d'éviter une concurrence des statuts conjugaux.

134. La prévention de la concurrence des statuts matrimoniaux — Pour éviter les conflits potentiels pouvant naître de l'engagement matrimonial pris par une personne à l'égard de plusieurs autres, la loi interdit par exemple aux personnes déjà engagées dans les liens d'un mariage de convoler à nouveau en justes noces, tant que le lien matrimonial antérieur n'aura pas été dissout² (art. 147 du C. civ.). Au-delà du fait que cette règle traduit un choix de politique législative en faveur d'une conception exclusive des rapports conjugaux, il est permis de relever qu'elle contribue également à limiter la survenance de situations potentiellement conflictuelles en évitant par exemple qu'une personne ne se retrouve simultanément débitrice d'obligations familiales réciproques souvent conçues comme exclusives. Tel est par exemple le cas de l'obligation de fidélité.

Il apparaît donc, au regard de ces observations, qu'il n'est pas incongru de voir dans l'interdiction de la bigamie, une technique de prévention des concurrences de statuts matrimoniaux. Dans le même ordre d'idées, on peut rattacher une fonction technique à la prohibition de l'inceste.

¹ Le mariage, le Pacs et le concubinage constituent les différents modes de conjugalité qui existent dans notre droit. Sur la distinction et l'intérêt de chacun de ses modes de conjugalité, voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, P. HILT, *Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide » : Que choisir entre ces trois modes concurrents de conjugalité ?*, AJ. fam. 2014, p. 658 - A. LEBORGNE, « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in, *Mélanges Jerry SAINTE-ROSE*, Bruylant, 2012, p. 675.

² Voir, G. ANDREO, *Bigamie et double ménage*, RTD civ. 1991, p. 263. - C. DUVERT, *Bigamie, J.-Cl. pénal*, fasc. 20.

2) La prohibition de l'inceste justifiée par la prévention des conflits au sein de la famille

135. L'interdiction de l'inceste justifiée par des considérations techniques. —

L'analyse des textes relatifs à la formation du mariage montre que le législateur interdit le mariage dans la famille par le sang, entre ascendants et descendants (art. 161 du C. civ.), entre frères et sœurs (art. 162 du C. civ.), entre l'oncle et la nièce ou le neveu, entre la tante et le neveu ou la nièce (art. 163 du C. civ.). Dans la famille par alliance, le mariage est également interdit entre alliés en ligne directe (art. 161 du C. civ.). Si en cas d'adoption plénière, les empêchements à mariage dans la famille par le sang demeurent transposables (art. 358 du C. civ.), en cas d'adoption simple, ces empêchements s'étendent à la fois à la famille par le sang et à la famille adoptive (art. 366 du C. civ.).

De telles prohibitions existent également pour le Pacs, puisque le législateur interdit la conclusion d'un Pacs entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus (art. 515-2, 1° du C. civ.)¹.

Ces interdits n'ont pas qu'un fondement moral. Ils ont également un fondement technique qui consiste à limiter la survenance de conflits familiaux. En effet, si l'interdiction de l'inceste se justifie en cas d'union entre parents par la nécessité d'éviter aux enfants à naître la probable survenance de tares physiologiques imputables à la consanguinité, c'est surtout par la volonté d'éviter de manière générale les rivalités ou les graves désordres auxquels les unions entre parents ou alliés peuvent donner naissance dans le groupe familial² qu'on mesure pleinement la portée technique de cette prohibition. Il peut donc être légitimement retenu que la prohibition de l'inceste vise à éviter, d'une part, l'éclatement du couple originel et d'autre part, les conflits subséquents en cas de remariage.

136. La prévention d'un éclatement du couple originel. — Un éminent auteur avait justement souligné que la prohibition de l'inceste, dans l'hypothèse où elle empêche un remariage entre parents ou alliés, était justifiée par la prévention d'un éclatement du couple

¹ À signaler à titre prospectif qu'un éminent auteur propose la suppression en matière de Pacs des empêchements tenant à la parenté. Il fait remarquer que « dans la mesure où il n'y a aucune connotation sexuelle ou de procréation dans le Pacs et qu'il s'agit seulement d'organiser une vie en commun, il nous semble qu'on doit abandonner, à ce niveau, toute référence aux interdits de parenté, ce qui permettra de tenir compte de toutes les structures de vie en commun y compris celles entre parents contrairement à la position de la Cour EDH. ». J. HAUSER, « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in, *Mélanges F. DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, 2012, p. 167.

² Voir dans ce sens, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, 7^e éd., Dalloz-Action, 2015, n° 112.21 - A. BATTEUR, *L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille*, RTD civ. 2000, p. 759. - D. GUEVEL, *La famille incestueuse*, Gaz. Pal. 2004, n° 290, p. 2, spéc. §-12 - I. CORPART, *L'inceste en droit français*, Gaz. Pal. 1995, II, doct., p. 888.

originel. Pour l'auteur, « *il ne faut pas que la perspective d'un mariage possible (surtout d'un changement de partenaire après divorce) vienne susciter des passions troubles entre membres de la même famille, peut-être de la même maison* »¹.

Il s'agit donc de dissuader les sentiments affectifs équivoques entre parents en empêchant leur consécration juridique. En effet, si « les passions troubles » malgré tout surviennent, le pari que fait le législateur en prohibant leur consécration juridique est le suivant ; sauf conviction d'un échec du lien matrimonial préexistant, l'impossibilité d'un remariage ou d'un partenariat avec le membre de la famille aimé suffit à ôter tout intérêt à la volonté de se libérer du lien matrimonial originel. Partant, il est permis de voir dans la prohibition de l'inceste, un moyen indirect de protection du lien matrimonial.

Toutefois, il convient de noter que si l'évitement de la séparation du couple originel peut justifier dans certaines situations l'interdiction de l'inceste, c'est surtout l'évitement des conflits subséquents à l'éventuel remariage des parents ou alliés qui traduit à nos yeux l'importance de cette prohibition. Ces conflits familiaux dont la survenance est évitée par la prohibition de l'inceste sont des conflits patrimoniaux exclus du champ de la présente analyse. Mais qu'il nous soit permis d'en faire état pour démontrer la faculté de l'interdit de l'inceste à participer à la prévention des conflits familiaux.

137. L'évitement des conflits familiaux subséquents au remariage. — En raison des conséquences successorales qu'engendre le mariage, admettre qu'un homme puisse, par exemple épouser sa belle-fille, revient à créer, lorsqu'il décède, une situation de concurrence sur son patrimoine entre, d'une part, son épouse, et, d'autre part, ses propres enfants qui sont en même temps des quasi-frères et des quasi-sœurs² de la veuve. La situation, objectera-t-on, n'est guère plus complexe qu'une concurrence successorale classique entre un conjoint survivant marâtre des descendants et ces derniers. Toutefois, il convient de relever en l'espèce que la confusion des qualités de conjoint survivant et de quasi-sœur des descendants est susceptible de complexifier, non pas sur un plan juridique, mais sur un plan humain, la liquidation d'une telle succession.

Dans d'autres situations en revanche, cette confusion des qualités ou rôles des membres d'une famille est susceptible d'entraîner des conséquences juridiques. C'est le cas par exemple, lorsqu'un homme épouse sa bru qui avait eu des enfants de sa précédente union. Dans cette

¹ J. CARBONNIER, *La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 446.

² On appelle quasi-frère ou quasi-sœur, les enfants qui sans avoir de parent biologique commun ont toutefois l'un de leurs deux parents engagés dans une union conjugale stable.

hypothèse, la hiérarchie successorale est bouleversée, puisque les petits-enfants se retrouvent moins bien placés dans l'ordre successoral du fait du mariage de leur propre mère !

D'ailleurs, la volonté d'éviter ces désordres susceptibles de découler du mariage entre parents ou alliés est clairement perceptible à la lecture de certaines dispositions légales prévoyant une possibilité de dispense. Ainsi, en prévoyant la possibilité de demander au Président de la République la levée de l'empêchement à mariage entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée (art. 164, 1^o du C. civ.), ou en permettant, sous réserve de dispense accordée par le Président de la République, à l'adopté simple d'épouser l'époux ou l'épouse de l'adoptant en cas de décès de ce dernier (art. 366 al. 4 du C. civ.), le législateur présume que le risque de désordre inhérent à la confusion des qualités n'est plus susceptible de se produire du fait du décès de celui qui pouvait le plus pâtir de la célébration de la nouvelle union.

Toutefois, si l'on procède à une analyse d'ensemble du droit de la conjugalité, il faut bien reconnaître que le législateur n'a pas donné une pleine effectivité à cette idée d'évitement des désordres engendrés par la confusion des rôles et places au sein du groupe familial. En effet, puisque ni le Pacs ni le concubinage ne créent de liens d'alliance, il est possible à un ex-concubin d'épouser la fille de son ex-concubine¹. Or, on ne pense pas que le trouble social pouvant résulter d'une telle situation soit fondamentalement différent de celui qui justifie l'empêchement à mariage entre une belle-fille et son parâtre.

En définitive, il est permis de retenir que la prohibition de la bigamie ou de l'inceste ne traduit pas seulement des choix socioculturels, et peut également s'expliquer par des considérations techniques comme la nécessité de prévenir la survenance de conflits familiaux. Ainsi, il a été démontré que la prohibition de la bigamie participe à la prévention de la concurrence des statuts conjugaux, tandis que la prohibition de l'inceste participe à la prévention de conflits susceptibles de naître de la confusion des qualités au sein du groupe familial.

Toujours à propos de la prévention des conflits familiaux engendrés par un lien conjugal, il convient de souligner qu'on rencontre également une volonté législative de prévenir les conflits pouvant naître d'une forme particulière de mariage à savoir le mariage posthume.

¹ Pour une analyse critique voir, X. LABBEE, *Les paradoxes de l'inceste*, Gaz. Pal. 2012, n^o 334, p. 5 et s.

B - LA PREVENTION DES CONFLITS PAR LA LIMITATION DES EFFETS DU MARIAGE POSTHUME

138. À la suite de la rupture du barrage de Malpasset en 1959 qui avait entraîné de nombreux morts, le législateur a été particulièrement ému par la situation, abondamment relayée par les médias, d'une jeune fiancée enceinte — qui avait perdu dans cette catastrophe son fiancé avec lequel elle aurait dû se marier dans les jours suivants —, au point de lui accorder une dispense exceptionnelle permettant la célébration du mariage avec son défunt fiancé. Dans la foulée, le législateur par une loi du 31 décembre 1959 avait introduit dans le Code civil un article 171 permettant à titre exceptionnel la célébration d'un mariage posthume¹. Or, il convient de souligner que cette forme particulière de mariage est susceptible d'engendrer des conflits entre les intérêts du conjoint et les intérêts de la belle famille. En effet, en permettant à la concubine ou au concubin du *de cuius* d'entrer dans la famille de ce dernier par le biais d'un mariage posthume (art. 171 du C. civ.), le législateur crée une situation fortement polémogène au sein du groupe familial. C'est pourquoi, il a pris le soin en amont de réaliser un arbitrage entre les différents intérêts familiaux rivaux en présence, pour que soit évité au maximum la survenance de conflits dans le cercle familial. Pour ce faire, le législateur a décidé de limiter les effets de cette union célébrée par-delà la mort.

Tout d'abord, les effets du mariage posthume sont limités dans le temps ; ils remontent à la veille du décès (art. 171, al.2) de l'époux² et le mariage lui-même est dissout dès sa célébration, puisque le décès d'un des époux constitue une cause de dissolution de l'union (art. 227, 1° du C. civ.).

Mais surtout, la célébration du mariage posthume ne produit, contrairement au mariage classique, aucun droit successoral ; l'époux survivant n'a pas de vocation successorale et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux (art. 171 al. 3 du C. civ.).

En limitant ainsi les effets du mariage posthume, le législateur entend éviter les conflits patrimoniaux entre la belle-famille et le conjoint survivant³.

Néanmoins, certains effets patrimoniaux non susceptibles d'attiser les conflits avec la belle-famille sont produits par le mariage posthume. Par exemple, le conjoint survivant peut

¹ P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4^e éd., Defrénois, 2011, n° 154, p. 83.

² Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, AJ fam. 2007, p. 398, note F. CHENEDE ; RTD civ. 2007, p. 756, obs. J. HAUSER, Dr. fam. 2007, comm. 160 note A. DEVERS - Cass. 2^e civ., 10 juill. 2008, n° 07-15390, Dr. fam. 2008, comm. 137, note V. LARRIBAU-TERNEYRE et comm. 149, note A. DEVERS.

³ Voir par exemple, M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, Rép. civ., V° *Mariage*, spéc. n° 654.

prétendre à une allocation veuvage¹, au versement d'un capital décès de la sécurité sociale² et le cas échéant à une pension de réversion (art. L 353-1 et R 353-1 du CSS), à la réparation de son préjudice moral pour le décès accidentel de son époux³.

Cependant, il faut souligner que certains avantages extrapatrimoniaux susceptibles d'attiser les conflits avec la belle-famille sont néanmoins produits par le mariage posthume. Par exemple, l'épouse ou l'époux peut bénéficier d'avantages personnels comme le droit d'user du nom du conjoint décédé. Aussi, la présomption de paternité joue au bénéfice de l'enfant du couple non reconnu par l'époux avant son décès, mais dont la période légale de conception coïncide avec ce mariage fictif. Or, si on s'intéresse à ce dernier avantage, on constate que la filiation de l'enfant étant établie à l'égard du *de cuius* au jour précédent son décès, il a donc, théoriquement, la qualité d'héritier *ab intestat*. La belle-famille aura donc intérêt à contester cette filiation.

À travers la réglementation du mariage posthume, la volonté du législateur d'éviter au maximum les conflits subséquents à la célébration d'un tel mariage transparait clairement. En dehors des dispositions relatives à la conjugalité, on peut aussi considérer que le législateur attache une grande importance à la prévention des conflits pouvant naître d'un lien parental.

§-2 : LA PREVENTION DES CONFLITS ENGENDRES PAR LE LIEN PARENTAL

139. Au travers des règles prohibant, d'une part, l'établissement d'un lien de filiation (A) et des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale, d'autre part (B), il est permis de discerner une volonté du législateur d'anticiper dans les rapports entre parents ou dans les relations parents-enfants, la survenance de conflits.

A- LA PREVENTION DES CONFLITS EN MATIERE DE FILIATION

140. Depuis l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation, le contentieux dans cette matière a été ordonné autour du principe chronologique destiné à éviter l'existence simultanée de filiations concurrentes. Mais au-delà de ce principe, il faut souligner que le

¹ Cass. soc. 15 févr. 2001, n° 99-17199, D. 2001, p. 2451, obs. X. PRETOT ; RTD civ. 2001, p. 563, obs. J. HAUSER.

² Cass. 1^{re} civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, précit.

³ Cass. 2^e civ., 8 janv. 2009, n° 17-15390.

droit de la filiation offre des exemples de recours ponctuels à la gestion préventive des conflits.

141. L'exemple des actions relatives à la filiation des enfants abandonnés. —

Les enfants abandonnés, qu'ils soient restés pupilles de l'État ou adoptés, ressentent un besoin légitime d'avoir accès aux éléments de leur identité. Après tout, personne ne naît *ex nihilo*, vierge de tout passé. C'est pourquoi la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 a institué un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) censé faciliter cette quête des éléments relatifs aux origines des enfants abandonnés, qu'ils aient été adoptés ou qu'ils soient restés pupilles de l'État. Toutefois, pour éviter que la satisfaction de cet intérêt ne soit l'occasion pour ces enfants de demander une modification de leur état civil, le législateur est venu préciser à l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles que « *l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit* ».

On a pu présenter ce texte, du moins en ce qui concerne les enfants non adoptés demeurés pupilles de l'État¹, comme empêchant toute action en responsabilité à l'encontre du parent retrouvé, ou toute modification du lien de filiation². Mais à notre sens, on ne peut attribuer à ce texte une volonté de prévenir les conflits subséquents à la connaissance de l'identité des géniteurs. L'apport de ce texte en matière de gestion préventive des conflits familiaux est plus limité, puisqu'il ne fait que poser le principe de non-automaticité entre la révélation des origines par le biais du CNAOP et la modification de la filiation ou de l'état civil. Ainsi, rien n'empêche l'enfant ensuite d'exercer une action en recherche de maternité ou de paternité à l'encontre de son géniteur³ s'il est encore dans les délais⁴ (art. 321 du C. civ.).

¹ En effet, il ne faut pas oublier qu'en cas d'adoption plénière, tout lien avec la famille d'origine est coupé et le parent biologique ne pourra plus établir sa filiation à l'égard de l'enfant (art. 352 al. 1 du C. civ.).

Pour une analyse, au regard de la Conv. E.D.H., de l'interdiction de toute action aux fins d'établissement de la filiation en cas de révélation de l'identité des parents par le CNAOP, voir par exemple, M.-C. LE BOURSICOT, « Le droit de connaître son ascendance - et celui de le faire reconnaître - et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in, *Mélanges F. DEKEUWER-DEFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso, 2012, p. 175, spéc. p. 190 et s.

² F. EUDIER, *Rép. civ. Dalloz, V° Adoption*, n° 390.

³ D'ailleurs, la suppression de la fin de non-recevoir en matière d'accouchement anonyme par la loi du 16 janvier 2009 va dans le sens d'une telle interprétation. À propos de cette loi, voir par exemple, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009, p. 37 ; G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009, étude 18 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Defrénois*, 2009, p. 591.

⁴ Comme le souligne à juste titre un auteur, « il faut noter que l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles est sans doute en réalité plus neutre qu'il n'y paraît : il n'établit pas une fin de non-recevoir à toute action ; il oblige simplement à s'inscrire dans les conditions du droit commun des modifications de l'état civil (...). La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance sur la filiation de 2005 n'a pas suffisamment été attentive

En revanche, il est permis de dégager de certaines dispositions du Code civil prohibant l'adoption dans certaines situations, une volonté claire du législateur de prévenir d'éventuels conflits relatifs à la filiation.

142. L'exemple de l'adoption intrafamiliale. — L'interdiction d'établir un double lien de filiation au bénéfice de l'enfant né d'un inceste absolu (art. 310-2 du C. civ.) peut se justifier par l'objectif de ne pas brouiller les repères familiaux de ce dernier. Par exemple, lorsque les géniteurs sont frère et sœur, ils auront à la fois la qualité de parents, mais également la qualité d'oncle et de tante ; s'ils sont père et fille, ils auront à la fois la qualité de parents, mais aussi respectivement celle de grand-père et de sœur. Toutefois, il convient de souligner que s'il y a bien une confusion générationnelle chez l'enfant dans les situations susévoquées, de telles situations ne sont pas en elles-mêmes polémogènes, puisqu'elles demeurent conformes à la réalité biologique.

En revanche, lorsque la confusion générationnelle découle de l'établissement d'une filiation élective non conforme à la réalité biologique, la situation devient fortement polémogène, puisqu'elle porte directement atteinte aux intérêts des tiers. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux à la motivation exemplaire¹, les juges du fond pour rejeter la demande d'un grand-père désirant adopter l'enfant de sa fille ont retenu qu'une telle adoption, pour diverses raisons, ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant.

Tout d'abord, sur le plan psychologique et moral, elle entraînerait la perturbation des repères biologiques et généalogiques de l'enfant, l'affaiblissement de l'image maternelle, et surtout la disparition de la filiation maternelle en raison des conséquences de ce type d'adoption.

Ensuite, et c'est ce point qu'il convient de mettre en lumière dans une approche préventive des conflits familiaux, les juges du fond ont relevé, d'une part, que cette adoption est susceptible de provoquer de graves désordres dans le groupe familial, puisqu'elle empêcherait le père biologique de l'enfant de le reconnaître, provoquant ainsi un conflit difficile à résoudre. D'autre part, ils ont relevé que s'ils faisaient droit à la demande d'adoption, cela aurait pour effet, dans l'hypothèse du décès du grand-père adoptant, de permettre à l'ex-petit-

au fait qu'en supprimant la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, alors que par ailleurs un enfant peut revendiquer auprès du CNAOP la connaissance de sa mère de naissance lorsqu'elle est décédée (art. L. 147-6 du CASF), il créait une fenêtre où le droit à la connaissance des origines pouvait devenir le tremplin d'une action d'état... Fort heureusement, la fenêtre est très étroite et les circonstances permettant d'agir risquent d'être extrêmement rares ». P. MURAT « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 51 et s., spéc. p. 58.

¹ CA Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1988, p. 454, note J. HAUSER - RTD civ. 1988, p. 713, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

fil en qualité de frère adoptif, de venir à cette succession en concours avec sa mère biologique — qui n'est plus sa mère légale du fait de l'adoption plénière — et au même rang qu'elle.

Dans un autre arrêt relatif à cette même problématique, la Cour de cassation, pour des motifs similaires, a approuvé que l'on refuse à une grand-mère l'adoption simple de certains de ses petits-enfants¹.

On peut donc retenir que lorsque l'établissement d'une filiation élective est susceptible d'engendrer des conflits inextricables, le législateur prend le parti d'éviter dans un souci de prévention, leur établissement. Cette volonté de prévenir la survenance des conflits à la suite d'une adoption n'est pas clairement affichée par le législateur, mais découle implicitement de nombreuses dispositions régissant l'adoption mises bout à bout. Par exemple, en exigeant en cas d'adoption par un seul époux le consentement de l'autre (art. 343-1 al. 2 du C. civ.), ou encore en exigeant des juges pour le prononcé de l'adoption la vérification de sa conformité avec l'intérêt de l'enfant (art. 353 al. 1 du C. civ.), ou enfin en exigeant dans le cas où l'adoptant a des descendants que le tribunal vérifie également que l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale (art. 353 al. 2 du C. civ.), il est permis d'attribuer au législateur en la matière, la volonté de prévenir la survenance de conflits dans le cercle familial. Une telle volonté transparaît également en matière d'adoption de l'enfant du conjoint.

143. Le cas particulier de l'adoption de l'enfant du conjoint. — L'adoption de l'enfant mineur du conjoint peut être source de conflits lorsqu'il s'avère que, le parent de l'enfant qui a refait sa vie instrumentalise l'adoption pour régler ses comptes avec son ancien compagnon ou compagne, ou avec son ancienne belle-famille. Pour prévenir de tels conflits, le législateur subordonne l'adoption simple de l'enfant mineur du conjoint au consentement du parent non conjoint de l'adoptant², tandis que l'adoption plénière de l'enfant mineur du conjoint, en raison des importantes conséquences juridiques de cette forme d'adoption, n'est pas toujours possible, même avec le consentement du parent non conjoint de l'adoptant.

En effet, pour éviter d'éventuels conflits familiaux à la suite d'une adoption plénière de l'enfant du conjoint, le législateur a pris le parti d'interdire une telle adoption pour ne pas léser les droits de la famille d'origine. Partant, l'adoption plénière de l'enfant mineur du conjoint n'est permise que dans certaines hypothèses limitativement listées à l'article 345-1

¹ Cass. 1^{re} civ., 16 oct. 2001, D. 2002, p. 1097, note F. BOULANGER.

² Sur l'adoption simple de l'enfant du conjoint, voir F. GASNIER, *Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint*, LPA 2011, n° 121, p. 4.

du Code civil. Concrètement, il ressort, d'une part de cet article, que lorsque l'enfant a un double lien de filiation et que l'autre parent toujours vivant ne s'est pas vu retirer totalement l'autorité parentale, qu'une telle adoption n'est pas possible malgré le consentement de ce parent non conjoint de l'adoptant. D'autre part, il ressort de cet article qu'en cas de décès du parent non conjoint de l'adoptant qui a établi sa filiation à l'égard de l'enfant, une telle adoption n'est pas possible lorsque ce parent décédé a laissé des ascendants au premier degré qui continuent toujours à manifester un intérêt pour l'enfant.

En définitive, il est permis de retenir à l'issue de ces développements que la prohibition de l'établissement de certaines filiations électives traduit bien une approche préventive des conflits familiaux susceptibles de survenir en la matière. Une telle approche préventive peut également être discernée au travers de certaines règles relatives à l'autorité parentale.

B- LA PREVENTION DES CONFLITS EN MATIERE D'AUTORITE PARENTALE

144. Lorsque les parents vivent ensemble et exercent tous deux l'autorité parentale sur leur enfant, ils prennent de concert les décisions relatives au gouvernement de sa personne ainsi qu'à ses biens. Durant la vie commune des parents, la situation n'étant pas spécialement polémogène, le législateur n'a pas prévu de mécanismes de gestion préventive des conflits susceptibles de naître à propos de l'autorité parentale. Il a néanmoins prévu, en cas de désaccord entre parents sur les choix relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, la possibilité pour les parents de saisir le juge aux affaires familiales¹.

En cas de séparation des parents en revanche, la potentialité de survenance des conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale est d'autant plus aiguë, *a fortiori* lorsque l'enfant devient le moyen pour un parent de faire payer à l'autre l'échec du couple conjugal. Partant du constat suivant lequel en dépit de la disparition du couple conjugal l'enfant a besoin de ses deux parents pour se développer², le législateur a consacré par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, le principe de la coparentalité³. Désormais, la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale (art. 373-2 du C. civ.). Et pour rendre cette coparentalité effective en cas de séparation des parents, le législateur a prévu, à titre préventif,

¹ Articles 373-2-6 et 373-2-8 du Code civil.

² H. FULCHIRON, *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, p. 117.

³ La coparentalité est définie par le vocabulaire juridique CORNU comme « l'organisation idéale de l'autorité parentale fondée sur le respect, en chacun des parents, de sa vocation parentale et la faveur de leur collaboration ». voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° Coparentalité.

des mesures destinées à éviter que le conflit parental latent ou existant ne prenne de l'ampleur. Ces mesures préventives consistent en une obligation d'information et d'autorisation préalables destinées à éviter la rupture des liens entre l'enfant et l'un de ses parents.

145. L'obligation d'information préalable en cas de déménagement d'un parent. — Il est prévu à l'article 373-2 du Code civil que, lorsque l'un des parents a l'intention de déménager et que ce changement de résidence est susceptible d'entraîner une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale, d'en informer l'autre en temps utile. L'objectif du législateur est d'éviter que le parent hébergeant ne mette l'autre devant le fait accompli d'un déménagement qui en raison de la distance géographique, l'empêcherait d'exercer son droit de visite. Il s'agit donc d'anticiper le conflit en invitant les parents à maintenir entre eux une certaine communication.

Toutefois, il convient de préciser que l'information préalable mise à la charge du parent qui nourrit un projet de déménagement ne vise pas à obtenir le consentement de l'autre parent à ce déménagement¹. Elle consiste simplement à imposer aux parents une recherche de solutions destinées à éviter que ce déménagement, souvent justifié pour des raisons professionnelles, n'empêche l'exercice des droits parentaux du parent non hébergeant. Ainsi, en cas de désaccord, le parent le plus diligent devra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera en vertu de ce qu'exige l'intérêt de l'enfant². Ce dernier comme l'y invite la loi, pourra mettre à la charge du parent hébergeant une partie des frais de déplacement exposés par l'autre parent dans l'exercice de son droit de visite. En conséquence, le juge aux affaires familiales pourra procéder à un ajustement du montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant versé par le parent non hébergeant³.

Toujours dans une logique de prévention des comportements destinés à faire échec à l'effectivité des relations parents-enfants, il faut souligner l'existence en droit positif d'un mécanisme permettant de faire échec aux enlèvements internationaux d'enfants.

146. L'obligation de solliciter l'autorisation préalable du second parent avant tout déplacement de l'enfant à l'étranger. — Pour prévenir l'enlèvement de l'enfant par

¹ Toutefois, ne pas l'exécuter expose ce parent, au versement de dommages et intérêts lorsque l'autre parent peut prouver l'existence d'un préjudice, à la modification de la résidence de l'enfant (Cass. 1^{re} civ, 4 juill. 2006, n° 05-17883), à une sanction pénale en cas de non-notification de sa nouvelle adresse dans le mois qui suit le déménagement au parent non hébergeant (art. 227-6 du C. pén.).

² Cass. 1^{re} civ, 13 mars 2007, n° 06-17869.

³ Article 373-2, al. 4 du Code civil.

l'un de ses parents, l'autre peut demander au juge d'ordonner une interdiction de sortie de l'enfant du territoire français, sans l'autorisation des deux parents¹ (art. 373-2-6 al. 3 du C. civ.). Les juges du fond apprécient souverainement l'opportunité d'une telle mesure. En général, cette mesure n'est prise que s'il existe un risque réel d'enlèvement de l'enfant par l'un de ses parents².

La publicité d'une telle mesure d'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation de ses deux parents se fait à travers une inscription faite par le procureur de la République, au fichier des personnes recherchées³. L'objectif du législateur est donc de prévenir les enlèvements internationaux des enfants par l'un des parents.

En définitive, il ressort des développements de cette première section que si une politique de prévention des conflits existe en droit de la famille, elle est loin d'être explicite. En effet, si la prohibition de l'établissement de certains liens de filiation ou de certains comportements parentaux révèlent une volonté certaine du législateur de prévenir les conflits familiaux, la fonction préventive de bon nombre de mécanismes analysés reste hypothétique. Elle est avant tout le fruit d'une interprétation du droit positif reposant sur le postulat suivant lequel l'ouvrage préventif peut être implicite. Ainsi, il a pu être proposé d'attacher une fonction technique de prévention des conflits familiaux à certains interdits fondamentaux — la bigamie et de l'inceste — sur lesquels repose la construction de notre droit de la famille, parce que la survivance de ces interdits à l'époque contemporaine ne pouvait s'expliquer que par la volonté implicite du législateur d'éviter la survenance de certaines situations polémogènes.

Quoi qu'il en soit, même si on emporte la conviction sur l'existence d'une gestion préventive implicite des conflits en droit de la famille, on est toutefois obligé de reconnaître que cette approche préventive, en plus d'être insuffisante, est parcellaire dans une matière où elle se devait d'être globale. Par conséquent, à la suite du constat de la faiblesse de l'approche

¹ Voir par exemple, A.-M. LEROYER, *Interdiction de sortie du territoire*, RTD civ. 2012, p. 783 - L. TALARICO, *L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents : exigence légale ou pouvoir du juge ?*, Dr. fam. 2011, Étude 11. - A. GOUTTENOIRE, *La coparentalité imposée : l'interdiction de sortir l'enfant du territoire national*, Lexbase Hebo (G) 2010, n° 387. - G. KESSLER, *L'interdiction de sortie du territoire national de l'enfant*, Dr. fam. 2017, dossier n° 15.

² Cass. 1^{re} civ, 3 mars 2010, n° 08-21059, AJ fam. 2010, p. 326 note F. MBALA MBALA. En l'espèce il avait été retenu que la double nationalité de la mère et le peu d'attache dont elle dispose en France rendent légitimes la crainte d'un enlèvement.

³ Toutefois, le dispositif présente deux défauts majeurs. Comme l'a souligné un auteur, « l'espace Schengen et son principe de libre circulation qui ne permet pas toujours d'exercer un contrôle suffisant aux frontières (...), et le fait que la consultation du fichier des personnes recherchées suppose une initiative de l'agent compétent, laquelle est peut-être plus aléatoire » constituent autant de limites à l'efficacité du dispositif. Voir, L. TALARICO, *L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents : exigence légale ou pouvoir du juge ?*, Dr. fam. 2011, Étude 11, spéc. n° 8.

préventive des conflits familiaux en droit de la famille, il convient de réfléchir aux moyens d'améliorer en la matière l'ouvrage préventif.

SECTION II : LA PROPOSITION D'UN RENOUVELLEMENT DE L'APPROCHE PREVENTIVE

147. Face à la diversité et à la richesse des conflits familiaux, le droit doit nécessairement faire preuve d'humilité en reconnaissant son inaptitude à venir à bout de tous les conflits. Il serait alors plus judicieux de mobiliser les efforts, en la matière, au service de la prévention des conflits. L'objectif n'est pas d'adopter une approche segmentée de la prévention des conflits familiaux, mais une approche plus globale. Cela suppose, en amont du processus conflictuel, une intervention du législateur destinée à tarir les sources de conflits. À ce propos, il est permis de répertorier deux principales sources de conflits familiaux ; le droit lui-même et le comportement des individus. Lorsque le conflit familial est engendré par le droit lui-même, il est proposé, à titre d'approche préventive, une action légistique (§-1). En revanche, lorsque le conflit familial est engendré par des comportements individuels qu'on pourrait qualifier d'inadaptés, il est proposé, à titre d'approche préventive, le recours à des mécanismes de dissuasion destinés à décourager l'adoption de tels comportements polémogènes (§-2).

§-1 : LA PREVENTION DES CONFLITS FAMILIAUX PAR LA LEGISTIQUE

148. Il semble que le droit lui-même, à travers le pullulement des prérogatives individuelles et l'abus de certaines techniques législatives, soit à l'origine de bon nombre de conflits en matière familiale. Or, ces conflits pourraient être évités grâce à une action légistique¹ destinée à garantir, d'une part, une meilleure intégration des prérogatives nouvelles

¹ Tantôt définie comme l'art de confectionner la loi (voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° *Légistique*) ou de rédiger le droit (voir, *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, juin 2008, numéro spécial), la légistique est une science de la législation qui a pour préoccupation l'amélioration du processus d'élaboration des normes et la qualité des textes qui en résultent. Sa finalité est d'assurer avant tout la cohérence, l'effectivité (voir, V. MARINESE, « Légistique et effectivité », in, V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, PUPO, 2008, p. 89 et s.) et l'intelligibilité de la règle de droit. Pour ce faire, la science légistique élabore des outils méthodologiques destinés à l'amélioration de la qualité tant formelle que matérielle de la norme (voir, C.-A. MORAND, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in, C.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 18).

au sein du corpus juridique existant (A), et d'autre part, à limiter le recours inutile aux techniques législatives polémogènes à l'instar des fictions juridiques (B).

A- LA NECESSITE D'UNE MEILLEURE AGREGATION DES PREROGATIVES NOUVELLES

149. Le constat d'un pullulement des prérogatives individuelles. — Les prérogatives juridiques constituent des possibilités offertes par le droit objectif aux individus pour leur permettre de réaliser leurs intérêts. En fonction de la protection que le droit objectif entend accorder à la réalisation de ces intérêts individuels, la prérogative juridique prendra tantôt la forme d'un droit subjectif, tantôt celle d'une liberté civile, ou encore celle d'un simple intérêt légitime protégé par le mécanisme de la responsabilité civile¹.

Si de manière générique, le constat d'une multiplication des prérogatives juridiques au profit des individus a été établi en droit², il convient de souligner que le droit des personnes et de la famille n'a pas non plus été épargné par le phénomène. D'ailleurs, ce phénomène de multiplication des droits subjectifs a été formidablement mis en lumière par la doctrine, qui explique sa survenance en droit des personnes et de la famille par la modification des finalités en la matière³. En effet, il semblerait qu'à un moment donné de l'histoire, le droit des personnes et de la famille n'ait plus eu essentiellement pour vocation la protection des individus et, qu'il ait également reçu pour mission d'offrir aux individus à travers les prérogatives juridiques, les moyens d'atteindre le bonheur et l'épanouissement personnel selon leurs propres critères⁴. C'est ainsi que pour satisfaire les préoccupations et revendications individuelles, le législateur s'est mis à offrir aux individus des droits qui, en leur permettant de faire passer leurs propres besoins avant ceux du groupe familial, les ont émancipés dudit groupe.

Cependant, puisque dans nos sociétés consuméristes le bonheur se mesure à l'aune de ce qu'on ne possède pas, le phénomène de la revendication des droits s'est alors amplifié,

¹ Voir, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s., spéc. p. 244.

Sur les conflits entre ces différentes prérogatives, voir T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005.

² Voir J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, rééd., Flammarion, collection Champs essais, 2008, p. 121 et s.

³ Voir par exemple, G. CORNU, *Droit civil : La famille*, 9^e éd., Montchrestien, 2006, p. 20. - A.-C. AUNE, *Le phénomène de la multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2007.

⁴ A. MASSON, *Le bonheur est dans le Code civil*, RLDC 2004, n° 11, p. 53 et s. - Y. MADIOT « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Mélanges Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 353 et s. - P. DIENER, *Idée nominaliste et déconstruction du droit*, APD, 1983, p. 232.

transformant le droit des personnes et de la famille en un catalogue de droits subjectifs ; aussitôt que naît un besoin, une pression est faite sur le législateur pour qu'il le transforme en droit¹.

Par conséquent, il faut bien reconnaître qu'en multipliant sans effort de cohérence les prérogatives individuelles dans le corpus juridique, le législateur prend le risque de voir émerger des conflits engendrés par l'incompatibilité entre ces différentes prérogatives². La seule possibilité de prévenir ces conflits consiste à s'assurer, dès le processus d'élaboration des prérogatives nouvelles, de leur faculté à pouvoir coexister avec les différentes prérogatives individuelles qui composent déjà le corpus normatif. C'est pour cela qu'il est suggéré une meilleure intégration des prérogatives nouvelles dans le corpus juridique.

150. L'objectif d'une meilleure intégration des prérogatives nouvelles. — Toute prérogative couple normalement un avantage à une charge. Les deux notions sont intimement liées et constituent, si on permet la comparaison, les deux faces d'une même pièce que serait la prérogative. Et, c'est cette corrélation entre un avantage et une charge qui permet d'assurer la coexistence des prérogatives individuelles en dépit de leur diversité. Or, l'analyse des prérogatives nouvelles accordées aux individus dans le cadre de leurs rapports familiaux, révèle que le législateur les appréhende principalement par le prisme des avantages qu'elles sont censées procurer à leur titulaire³, sans mettre l'accent sur les charges inhérentes⁴. Le droit

¹ Sur l'impact des groupes de pression dans la législation familiale, voir, J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, pp. 281-282.

De manière générale, voir A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1969. - J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, rééd., Flammarion, collection Champs essais, 2008, p. 125.

² Faisant le constat suivant lequel la création de droits nouveaux entre souvent en conflit avec des droits anciens (liberté sexuelle contre devoir de fidélité conjugale, droit à l'euthanasie contre droit à la vie, droit à l'adoption des couples homosexuels contre un éventuel droit de l'enfant à une famille hétérosexuelle) un auteur souligne que « contrairement aux idées reçues, nous pensons que toute création d'une nouvelle norme, ou *a fortiori* d'un nouveau droit n'est pas sans effet sur les autres droits (...) ; chaque création d'un nouveau droit atteint un ancien droit, au moins partiellement (...) ». M. GROS, « Conflit entre normes constitutionnelles classiques et normes constitutionnelles environnementales : conciliation, prévalence, ignorance ? », in, F. PERALDI-LENEUF, S. SCHILLER (dir.), *Les conflits de normes*, Rapport de recherche, 2012, p. 335.

³ Faisant le même constat lorsqu'il analysait les droits à, un auteur soulignait que « le trait distinctif du *droit à* et qui perturbe le juriste tant en termes politiques que strictement juridiques est qu'il est conçu sans égard pour sa charge effective. Pour que l'on puisse parler de *droit à*, doit se déduire de l'énoncé d'une telle prérogative la volonté non seulement de faire primer l'intérêt de l'un sur l'intérêt de l'autre, mais de concevoir le bienfait indépendamment de la charge qu'il implique nécessairement pour autrui ». M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006, p. 196.

⁴ Un pareil constat a pu être dressé à propos des droits fondamentaux par des auteurs qui ont parlé « d'unilatéralisme » des droits fondamentaux dans le sens où leur proclamation ne s'accompagne presque jamais des charges que leur titularité implique. H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 3 et s.

à la vérité biologique, le droit à être élevé par ses parents, le droit à la stabilité de son état civil, le droit au respect de la vie privée constituent autant d'illustrations.

En insistant uniquement sur les avantages, ou potentialités des nouvelles prérogatives, le législateur donne à leurs titulaires l'impression de bénéficier de droits absolus, alors qu'il n'en est rien. En effet, la réalité juridique montre que ces prérogatives nouvelles, loin d'accorder des droits absolus, nécessitent en contrepartie d'un avantage, qu'une charge soit imposée au bénéficiaire¹. En d'autres termes, la mise en retrait de la charge des prérogatives favorise une mésestimation par les titulaires, de la portée réelle de leurs droits ; ce qui engendre des conflits, puisque chacun reste persuadé d'être dans son droit.

Pis, il arrive que dans l'urgence engendrée par une condamnation des juridictions françaises par la Cour européenne des droits de l'Homme ou par la crainte d'une telle condamnation, on voit émerger dans notre corpus juridique des prérogatives nouvelles pour lesquelles, le législateur n'a même pas eu, ou pris, le temps de délimiter les contours en fixant leurs limites. Faisant un constat similaire, un auteur avait justement parlé d'un pullulement de la pratique d'une « législation panique »². Par exemple, dans le souci de mettre notre droit interne en conformité avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme³, on a pu assister à la réception dans notre droit positif, d'un droit à la connaissance de son ascendance génétique⁴ — droit déconnecté de la filiation en ce sens que sa satisfaction n'a pas pour vocation l'établissement d'un lien de filiation —. Il s'agirait alors pour un intéressé, en dehors d'une action relative à la filiation ou aux subsides, de pouvoir recourir à l'expertise génétique pour connaître ses origines. L'avantage est clairement identifié, mais en ce qui concerne la charge, c'est-à-dire les implications sur autrui, point de précision. De nombreuses interrogations restent en suspens. *Quid* de la possibilité pour le parent prétendu de refuser de se soumettre à une telle disposition ? *Quid* des conséquences à en tirer ? *Quid* de la coexistence de ce droit avec d'autres potentiellement antagonistes comme le droit de la

¹ H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2003, p. 374, n° 1071.

² D. LATOURNERIE, *La qualité de la règle de droit*, Revue administrative 1981, p. 593.

Pour un constat relatif au fait que l'accélération du temps juridique conduit à une production normative médiocre, parce que précipitée, voir, F. OST, « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in, J. CLAM, G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 428.

³ Voir par exemple, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, AJ fam. 2011, p. 429, obs. F. CHENEDE - CEDH, 13 juill. 2006, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, Dr. fam. 2008, étude 14, obs. A. GOUTTENOIRE ; RTD civ. 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTD civ. 2007, p. 99, obs. J. HAUSER.

⁴ Voir H. FULCHIRON, *Les actions du préteur : la Cour de cassation, l'article 8 de la Convention EDH et le droit à la reconnaissance de son ascendance génétique* (note sous : Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018), D. 2015, p. 1070.

parturiente ayant demandé le secret de son admission, ou le droit du donneur de sperme au maintien de son anonymat et au respect de sa vie privée ?

Face à tant d'incertitudes, l'action en justice demeure le seul moyen pour le titulaire d'une telle prérogative, d'être fixé sur l'étendue de ses pouvoirs, notamment lorsqu'il rencontre la résistance d'un tiers à propos de la satisfaction de ses intérêts.

Partant, pour éviter que le corpus juridique ne constitue un facteur favorisant les conflits, il est nécessaire que le rapport d'altérité soit replacé au centre du processus d'attribution des prérogatives juridiques. En d'autres termes, avant de penser à protéger un intérêt par le biais d'une prérogative, le législateur doit envisager les conséquences de sa satisfaction pour les tiers. L'objectif d'une telle démarche est double. Au-delà de la fixation du contour des prérogatives juridiques, elle permet de rationaliser *in fine* le corpus normatif. En effet, en se confrontant dès le processus de création d'une prérogative à la question de son articulation avec les prérogatives préexistantes, le législateur sera obligé de réaliser des choix politiques nécessaires à la cohérence du système normatif. Ainsi, en cas d'impossibilité à concilier la prérogative en voie de création avec d'autres prérogatives préexistantes, le législateur décidera, soit de renoncer à sa consécration, soit de la consacrer au prix d'arbitrages subtils. Par exemple, il pourra décider de créer un rapport de priorité entre les prérogatives ou décider de les concilier. Sur ce dernier point, les options qui s'offrent au législateur sont les suivantes ; il s'agira soit de modifier les contours de la prérogative en voie de création pour permettre son articulation avec celle préexistante et potentiellement antagoniste, soit de modifier ceux de la prérogative préexistante toujours dans le dessein de favoriser son articulation avec la prérogative en cours de création.

Toutefois, dans le cas particulier de la réception d'une prérogative dégagée par les juridictions européennes, il convient de souligner qu'en cas d'incompatibilité avec d'autres prérogatives préexistantes, le seul levier d'action dont dispose le législateur reste la modification des contours de ces prérogatives préexistantes ou leur suppression.

En définitive, la technique simple de mise en ordre préalable du corpus normatif, qui conduit à se soucier, dès la gestation d'une prérogative nouvelle de sa coordination avec les prérogatives déjà consacrées, permet d'anticiper efficacement les conflits de prérogatives.

Cependant, il faut souligner que tous les conflits familiaux ne sont pas engendrés par la contradiction apparente entre prérogatives juridiques. Certains sont issus d'une incompatibilité entre la réalité factuelle et la réalité juridique. Et à propos de ces conflits, on

ne peut que conseiller, dans une logique préventive de gestion, de limiter autant que possible le recours aux techniques juridiques de négation de la réalité.

B- LA LIMITATION DU RECOURS AUX FICTIONS JURIDIQUES : L'EXEMPLE DE LA RETROACTIVITE EN MATIERE DE FILIATION

151. Prolégomènes. — La fiction¹ est une technique juridique qui consiste à élaborer une règle de droit à partir de prémisses non conformes à la réalité. En raison de la négation de la réalité factuelle à laquelle conduit la fiction, cette technique juridique d'élaboration des normes est une source potentielle de conflit.

Toutefois, il convient de préciser qu'il ne s'agit pas de condamner dans un souci de prévention des conflits familiaux toutes les fictions juridiques, car d'une part, le recours à cette technique reste commode pour le législateur dans l'élaboration des règles de droit² et, d'autre part, parce que toutes les fictions juridiques ne sont pas *a priori* polémogènes³. On doit alors garder à l'esprit que le recours aux fictions n'est pas systématiquement condamnable en législation.

Dès lors, si en droit des personnes et de la famille des fictions juridiques engendrent des conflits (1), c'est que le choix de cette technique législative était à l'origine inadapté par rapport aux buts poursuivis. Le législateur a pour ainsi dire « abusé » du recours à cette technique juridique⁴ (2). L'analyse de la règle de la rétroactivité en matière de filiation permettra d'éprouver cette hypothèse.

¹ À propos des fictions en droit, voir par exemple, P. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, th. dactyl. Paris II, 1981. - L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, th. dactyl. Paris, 1914. - A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1995. - G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997. - C. CLEMENT, *Présomptions et fictions en droit de la filiation*, th. dactyl. Paris 10, 2006.

² Par exemple, en faisant remonter de manière fictive les effets patrimoniaux des divorces contentieux entre époux à la date de l'ordonnance de non-conciliation (art. 262-1 du C. civ.), le législateur évite ainsi que la liquidation du régime matrimonial ne soit parasitée par les conflits portant sur la propriété de biens ou d'actifs générés à une période où les époux vivaient déjà séparément. À propos de l'utilité des fictions juridiques, voir par exemple, M. HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, 1947, t. III, p. 242, spéc. p. 246.

³ Un auteur a même démontré que les fictions permettent de résoudre les conflits de substance et de compétence engendrés par les antinomies juridiques. Voir, A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1995, p. 248.

⁴ L'abus du recours aux fictions doit être compris comme l'inutilité de cette technique juridique dans la mesure où la négation de la réalité factuelle qu'elle impose n'est pas justifiée dans la situation d'espèce.

1) La rétroactivité en matière de filiation, source de conflits

152. La règle de la rétroactivité en matière de filiation. — La rétroactivité se définit comme « un procédé technique qui consiste essentiellement dans la substitution d'une situation nouvelle à une situation antérieure de telle sorte que tout se passe comme si celle-ci n'avait jamais existé »¹. Il s'agit d'une inversion de l'ordre chronologique des effets d'une situation juridique² ; « au lieu de la succession chronologique de deux situations, la seconde absorbe et supprime la première »³.

Appliquée à l'établissement de la filiation, la règle pousse à considérer le rapport de filiation nouvellement créé comme existant au jour de la naissance de l'enfant. Ainsi, comme le soulignait un auteur, « *on ne devient pas l'enfant de X ou Y, mais on l'est dès sa naissance même si la constatation juridique du lien est plus tardive* »⁴.

Partant, toutes les actions relatives à la filiation⁵ voient attacher à leurs effets un caractère rétroactif à l'exception des actions à fins de subsides⁶ et des actions visant à l'établissement ou à la destruction d'un lien de filiation adoptive⁷.

Néanmoins, il convient de souligner que cette rétroactivité des effets attachés au lien de filiation n'est pas satisfaisante en ce qu'elle conduit à une regrettable négation du passé, contraire à l'idée d'apaisement qui devrait présider à la gestion des contentieux familiaux. En d'autres termes, il convient de démontrer que la rétroactivité appliquée en matière de filiation engendre des conflits dans le cercle familial.

¹ M. HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, *op. cit.*, p. 247.

² M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013, p. 146.

³ M. HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, *op. cit.*, p. 247.

⁴ J. HAUSER, *Effet rétroactif d'une paternité légalement établie*, RTD civ. 2006, p. 297, obs. sous, Cass. 1^{re} civ, 14 févr. 2006.

⁵ Par exemple, il a été jugé que la reconnaissance d'enfant parce qu'elle constitue un aveu de paternité ou de maternité, est un acte déclaratif qui fait rétroagir l'établissement du lien de filiation à la naissance. Cass. 1^{re} civ, 12 déc. 2000, n° 98-19.147 ; D. 2001, p. 1496, note T. GARE ; RTD civ 2001, p. 120, obs. J. HAUSER.

Aussi, il convient de souligner que pour la Cour de cassation, les effets de l'établissement judiciaire d'une filiation remontent à la naissance de l'enfant. Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ, 12 juill. 1994, n° 92-17.461 - Cass. 1^{re} civ, 3 déc. 2008, n° 07-12.042 ; Dr. fam. 2009, comm. 28, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2009, p. 105, obs. J. HAUSER ; D. 2009, p. 773 et s. obs. F. GRANET-LAMBRECHTS - Cass. 1^{re} civ, 28 janv. 2009, n° 07-15.243

⁶ Une action à fins de subsides ne saurait permettre l'allocation de sommes pour une période antérieure à la date d'assignation. Cass. 1^{re} civ, 19 mars 1985, Bull. civ. I, n° 100 ; JCP (G) 1986, II, 20665 note JOLY.

⁷ À propos de la filiation adoptive, le législateur a expressément prévu l'absence de rétroactivité des effets de l'adoption plénière à l'article 355 du C. civ. Aux termes de cet article « l'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption ». À propos de l'adoption simple, la doctrine a déduit des articles 363 et suivants du Code civil que « le jugement produit ses effets entre les parties et à l'égard des tiers à compter du jour du dépôt de la requête en adoption, exactement comme pour l'adoption plénière » ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS (dir.), *Leçons de droit civil, La famille*, 7^e éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995, p. 475, n° 1054. - F. TERRE, D. FENOUILLET, *La famille*, 8^e éd., Dalloz, 2011, p. 720, n° 776.

153. La rétroactivité, source de conflits en droit de la filiation. — La règle de la rétroactivité appliquée à la reconnaissance d'un enfant entraîne des conflits subséquents. En raison de cette rétroactivité, l'enfant peut remettre en cause, *a posteriori*, le changement de régime matrimonial de ses parents, fait en fraude de ses droits, alors même que sa filiation n'était pas établie à la date dudit changement¹. De même, l'enfant peut remettre en cause les partages successoraux réalisés avant l'établissement de sa filiation².

Également, il convient de souligner qu'en raison de cette rétroactivité, la jurisprudence considère que les obligations reposant sur le lien de filiation sont dues par le « parent déclaré » de manière rétroactive depuis la naissance de l'enfant, justifiant ainsi le droit au remboursement de l'autre parent³ ou du « parent contesté »⁴, d'une partie des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qu'il avait seul assumé par le passé.

Cette fiction de la rétroactivité en matière de filiation peut se justifier comme l'a démontré un auteur par des considérations d'équité⁵. Après tout, puisque « *qui fait l'enfant doit le nourrir* », il est équitable de faire supporter les dépenses d'entretien et d'éducation au véritable parent. De même, puisqu'on ne peut rendre l'enfant responsable de la tardiveté de l'établissement de son lien de filiation, l'équité commande encore qu'il lui soit permis de réclamer les droits qui auraient été les siens si sa filiation eut été établie dès sa naissance.

Cependant, on ne peut ignorer que cette rétroactivité alimente une dynamique conflictuelle néfaste à la stabilité des situations familiales. Le bilan coût-avantages du recours à une telle fiction en matière de filiation nous paraît déficitaire, d'autant plus que rien ne semble justifier sur un plan juridique une telle règle.

¹ Cass. 1^{re} civ., 2 déc. 2000, n° 98-19.147, D. 2001, p. 1496, note T. GARÉ ; JCP (G) 2001, II, 10478, note J. CASEY ; Dr. fam. 2001, comm. 32, obs. B. BEIGNIER, RTD civ. 2001, p. 120, obs. J. HAUSER.

² Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1999, n° 97-12026.

Pour une analyse doctrinale du problème, voir par exemple, M. BEAUPRUN, *La sécurité des règlements successoraux à l'épreuve de l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état*, D. 1997, chron. p. 387 ; J.-M. BRUN, *Les dangers d'une descendance naturelle ignorée*, Defrénois 1999, p. 460.

³ Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, n° 02-17.441 ; Dr. fam. 2004, comm. 143, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2004, p. 494, obs. J. HAUSER - Cass. 1^{re} civ., 14 févr. 2006, n° 05-13.738 ; Dr. fam. 2006, comm. 87, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2006, p. 297, obs. J. HAUSER - Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2006, n° 04-14.185 ; Dr. fam. 2006, comm. 203, obs. P. MURAT.

⁴ La locution « parent contesté » vise à désigner le parent qui voit sa filiation anéantie par l'effet d'une action en contestation de paternité ou de maternité. Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} févr. 1984, D. 1984, p. 388 note J. MASSIP ; RTD civ. 1984, p. 700, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI - Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 1985, D. 1985, p. 462 note J. MASSIP - CA Caen, 8 janv. 2005, Dr. fam. 2004, comm. 198, obs. P. MURAT.

⁵ A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1995, p. 301.

2) La rétroactivité en matière de filiation, une fiction inutile

154. On justifie traditionnellement la rétroactivité en matière de filiation par le fait que les actes ou jugements qui lui sont relatifs ont un caractère déclaratif¹. Or, il faut bien reconnaître que cette classification est très contestable.

Si on affirme de manière péremptoire que la reconnaissance est un acte déclaratif² en ce sens qu'elle met en évidence une situation préexistante, c'est à propos des jugements établissant ou anéantissant le lien de filiation qu'on retrouve des éléments permettant de justifier une telle qualification. En effet, appliquant le critère traditionnel de distinction des actes déclaratifs et constitutifs, on a très tôt retenu que « *l'existence ou l'inexistence de la filiation ne naît pas du jugement, mais d'un fait antérieur, la naissance, que le jugement ne fait que constater* »³. Ou encore, on a pu affirmer que « *le jugement faisant droit à la réclamation d'une filiation ne crée pas une réalité nouvelle* »⁴ pour s'empresse de conclure à sa rétroactivité au jour de la naissance.

À notre sens, par de telles affirmations, on surestime d'un côté les forces de la naissance — événement factuel — et de l'autre, on oublie que la filiation est avant tout un lien de droit et non un lien de fait, même si le fait peut conduire dans certaines hypothèses au droit.

En effet, si la naissance à elle seule suffit pour acquérir la personnalité juridique, elle est en revanche insuffisante à établir le lien de filiation sinon tous les enfants en seraient pourvus. En fonction des hypothèses, la naissance doit être couplée à des présomptions légales, comme la présomption de paternité, ou à un fait juridique comme la possession d'état, ou encore à un acte juridique comme la reconnaissance, pour emporter établissement du lien de filiation.

Ainsi, le lien de filiation n'existe que lorsque l'un de ces éléments vient s'ajouter à la naissance. À défaut, la filiation doit être judiciairement établie et c'est ce jugement qui en retranscrivant en droit la réalité factuelle, lui fait produire des effets juridiques. Le fait lui-même est incapable à produire de tels effets. C'est de la reconnaissance ou du jugement que l'enfant tient son droit à s'inscrire dans la lignée de celui qui avoue en être le géniteur ou de

¹ Sur la distinction du déclaratif et du constitutif, voir par exemple, S. THERON, *L'effet déclaratif d'un acte ou d'un jugement*, AJDA 2011, p. 2100. - H. MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, th. dactyl. Paris, 1912. - L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, RTD civ. 1929, p. 17 et s. - P. RAYNAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », in, *Études de droit contemporain, contributions françaises aux III^e et IV^e congrès internationaux de Droit Comparé*, Sirey, 1959, p. 377 et s.

² Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 29 juin 1977, Bull. civ. I, n° 305, D. 1977, IR 436, obs. D. HUET-WEILLER.

³ L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, RTD civ. 1929, p. 26.

⁴ M. DOUCHY-OUODOT, Rép. pr. civ. Dalloz, V° *Filiation*, p. 15, n° 97. - Voir aussi T. GARE, D. 2001, p. 1496, note sous Civ. 1^{re}, 12 déc. 2000.

celui qui est déclaré comme tel en justice. Alors, on ne peut que s'interroger sur les raisons qui incitent la doctrine à faire remonter à la naissance les effets de la filiation.

Il apparaît après réflexion que deux raisons sont susceptibles d'expliquer cette habitude qui consiste à faire de la naissance le point de départ de la filiation.

La première vient d'une assimilation entre le lien biologique et le lien juridique de filiation. Certes, il existe souvent une coïncidence entre ces deux éléments, mais prôner l'assimilation relève du mythe¹. En effet, s'il est vrai de nos jours que la vérité biologique tend à s'imposer en matière de filiation, cela ne signifie pas pour autant que notre droit a renoncé à accorder une importance à la réalité affective. Comme l'a souligné un auteur, « *le droit marque souvent le triomphe de la culture sur la nature* »². Mais au-delà d'une telle constatation, c'est vers une réflexion fondamentale sur le sens du mot parent qu'on est poussé : que signifie être père ou mère au sens du droit ?

Pour répondre à l'interrogation, les mots, soudain, se dérobent à la pensée et le vocabulaire devient famélique. Mais, on reste persuadé qu'être père ou mère, ce n'est pas simplement apporter des gènes³ sinon le droit ne s'évertuerait pas par exemple, en cas de procréation médicalement assistée exogène à distinguer, le « pourvoyeur » de gènes appelé « tiers donneur », des parents. Être parents donc, c'est comprendre et assumer l'immense responsabilité que représente un enfant.

On peut prendre conscience et assumer cette responsabilité sur le tard. En revanche, quand on tarde à assumer cette responsabilité, on peut être forcé — certes, bien souvent sur le fondement des gènes — à le faire. Et au sens du droit, c'est à partir de cette officialisation juridique de la responsabilité d'assumer un enfant qu'on devient parent. Dès lors, toute fiction qui participerait à nier cet état de choses serait malvenue.

La seconde raison expliquant ce réflexe qui consiste à faire de la naissance le point de départ de la filiation vient de la fascination pour l'intérêt de l'enfant. En effet, adhérant à l'esprit général justifiant la règle « *infans conceptus* », les auteurs par analogie ont sans doute voulu, par faveur pour l'enfant, l'inscrire dans une lignée depuis sa naissance pour qu'il ne pâtisse pas de l'établissement tardif de son lien de filiation ; ce qui est tout à fait louable. En

¹ Voir, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le mythe du sang en droit de la filiation*, LPA, 1994, n° 32, p. 141 et s.

² V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le mythe du sang en droit de la filiation*, *op. cit.*, p. 141 et s.

³ Un anthropologue relevait à propos que « la filiation partout et toujours ne peut être qu'un acte social : la reconnaissance volontaire et dûment enregistrée qu'un enfant est rattaché à une ou des lignées nettement désignées, ce qui lui confère son identité, des droits et des devoirs » F. HERITIER, *La filiation, état social*, Le Monde, 19-20 avril 2010, p. 14

revanche, ce qui est contestable, c'est le fait de généraliser dans l'absolu cette rétroactivité en ce qui concerne les effets de la filiation.

En transformant ainsi l'exceptionnelle faveur faite à l'enfant en principe général, le droit ne pouvait que s'enfoncer dans une négation critiquable du passé, allant jusqu'à donner des signaux contradictoires quant à l'économie générale de ses lois. Par exemple, condamner un « parent déclaré » à payer de manière rétroactive des pensions alimentaires¹ est une curieuse façon de donner du sens aux relations charnelles à une époque où on tend à découpler le sexe de la procréation.

En fin de compte, le système suivant aurait été plus adapté en matière de filiation. D'une part, retenir que l'établissement du lien de filiation biologique n'emporte pas de rétroactivité à l'instar de l'établissement de la filiation élective. D'autre part, pour continuer à satisfaire l'équité à l'égard du « père contesté », lui reconnaître la possibilité de demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui cause la dissimulation par la mère du doute inhérent à sa paternité². Un tel système ferait de l'établissement ou de la contestation de la filiation un acte constitutif qui exceptionnellement pouvait voir ses effets rétroagir à la naissance de l'enfant, d'une part, lorsque son intérêt le justifie et, d'autre part, lorsque cette rétroactivité ne porte pas une atteinte disproportionnée aux intérêts des autres membres de la famille, notamment en ce qui concerne leurs droits acquis. On aboutira ainsi à une fiction viable³ qui ne méconnaîtrait qu'exceptionnellement la réalité matérielle.

Au regard de ces constatations, il faut relever que rien ne justifie une généralisation du principe de la rétroactivité en ce qui concerne les effets de la filiation. Rien ne s'oppose non plus à l'admission en droit d'une successivité des liens de filiation. Est-il si difficile de concevoir qu'en droit, à un moment donné dans son histoire personnelle, un enfant n'avait pas de parents légaux ou avait des parents légaux différents de ses parents actuels ? L'adoption entérine déjà cette successivité des filiations ; pourquoi en devrait-il être autrement en ce qui concerne la filiation par le sang ?

¹ Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2008, n° 07-12.042 ; RTD civ. 2009, p. 105, obs. J. HAUSER.

² Le droit commun de la responsabilité servirait de fondement à une telle action. Toutefois, il faut signaler que les éventuels dommages-intérêts qu'allouera le juge ne pourront être calculés en regard du montant des dépenses engagées par le « père contesté » pour l'entretien ou l'éducation de l'enfant auquel cas, il s'agirait d'un détournement de l'esprit de ces réparations en vue de revenir à la pratique actuelle fondée sur l'effet rétroactif de l'anéantissement du lien de filiation. D'ailleurs, il convient une fois encore de souligner que ces dépenses exposées sont causées puisqu'elles découlent de l'apparente paternité de celui qui les a engagées. Et c'est en raison de cette apparente paternité que l'article 337 du C. civ prévoit la continuation des relations personnelles entre le père contesté et l'enfant lorsque l'intérêt de ce dernier le justifie.

³ « Les fictions juridiques ne sont pas des fictions romanesques : elles ne sont soutenables (...) qu'à condition d'être humainement viables ». A. SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010, p. 59.

Peu importe la conviction personnelle de tout un chacun, en ce qui concerne la qualification des actes ou jugements relatifs à la filiation, il faut reconnaître néanmoins que l'abus de fictions juridiques sans aucun ménagement pour la réalité factuelle est le meilleur moyen de projeter sur la scène juridique des conflits opposant, d'une part, les porteurs d'intérêts lésés par cette négation du passé et, d'autre part, les porteurs d'intérêts avantagés par cette méconnaissance de la réalité matérielle.

Finalement, à travers l'exemple de la rétroactivité en matière de filiation, il apparaît nécessaire dans un souci de prévention des conflits que le recours aux fictions juridiques comme technique d'élaboration des normes reste exceptionnel¹.

En définitive, parce que le droit est source de conflits, il conviendrait dans une approche préventive d'éviter la multiplication des occasions de conflits familiaux au sein même de l'arsenal juridique.

Toutefois, on ne saurait limiter l'approche préventive à une action légistique. En effet, parce que les conflits en droit de la famille intègrent également une dimension personnelle ou subjective, le travail de prévention passe aussi par une dissuasion des comportements susceptibles de conduire à l'éclatement de tels conflits.

§-2 : LA PREVENTION DES CONFLITS FAMILIAUX PAR LA DISSUASION DES COMPORTEMENTS INDIVIDUELS INADAPTES

155. Il est possible de prévenir les conflits familiaux en dissuadant les membres du groupe familial d'adopter des comportements inadaptés qui conduisent au conflit. La dissuasion reposerait alors sur l'existence de conséquences fâcheuses pour les auteurs de comportements polémogènes portant tantôt atteinte à l'intérêt général (A) ou aux intérêts privés (B).

A- LA DISSUASION DES ATTEINTES A L'INTERET GENERAL

156. La poursuite d'un intérêt privé peut se heurter à l'intérêt général matérialisé par des règles impératives qui traduisent une conception politique du devoir être dans les rapports

¹ Pour un constat similaire, voir, C. POMART, « Les techniques législatives de résolution des conflits familiaux », in, S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, A. DEPERCHIN, T. LE MARC'HADOUR (dir.), *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, Rapport de recherche, Lille 2008, p. 183 et s., spéc. pp. 184-185.

sociaux en général, et en particulier dans les rapports familiaux. Il arrive que dans une telle hypothèse, les individus, désireux de poursuivre la satisfaction de leurs intérêts, instrumentalisent à cette fin la règle de droit faisant obstacle à leur dessein ; ce qui revient *in fine* à contourner la règle de droit imposant le respect de l'intérêt général.

Pour décourager une telle volonté subversive des individus, il existe en droit positif des mécanismes de sanction destinés à assurer le respect des règles impératives. Cependant, face au constat d'inefficacité de ces mécanismes de dissuasion, le but des présents développements consiste à proposer, à titre prospectif, des moyens de restaurer leur fonction dissuasive. Le pari ainsi fait est celui d'une prévention efficace de l'instrumentalisation du droit, lorsque les individus savent qu'ils auront à répondre de leurs atteintes à l'intérêt général. Toutefois, avant de s'atteler à la dissuasion des atteintes à l'intérêt général (2), il faudra au préalable présenter les mécanismes par le truchement desquels les individus essayaient de porter une atteinte à l'intérêt général, lorsque l'obligation de respecter cet intérêt bride la satisfaction de leurs intérêts personnels (1).

1) Les techniques d'instrumentalisation de la règle de droit

157. L'intérêt général du corps social étant placé au-dessus des intérêts privés, il existe des règles considérées d'ordre public auxquelles les volontés individuelles ne pourraient déroger (art. 6 du C. civ.)¹. L'objectif étant de placer hors d'atteinte des particuliers les « cadres fondamentaux sur lesquels repose la société »².

En transposant un tel objectif au droit de la famille, il devient alors question de placer l'organisation de la famille au-dessus des conventions privées. Pour ce faire, on interdit aux individus de porter atteinte aux structures familiales ; tel est par exemple le cas de l'interdiction de la bigamie, de l'interdiction de l'établissement d'un double lien de filiation au profit de l'enfant incestueux, de l'interdiction des contrats de gestation pour autrui. Le non-respect de ces interdits expose l'individu à une sanction qui se résume souvent à la neutralisation de son comportement polémogène.

Toutefois, il convient de souligner que s'il est évident, en cas de remise en cause frontale des interdits posés par le droit, que l'individu s'expose à une réaction énergique du système juridique, il est en revanche plus difficile de déterminer si ces sanctions trouvent matière à s'appliquer lorsque l'individu met en place tout un stratagème destiné à contourner ces mêmes

¹ À propos de l'article 6 du C. civ., voir par exemple, M. PENA, *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, RRJ 1992, p. 499.

² P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, th. dactyl. Paris, 1951, spéc. n° 52.

interdictions. On touche là au phénomène de l'instrumentalisation du droit qu'il convient d'analyser brièvement. À ce propos, il sera question après une identification des comportements relevant d'une instrumentalisation du droit de la famille (a), de nous intéresser à leur sanction, puisque c'est elle qui dissuadera les individus de porter ainsi atteinte à l'intérêt général (b).

a) Les comportements relevant de l'instrumentalisation du droit

158. Il convient d'emblée de signaler que, tous les montages ou stratagèmes mis en place par les individus pour arriver à leurs fins ne sont pas condamnables. Certains relèvent de l'habileté permise, car qualifiés de technique d'optimisation juridique, tandis que d'autres sont sanctionnés, car les tolérer reviendrait à sacrifier purement et simplement l'intérêt général au profit des intérêts privés.

Pour stigmatiser les comportements stratégiques susceptibles de heurter l'intérêt général, le droit positif manie les concepts de fraude, d'abus ou de détournement¹, sans pour autant dégager avec soin leur sens. Même s'il apparaît à l'analyse que l'entreprise de fixation des contours de ces concepts n'est pas des plus aisées tant les propositions doctrinales divergent², il n'en demeure pas moins indispensable de réaliser au préalable un tel effort, puisque c'est à travers ces concepts que s'exprime l'instrumentalisation du droit de la famille.

159. Le détournement en droit de la famille. — En droit extrapatrimonial de la famille, on envisage généralement le détournement au regard des institutions ou des catégories juridiques familiales. Concrètement, on parle de détournement d'une institution familiale, lorsqu'un sujet de droit, tout en remplissant les conditions d'accès à cette institution, manifeste une volonté de rattachement dans l'unique but de retirer un avantage accessoire sans en assumer les principales conséquences³.

¹ F. BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?*, JCP (N) 1993, p. 282 et s. - J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in, *Mélanges F. TERRE*, Dalloz, 1999, p. 442 et s.

² J. HAUSER, *Détournements, abus ou fraudes ?*, Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, p. 38, spéc. note de bas de page n° 19.

³ Pour F. BOULANGER le détournement permet à son auteur de « parvenir à des fins accessoires ou tout-à-fait extérieures à l'esprit de l'institution, ce sont donc les mobiles qui l'animent qui sont suspects ». F. BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?*, *op. cit.*, p. 279.

Voir également, D. FENOUILLET pour qui « le détournement d'institution apparaît donc lorsqu'une institution juridique est artificiellement choisie, le but poursuivi par l'auteur du détournement ne respectant pas la fonction assignée par l'ordre juridique à l'institution considérée ». D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », in, *Mélanges P. MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 242.

Voir aussi, J. HAUSER pour qui, « le détournement apparaîtrait comme un abus de confiance envers le système juridique qui a confié certaines prérogatives au sujet de droit » ; J. HAUSER, *Détournements, abus ou fraudes ?*, Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, p. 36 et s. spéc. p. 40.

En refusant de se conformer aux finalités de l'institution, le sujet s'inscrit à contre-courant de la philosophie générale qui la soutient, justifiant la sanction d'un tel comportement subversif¹. Tel est par exemple l'hypothèse d'un mariage blanc par lequel l'un des époux poursuit uniquement des avantages quant à la nationalité, sans intention d'assumer les obligations principales découlant d'une telle union.

S'il apparaît ainsi que le détournement a pour apanage la transgression de l'esprit d'une institution — c'est-à-dire, la mise en œuvre d'une institution à des fins exclusivement étrangères à la fonction normativement assignée —, encore faudrait-il être à même de déterminer la finalité des institutions, puisque la distinction des avantages principaux et accessoires en dépendra.

Si une telle entreprise ne pose guère de difficultés pour les institutions dont la finalité est certaine, elle s'avère malaisée lorsque l'institution présente une finalité incertaine ou est en constante mutation². Il s'ensuit donc qu'en matière de détournement, la principale difficulté surgit lorsque la finalité de la catégorie juridique est incertaine.

En fin de compte, il est plus simple de retenir l'existence d'un détournement d'une institution lorsqu'on se retrouve en présence d'un dépeçage de cette institution. C'est-à-dire que les individus n'entendent pas dès le départ assumer toutes les conséquences découlant de l'accès à l'institution en cause et sélectionnent des effets précis tout en éliminant les autres.

Bref, en matière de détournement, l'objectif final que souhaite atteindre l'auteur du comportement stratégique n'est pas en soi prohibé ; c'est le fait qu'il soit obtenu au prix d'un rejet de certains effets découlant de l'accès à l'institution familiale usitée qui est sanctionné à travers le détournement. Ce qui signifie *a contrario* qu'il n'y a pas de détournement lorsque la satisfaction de l'avantage spécifiquement poursuivi se fait au prix d'une acceptation de tous les effets découlant de l'accès à l'institution familiale usitée.

160. La fraude en droit de la famille. — Contrairement à la situation du détournement, celle de la fraude³ suppose dès l'origine une interdiction de l'avantage final

Pour une vue générale sur la question du détournement d'institution, voir enfin, N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, th. dactyl. Dijon, 2010.

¹ J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in, *Mélanges F. TERRE*, *op. cit.*, pp. 443-444.

² Sur le constat de la difficulté à identifier les fonctions des diverses institutions juridiques, voir par exemple, D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », *op. cit.*, pp. 246-252, spéc. p. 251. - J. HAUSER, *Détournements, abus ou fraudes ?*, Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, spéc. p. 41 et s.

³ Pour une vue générale sur le concept de fraude, voir, J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français*, *Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957. ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, th. dactyl. Paris, 2008. ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, LGDJ, 2008.

À propos de la fraude dans le choix de la loi applicable, voir, H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Dalloz, 1927, p. 11 et s. Pour l'auteur, « la fraude à la loi se ramène toujours à

poursuivi par le sujet. Cependant, l'individu va mobiliser d'autres prérogatives juridiques que le droit objectif met à sa disposition comme l'accès à une institution familiale, pour atteindre indirectement son but final et donner ainsi à l'opération l'apparence de la légalité¹. C'est ainsi qu'un auteur avait justement relevé, qu'il y a fraude lorsque le sujet de droit « *recherche une combinaison ingénieuse, souvent compliquée, pour atteindre par un chemin défilé l'objectif prohibé par le législateur* »². Tel est par exemple l'hypothèse de l'individu qui recourt à l'adoption pour doter un enfant incestueux d'un double lien de filiation.

Tant que le juge reste dupe des apparences, la volonté individuelle du sujet lui permettra de réaliser juridiquement ses intérêts en marge de la loi³. Que le pot aux roses soit découvert et le juge sanctionnera ce comportement polémogène en remettant en cause l'avantage final obtenu au nom de la règle *fraus omnia corrumpit*⁴.

161. L'abus en droit de la famille. — D'après le vocabulaire juridique Capitant, l'abus en droit civil consiste « *à exercer une prérogative juridique sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui (...)* »⁵. Ainsi, on parlera d'abus à propos des institutions familiales, lorsqu'un sujet qui satisfait les conditions d'accès à cette institution use de sa faculté de rattachement à ladite institution dans un but objectivement conforme aux fonctions assignées par le législateur, mais subjectivement contraire à un usage social. Ce qui signifie qu'en matière d'abus, le rattachement à l'institution familiale est motivé par un désir subjectif de nuire à autrui⁶ qui l'emporte souvent en intensité sur le désir objectif de se

l'adaptation consciente et volontaire de moyens licites en soi à des fins contraires aux commandements et aux interdictions de la loi. (...) ce concept comporte deux éléments bien distincts l'un de l'autre : l'un, matériel, objectif, l'autre, intellectuel, intentionnel. L'élément matériel, c'est le procédé employé qui, par hypothèse, n'est pas en lui-même contraire à la loi ; quant à l'autre, c'est, en toutes circonstances, l'intention d'éluder une loi déterminée ou une combinaison de textes légaux ».

¹ Il convient de souligner que, contrairement à l'hypothèse de détournement l'individu souhaite, en matière de fraude, assumer toutes les conséquences légales découlant du rattachement à l'institution familiale usitée.

² H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, op. cit., p. 59.

³ Le juge restera dupe des apparences lorsque le stratagème est bien pensé. Après tout, comme le souligne un éminent juriste, « si vous voulez tricher, trichez jusqu'au bout. Élevez votre mensonge à la hauteur de la catégorie juridique ». L. JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, t. 3, *Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, éd. Sirey, 1933, 2^e éd., n° 1323.

⁴ H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, 4^e éd., Litec, 1998, pp. 164-165.

⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Abus.

⁶ Pour JOSSERAND, on parle d'abus de droit lorsque le titulaire imprime à son droit une orientation antisociale ; voir, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, 2^e éd., Dalloz, 1939, p. 21.

Voir également, R. SALLELLES, *De l'abus de droit, rapport présenté à la 1^{re} Sous-commission de la Commission de révision du Code civil*, Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, pp. 325 à 348.

soumettre au régime juridique découlant de ladite institution¹. Bref, l'intention malévole change l'acte *a priori* normal en abus.

Même si en raison du trouble social qui découle d'une telle situation, l'intérêt général semble concerné, il convient de souligner qu'en réalité, en matière d'abus, ce sont les intérêts privés qui sont principalement atteints.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux² illustre fort à propos les abus pouvant découler d'un rattachement à une institution familiale ; en l'occurrence, il s'agissait d'une adoption par un grand-père de son petit-fils (avec le consentement de son épouse et de sa fille — mère de l'enfant —) dans l'unique dessein d'empêcher la reconnaissance de l'enfant par son père naturel.

Pour sanctionner ces comportements antisociaux, il convient alors de rechercher l'intention de nuire afin de caractériser l'abus. Pour ce faire, le juge est obligé de scruter les consciences, de connaître et de départir les motifs moraux des motifs immoraux. Si M. PLANIOL jugeait déjà à son époque, une telle entreprise au-dessus des forces du droit³, R. VON IHERING de son côté avait jugé l'entreprise inutile, puisqu'il réfutait l'idée même d'abus dans l'exercice des prérogatives juridiques. En effet, ce dernier estimait que la légalité extérieure objective de l'acte — de rattachement — devrait suffire à rendre le recours à l'intention subjective aussi superflue qu'inadmissible⁴. Toutefois, il convient de souligner que s'il s'avère malaisé de caractériser l'intention de nuire⁵, à moins d'obtenir un aveu de la part de l'auteur des manipulations, une telle preuve n'en est pas moins impossible comme en témoigne la théorie de la preuve intrinsèque qui permettait au juge de déduire l'intention coupable de l'inutilité de l'acte pour son auteur et de son caractère nuisible pour les tiers⁶.

En sus, il est possible de tirer des présomptions d'abus des circonstances extérieures au comportement en cause. Par exemple, une utilisation abusive de la faculté de reconnaissance

¹ Le sujet veut se placer au sein de ladite catégorie en profitant de tous les droits et en étant assujéti aux obligations qui en découlent, à plus forte raison, parce que son rattachement nuira à autrui.

² Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1998, p. 453, note J. HAUSER (l'auteur qualifie cette adoption, d'adoption défensive).

³ M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2^e éd., t. II, LGDJ, 1902, n° 872 bis.

⁴ R. VON IHERING, *Des restrictions imposées au propriétaire foncier dans l'intérêt des voisins*, *Œuvres choisies*, trad. O. de MEULENAERE, t. II, Paris, Librairie A. Marescq, 1893, p. 101.

⁵ Un auteur relevait fort à propos que « le juge ne peut pénétrer dans ces parties troubles de l'âme pour y analyser des sentiments coupables », G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., LGDJ, 1949, p. 173.

⁶ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, pp. 172-173.

Une pareille logique est illustrée en matière d'abus du droit de propriété. La preuve directe de l'élément intentionnel étant trop difficile, voire impossible, la jurisprudence la déduit de l'existence d'un dommage et de l'inutilité de l'acte pour son auteur. Voir par exemple, Ghestin (dir.), *Traité de droit civil, les biens*, LGDJ, 2000, p. 114, n° 106.

peut être caractérisée par le simple fait qu'un ex-compagnon reconnaisse spontanément, après une séparation, les enfants de son ancienne compagne. En effet, on présumera qu'ayant eu durant la vie commune l'occasion de reconnaître ces enfants et ne l'ayant pas fait, la reconnaissance postérieure à la séparation imprime à son acte une intention malévole¹.

En revanche, un homme de nationalité française, qui accepte moyennant finance de reconnaître l'enfant d'un autre afin de faciliter le droit au séjour de la mère sur le territoire français, ne commet pas juridiquement parlant un abus de droit, faute d'intention de nuire, mais une fraude aux règles régissant le droit de la nationalité. En effet, l'avantage poursuivi par l'auteur de la reconnaissance étant le commerce de cette prérogative juridique, un tel avantage étant prohibé par le législateur, la fraude se trouve ainsi caractérisée.

Après avoir fixé le sens des concepts de détournement, d'abus ou de fraude, par lesquels on exprime traditionnellement une instrumentalisation du droit, il conviendra de déterminer le sort juridiquement réservé aux comportements qui peuvent être ainsi qualifiés.

b) La sanction de l'instrumentalisation du droit

162. La sanction du détournement des institutions familiales. — Les détournements d'institutions peuvent faire l'objet de deux types sanctions : l'inopposabilité et la nullité.

L'inopposabilité tout d'abord, « *consiste à neutraliser ponctuellement le détournement, sans s'attaquer à l'institution elle-même* »² ; seul l'avantage poursuivi en discordance avec la finalité de l'institution sera paralysé. Par exemple, l'époux qui contracte le mariage dans le seul but d'acquérir la nationalité française use de cette institution à des fins étrangères à son esprit. L'inopposabilité aura alors pour effet de rendre inefficace la réalisation de l'intérêt subjectivement poursuivi, sans anéantir le rattachement à la catégorie juridique du mariage³. L'auteur du détournement sera maintenu au sein de cette institution, même si subjectivement il ne peut plus espérer en retirer l'avantage ayant déterminé son adhésion⁴.

¹ Voir par exemple CA Pau, 13 févr. 1995, Cah. Jurispr. d'Aquitaine, 1995, 2, p. 60. En l'espèce un ex-concubin avait volontairement reconnu, après la séparation d'avec sa concubine, les deux enfants de cette dernière dont il savait pertinemment qu'ils n'étaient pas les siens, contraignant ainsi la mère à agir en contestation. - Voir aussi, RTD civ., 1996, p. 376, obs. J. HAUSER.

² D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », *op. cit.*, p. 267.

³ Cette voie a été choisie par la Cour de cassation qui a refusé, dans la désormais célèbre affaire des époux TALEB (Cass. 1^{re} civ., 17 nov. 1981, JCP (G) 1982, II, 19842, note M. GOBERT), d'anéantir le remariage naturalisant et s'est contentée de neutraliser son effet acquisitif de la nationalité.

⁴ Pour les professeurs P. MALAURIE et H. FULCHIRON, maintenir ainsi le sujet au sein de la catégorie juridique (le mariage en l'occurrence) tout en le privant de l'avantage ayant subjectivement déterminé son adhésion (recueillir une donation), « n'était pas une mauvaise façon de décourager la fraude, mais aux dépens du sérieux du mariage ». P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit.*, p. 109, n° 193.

La nullité ensuite, se définit généralement comme une sanction frappant un acte établi en méconnaissance des conditions de formation et de validité érigées par la loi. Contrairement à la situation d'inopposabilité dans laquelle l'auteur du détournement est maintenu au sein de l'institution, la nullité vient l'expulser de cette institution de manière rétroactive, parce qu'il n'a jamais eu l'intention de se soumettre au corpus juridique innervant ladite institution. Tel est par exemple le cas des mariages conclus à des fins exclusivement successorales qui ont été annulés faute d' *affectio matrimonii* ¹.

Si la nullité et l'inopposabilité sont les sanctions possibles du détournement des catégories juridiques, reste à savoir laquelle des deux choisir. L'exercice de ce choix relève pour certains de la gageure, puisque le détournement apparaît à leurs yeux comme dépourvu de sanction spécifique².

De notre point de vue, en définissant le détournement comme une atteinte portée à une institution juridique, il apparaît alors que c'est l'intérêt général, incarné par les valeurs juridiques ordonnées en système cohérent innervant ladite institution, qui est lésé. Par conséquent, la nullité apparaît comme la « *seule sanction permettant, au-delà de la restauration des intérêts atteints, de rétablir l'ordre juridique* »³.

Recourir à l'inopposabilité permet également de sanctionner le sujet mal intentionné, en l'enchâssant dans la catégorie juridique amputée de l'effet recherché, mais au détriment de toute cohérence, puisqu'une telle sanction institue une catégorie juridique punition contraire au sentiment d'adhésion recherché⁴. Il conviendrait donc, comme le suggère le professeur FENOUILLET, d'opter pour la sanction de la nullité et recourir à l'inopposabilité à titre exceptionnel⁵.

163. La sanction de la fraude en droit de la famille. — L'hypothèse d'une fraude suppose dès l'origine une interdiction de l'avantage final poursuivi par le sujet. Le stratagème mis en place pour contourner l'interdiction porte atteinte à l'ordonnement juridique tout entier, puisqu'il permet au sujet de droit d'annihiler les prescriptions juridiques.

La sanction d'une telle atteinte doit nécessairement avoir pour objet de faire cesser le trouble par un rétablissant la situation *quo ante* ; ce qui nécessite l'anéantissement de tout le

¹ Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 28 oct. 2003, n° 01-12.574, D. 2004, p. 21, note J.-P. GRIDEL, Dr. fam. 2004, comm. 15, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

² J.-J. LEMOULAND, P. MURAT, *Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial*, Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, p. 52 et s., spéc. p. 53. Voir aussi J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2^e éd., n° 376 et s.

³ D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », *op. cit.*, p. 271.

⁴ *Ibidem*.

⁵ D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », *op. cit.*, p. 272.

stratagème. Le régime de la nullité s'impose alors comme la sanction adéquate qui viendrait, dès que le masque des apparences se fissure¹, sanctionner l'acte posé.

164. La sanction de l'abus en droit de la famille. — L'abus dans l'exercice d'une prérogative juridique lèse principalement les intérêts privés, puisque le stratagème a pour but de causer des nuisances à un tiers. La sanction de ce comportement passe nécessairement par une réparation du préjudice causé au tiers, ce qui justifie la mise en branle du mécanisme de la responsabilité civile. Cependant, il convient de relever aussi que le comportement abusif, parce qu'il apparaît incompatible avec les valeurs qui soutiennent l'institution familiale, est susceptible de porter atteinte à l'intérêt général. Par conséquent, sa nullité peut être justifiée dans certaines hypothèses.

Ainsi, en cas d'abus de reconnaissance d'enfant, il est permis au ministère public de défendre l'intérêt général en poursuivant la nullité d'un tel acte lorsque les indices tirés de l'acte lui-même rendent invraisemblable une telle filiation (art. 336 du C. civ.).

Après avoir établi l'existence de sanctions destinées à dissuader les comportements stratégiques, il convient d'évaluer l'efficacité desdites sanctions. Dissuadent-elles réellement les parties de méconnaître l'intérêt général antagoniste pour que soit ainsi évitée la naissance de conflits ?

2) La prévention de l'instrumentalisation de la règle de droit

165. Sachant que l'instrumentalisation du droit engendre une atteinte à l'intérêt général, à l'ordre public, l'existence de sanctions doit dissuader les individus d'adopter d'un tel comportement. Ceci à plus forte raison lorsqu'on sait que l'effectivité des sanctions prévues pour ce type de comportement se trouve garantie par la possibilité reconnue au ministère public d'agir en justice pour défendre l'intérêt général².

Tout d'abord, le ministère public peut agir d'office pour assurer la protection de l'intérêt général dans les cas spécifiés par la loi³. Tel est par exemple le cas en matière de mariage où le ministère public peut former opposition et agir en nullité⁴. Tel est également le cas en

¹ Pour une analyse des sanctions de la fraude, voir, L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, LGDJ, 2008, p. 392 et s.

² Sur le rôle du ministère public dans les contentieux familiaux, voir, A. LEBORGNE, « Le rôle du ministère public dans le contentieux familial », in, L. WEILLER (dir.), *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, 2012, p. 41 et s.

³ Voir l'article 422 du Code de procédure civile.

⁴ Voir les articles 175-1, 175-2, et 184 du Code civil.

matière de filiation où il est spécifiquement prévu que le ministère public peut agir en contestation de la filiation¹.

Ensuite, même en dehors des cas spécifiés par la loi, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public, à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci².

Mais, la question qu'il faut se poser avant celle de l'effectivité des sanctions prévues en cas d'atteinte à l'intérêt général est celle de l'efficacité de ces sanctions en termes de dissuasion. L'arsenal mis en place par le législateur est-il assez dissuasif pour prévenir l'instrumentalisation du droit ? Le constat qui est fait est plutôt celui d'une inefficacité de la fonction dissuasive de ces sanctions (a). Ce qui nous a conduits, à titre prospectif, à porter la réflexion sur les moyens permettant d'améliorer la fonction dissuasive des sanctions prévues en cas d'atteintes non admises à l'intérêt général (b).

a) Le constat de l'inefficacité de la fonction dissuasive des sanctions

166. Il est possible de justifier l'inefficacité de la fonction dissuasive des sanctions prévues en cas d'instrumentalisation du droit de la famille par deux sortes de raisons. L'une est consubstantielle à la particularité des conflits entre l'intérêt général et les intérêts privés, l'autre est relative à la fondamentalisation du droit des personnes et de la famille.

167. La particularité des conflits entre intérêt général et intérêts privés. — Contrairement aux conflits entre intérêts privés, l'atteinte à l'intérêt général, c'est-à-dire à un ordre établi relève souvent du comportement militant des individus décidés à faire céder le système juridique qu'ils jugent castrateur. Il s'agit en réalité d'un mouvement de revendication de droits subjectifs nouveaux. Peu importe les sanctions encourues, l'essentiel pour ces groupes de pression est de faire avancer leur cause. D'ailleurs, comme le soulignent des auteurs, cette part du groupe social dans la création du droit n'est pas négligeable³.

Ainsi, même si on ne saura jamais le visage qu'aurait notre droit du divorce aujourd'hui sans la comédie judiciaire des époux qui se reprochaient des fautes imaginaires pour pouvoir divorcer, il n'en demeure pas moins certain que le divorce par consentement mutuel aurait été accordé bien après 1975. De même, la transgression de l'interdit du mariage entre personnes de même sexe par un maire qui a uni un couple d'hommes, malgré l'annulation de l'union à

¹ Voir l'article 336 du Code civil.

² Voir l'article 423 du Code de procédure civile.

³ Voir, J.-J. LEMOULAND, P. MURAT, *Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial*, op. cit., spéc. p. 60 et s.

l'époque¹, a eu le mérite de poser clairement le débat relatif au mariage homosexuel ; ce débat rappelons-le, s'est soldé par la reconnaissance en droit français du mariage entre personnes de même sexe. Aussi, sans l'acharnement des époux *Menesson*, le droit positif n'aurait pas connu une évolution aussi rapide sur la question de l'état civil des enfants nés à l'étranger à la suite d'un processus de gestation pour autrui².

Partant, il est utopique de penser qu'on peut annihiler les combats idéologiques par un renforcement des sanctions. On touche là aux limites de la fonction dissuasive de la sanction. Il faut souligner, en plus d'une telle limite portant sur l'efficacité des sanctions en termes de dissuasion, que l'absence d'effectivité de certaines sanctions écartées en raison de leur disproportion participe au renforcement d'un sentiment général d'illégitimité de l'ordre établi. Dès lors, c'est tout le dispositif de dissuasion de l'instrumentalisation du droit de la famille qui perd en efficacité.

168. L'impact des droits fondamentaux sur l'effectivité des sanctions. — Si la sanction des atteintes à l'intérêt général est justifiée par l'impératif de protection du système juridique, il ne faut pas oublier que l'ordre juridique interne doit également garantir le respect des droits fondamentaux. L'équilibre entre ces deux impératifs doit transparaître de l'élaboration des sanctions. En d'autres termes, la sanction doit impérativement être proportionnée.

Ainsi, n'est pas proportionnée une sanction contraire au droit au respect de la vie privée d'un enfant dans le sens où elle va à l'encontre de son droit à l'identité³. En l'espèce, les juridictions françaises, invoquant une fraude à la loi française interdisant les gestations pour autrui, avaient refusé la transcription sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance étrangers de jumelles issues d'une gestation pour autrui. Saisie, la Cour européenne des droits de l'Homme avait retenu une violation des droits fondamentaux de l'enfant, car selon elle, il convenait de doter ces enfants vivant en France d'état civil et que l'intérêt légitime de faire respecter les règles internes en matière de gestation pour autrui ne devrait pas conduire à la discontinuité internationale de leur état civil, élément indispensable à leur

¹ Il s'agit du mariage dit de « Bègles ». Cass. 1^{re} civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627. Pour une confirmation au niveau européen de l'absence d'un droit au mariage homosexuel, voir, CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n° 40183/07, Dr. fam. 2016, alerte 61, obs. J. COUARD.

² CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, JCP (G) 2014, p. 877, note A. GOUTTENOIRE, D. 2014, p. 1797, note F. CHENEDE ; RTD civ. 2014, p. 835, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTD civ. 2014, p. 616, obs. J. HAUSER.

³ Voir par exemple, CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, *précit.*

construction identitaire¹. Or, l'objectif de proportionnalité de la sanction revient dans ce cas précis à priver l'interdit légal d'effectivité². Aussi, par analogie, il convient de faire remarquer que serait contraire au droit à l'identité des enfants, le refus des juridictions françaises de permettre l'établissement de la filiation paternelle des enfants issus d'une gestation pour autrui en France.

En définitive, même si la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît le caractère légitime des sanctions relatives aux atteintes à l'intérêt général, elle ne s'interdit pas pour autant de priver d'effectivité de telles sanctions, lorsqu'elles lui apparaissent disproportionnées au regard des droits fondamentaux à l'instar du droit au respect de la vie privée. Dès lors, il convient, dans un souci de prévention des atteintes à l'intérêt général, d'envisager des pistes de restauration de la fonction dissuasive des sanctions.

b) La délicate restauration de la fonction dissuasive des sanctions

169. Le recours à la sanction pénale. — Le talon d'Achille de l'arsenal répressif actuel reste la disproportion de certaines sanctions au regard de l'impératif de respect des droits fondamentaux. Pour assurer l'effectivité des sanctions, le législateur doit maintenir un juste équilibre dans leur élaboration. Il doit rester ferme dans la sanction des atteintes à l'ordre établi, mais en même temps juste.

Tout d'abord, la justesse de la sanction suppose, d'une part, que la réaction du système juridique aux atteintes dont il fait l'objet soit nécessairement mesurée. Seul l'auteur de l'atteinte doit pâtir de cette réaction³. Toutefois, la difficulté des sanctions en droit de la famille consiste dans l'élaboration d'une peine qui n'ait pas de répercussions sur les autres membres du groupe.

La justesse de la sanction, d'autre part, suppose sa flexibilité de sorte qu'elle puisse s'adapter à la particularité des espèces. Ainsi, n'est pas juste, une sanction qui va à l'encontre de la reconnaissance d'une situation familiale réellement vécue. Dans cette optique, on peut par

¹ Concrètement dans cet arrêt, c'est le refus d'établissement de la filiation paternelle qui était jugé déséquilibré et donc disproportionné.

² Voir, J. HAUSER, *État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez, y a rien à voir !*, RTD civ. 2015, p. 581. - J.-B. WALTER, *La vie privée et familiale : refuge européen de l'illégalité ou réceptacle de la tragédie humaine ?*, Dr. fam. 2015, étude 11.

³ Par exemple, dans l'arrêt *Mennesson c. France* (CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11), la Cour ne reproche pas aux juridictions françaises d'avoir voulu sanctionner le comportement des parents. D'ailleurs, elle refuse de reconnaître l'existence d'une atteinte injustifiée au droit au respect de leur vie familiale. En revanche, elle refuse que les enfants se retrouvent indirectement sanctionnés pour le comportement de leur auteur en retenant l'existence d'une atteinte au droit à la vie privée de ces enfants et plus précisément une atteinte au droit à l'identité.

exemple présenter la théorie du mariage putatif comme une exception à la rigidité de la sanction de la nullité du mariage, puisqu'elle permet la reconnaissance de situations familiales vécues.

Ensuite, la fermeté de la sanction vise à assurer la sauvegarde du système juridique. Cette fermeté ne peut malheureusement plus être atteinte par le truchement des sanctions civiles, en raison des exigences de respect des droits fondamentaux comme le droit à l'identité des enfants. Si un auteur avait à juste titre souligné les dangers d'une pénalisation du droit de la famille¹, il est malheureux de constater que ce mouvement de pénalisation est appelé à prendre de l'ampleur en présence des atteintes à l'intérêt général², tant la sanction pénale apparaît de plus en plus comme le seul levier pouvant permettre au législateur de préserver, en droit de la famille, les choix fondamentaux sur lesquels repose une certaine conception du vivre ensemble³.

Par exemple, en matière de gestation pour autrui, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme exige qu'on dote les enfants issus d'un tel processus de conception d'un état civil, la dissuasion du recours aux gestations pour autrui ne peut plus passer par le refus de reconnaissance juridique de ces enfants⁴. La seule option pour éviter l'affadissement de cet interdit reste la possibilité de poursuivre pénalement ceux qui ont recours à ce mode de conception⁵.

Il y a sans doute urgence, puisque galvanisés par le changement de jurisprudence initié par la Cour européenne des droits de l'Homme, les parents d'intention, qui hésitaient à recourir à la gestation pour autrui, franchiront le Rubicon à plus forte raison parce que le coût financier de ce processus de conception est de plus en plus accessible au sein même de l'Union européenne⁶.

¹ C. POMART, *Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses*, Dr. fam. 2010, n° 9, Étude 20.

² L'idée qui est défendue n'est celle d'une pénalisation de la violation des obligations familiales, mais d'une pénalisation des comportements portant atteinte à l'ordre public familial.

³ Voir par exemple la proposition de loi n° 2706 déposée à l'Assemblée nationale le 8 avr. 2015 et visant à pénaliser les contrats de GPA. Voir, Dr. fam. 2015, n° 6, Alerte 46.

⁴ On admet d'ailleurs que la mère d'intention puisse par le biais de l'adoption, établir sa filiation à l'égard de l'enfant issu d'une gestation pour autrui. Voir par exemple, A. GOUTTENOIRE, « Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger » note sous cinq arrêts de la Cour de cassation du 5 juillet 2017, JCP (G) 2017, p. 1691.

⁵ Dans ce sens, la proposition de loi AN n° 2706 du 8 avr. 2015 prévoit que lorsque le contrat de GPA a été exécuté à l'étranger par ou pour le compte d'un français ou d'une personne résidant habituellement sur le territoire français, de poursuivre pénalement les auteurs par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 du Code pénal. Voir, Dr. fam. 2015, n° 6, Alerte 46.

⁶ S. KOVACS, *La Grèce, l'eldorado de la GPA*, Le Figaro, 4-5 octobre 2014, p. 19. Dans cet article, l'auteur révèle que le coût moyen d'une GPA aux États-Unis est d'environ 100 000 euros tandis qu'en Grèce il s'élève à 10 000 euros.

À condition que le législateur le veuille réellement, le renforcement des sanctions pénales apparaît en l'espèce comme la seule option permettant d'éviter que la pratique ne rende caduc l'interdit de la gestation pour autrui. Toutefois, il faut reconnaître que la sanction pénale se révèle d'une complexe maniabilité dans les rapports familiaux, tant les équilibres à maintenir pour qu'elle soit juste sont d'une complexe réalisation. La réflexion portant sur la sanction pénale en cas de gestation pour autrui permet de mieux mesurer l'ampleur de la tâche.

170. La délicate élaboration des sanctions pénales en droit de la famille : l'exemple de la gestation pour autrui. — Lorsque des parents d'intention en méconnaissance de la loi décident de recourir à la gestation pour autrui, trois types de sanctions peuvent être envisagés sur le plan pénal : la peine privative de liberté, le retrait de l'autorité parentale, l'amende.

Tout d'abord, la peine privative de liberté apparaît inadéquate face à la souffrance de couples qui se retrouvent dans l'impossibilité de concevoir naturellement un enfant. D'ailleurs, il est fort à parier que la logique compassionnelle des juges, qui émus par la souffrance de leurs semblables, ou gênés par les relents moraux d'une telle interdiction dans les hypothèses de gestation pour autrui altruistes ou militants, n'oseront pas réprimer la violation individuelle de la loi par une sanction aussi infamante.

Ensuite, le retrait de l'autorité parentale par le juge pénal constitue une piste de réflexion envisageable. Il s'agirait pour le législateur de faire du recours à la gestation pour autrui, une cause péremptoire de retrait de l'autorité parentale. L'idée serait de considérer que la violation d'un interdit fondamental dans nos sociétés contemporaines traduit l'impossibilité pour les parents d'intention de faire de cet enfant un citoyen intégré, respectueux des règles du vivre ensemble. Au-delà du fait que ce présupposé est en lui-même bancal¹, cette sanction pénale de la gestation pour autrui est selon nous inconcevable pour deux raisons.

D'une part, parce que réintroduire une cause péremptoire de retrait de l'autorité parentale sans laisser au juge un pouvoir d'appréciation en la matière, constitue une détestable régression d'un point de vue historique².

¹ Même en considérant *in abstracto* qu'il s'agit d'une mise en danger morale de l'enfant, on ne voit pas en quoi ce comportement ferait de ses auteurs de mauvais parents *in concreto*. Or, on sait que la Cour européenne des droits de l'Homme dans son contrôle de conventionnalité ne se prononce pas dans l'abstrait sur la conformité des droits internes...

² On reviendrait pour ainsi dire au système prévu par l'article 1^{er} de la loi de 1889. Voir par exemple, C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'harmattan, 2001, p. 228 et s.

D'autre part, parce qu'une telle sanction qui frapperait les parents d'intention s'accompagnerait d'une séparation d'avec l'enfant¹ ; ce qui ne serait pas conforme aux exigences des textes supranationaux². D'ailleurs, l'Italie qui a choisi une voie similaire a été sanctionnée par la Cour européenne des droits de l'Homme qui, dans un arrêt *Paradiso et Campanelli*³, a retenu que le placement en vue d'adoption d'un enfant issu d'une gestation pour autrui constitue une ingérence disproportionnée dans la vie familiale des requérants. En définitive, le retrait de l'autorité parentale qui viendrait sanctionner le recours à une gestation pour autrui ne serait pas une sanction pénale adaptée en la matière.

Enfin, reste à analyser l'amende comme sanction dissuasive. À nos yeux, elle constitue la seule sanction pénale envisageable à l'heure actuelle en cas de recours à la gestation pour autrui. Toutefois, il convient de souligner que même cette sanction doit demeurer proportionnée. Toute exagération en ce qui concerne son montant aura pour conséquence, d'une part, la stigmatisation de l'enfant tenu pour responsable du revers de fortune de ses parents, et, d'autre part, l'exécution d'une telle peine rejaillirait sur les autres membres de la famille financièrement dépendants des auteurs de l'infraction.

À travers cette brève réflexion sur l'élaboration de la sanction pénale des gestations pour autrui, on mesure aisément à quel point il est difficile, en droit de la famille, de trouver une sanction à la fois dissuasive et respectueuse des droits et libertés des tiers membres de la famille.

En définitive, il convient de souligner que les sanctions prévues en cas d'atteinte à l'ordre établi ne dissuadent les individus qu'aussi longtemps qu'elles restent effectives. Si les sanctions civiles sont de plus en plus ineffectives, parce que jugées disproportionnées au regard des exigences du droit au respect de la vie privée et de l'intérêt de l'enfant, il apparaît alors que le seul moyen permettant de sauvegarder le système juridique reste le renforcement des sanctions pénales. Mais en même temps, il convient de relever la difficulté à trouver des sanctions pénales adaptées à la particularité des relations familiales. Il paraît donc compliqué, pour ne pas dire impossible, de restaurer en droit extrapatrimonial de la famille la fonction dissuasive des sanctions en cas d'atteintes à l'intérêt général.

¹ Voir l'article 380 du Code civil.

² Voir par exemple l'article 9 de la CIDE et l'article 8 de la Conv. EDH.

³ CEDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, spéc. §-86 ; AJ. fam. 2015, p. 165, note E. VIGANOTTI ; JCP (G) 2015, act. 194, F. SUDRE ; Dr. fam. 2015, chron. 2, obs. A. GOUTTENOIRE ; D. 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2015, p. 325, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RJP 2015, n° 4, p. 11, obs. I. CORPART.

Après avoir envisagé la dissuasion des atteintes à l'intérêt général par le biais de la sanction, il convient de répéter le même effort à propos des atteintes aux intérêts privés.

B- LA DISSUASION DES ATTEINTES AUX INTERETS PRIVES

171. Prolégomènes. — Le législateur entend éviter dans les rapports familiaux les comportements polémogènes. Pour ce faire, il met tout d'abord à la charge du couple une obligation de loyauté¹. Il s'agit d'un devoir de coopération et de respect qui oblige les partenaires à se comporter avec droiture², que ce soit lors de la constitution du lien conjugal, au cours de leur vie conjugale ou au moment de leur rupture³.

Mais le législateur entend également sanctionner dans les rapports familiaux, les comportements en décalage avec ses prescriptions. L'hypothèse qui est alors faite est que la perspective d'une sanction attachée à un comportement polémogène, responsabilise les individus et les dissuade d'adopter ledit comportement. C'est donc l'effet dissuasif de la sanction qui permet *in fine* de prévenir la survenance de certains conflits familiaux⁴.

En matière familiale, on peut discerner deux types de sanctions. D'une part, les sanctions-liquidation dont le propre est d'entraîner la déconstitution ou le dénouement du lien familial, et d'autre part, les sanctions-réparation dont le propre est d'entraîner le versement de dommages-intérêts à une personne qui subit une lésion dans ses intérêts du fait du comportement inadapté d'un membre de sa famille.

Dans la perspective d'une prévention des conflits familiaux par le renforcement du rôle dissuasif des sanctions, il convient d'insister particulièrement sur les sanctions-réparation. En effet, la généralisation des sanctions-liquidation serait contre-productive dans une matière

¹ À propos de l'obligation de loyauté dans le couple marié, voir par exemple, A. TISSERAND-MARTIN, « Devoir de loyauté et obligation d'information entre époux divorçant », in *Mélanges P. SIMLER*, Litec-Dalloz, 2006, p. 207 et s. - Y. GUYON, *De l'obligation de sincérité dans le mariage*, RTD civ. 1964, p. 473.

À propos de l'obligation de loyauté dans le couple non marié, voir par exemple G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014, pp. 306-311 et les références doctrinales et jurisprudentielles citées.

² Le moraliste Horace soulignait déjà au temps de l'Empire romain qu'à n'être pas obligatoire, le mérite n'en est que plus grand de bien traiter sa femme, d'être « bon voisin, hôte aimable, doux envers son épouse et clément envers son esclave ». Il s'agit d'un idéal comportemental qui devait s'ajouter aux strictes obligations matrimoniales. Voir, P. ARIES, G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. I, Sueil, 1985, p. 32.

³ Voir par exemple, J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 245 et s.

⁴ À propos du rôle dissuasif des sanctions, voir par exemple, J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, p. 675 et s.

Voir aussi, P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, chron. 32, p. 197. - A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », D. 1990, chron. 34, p. 199. - C.-A. MORAND, *La sanction*, APD 1990, p. 312.

familiale où l'impératif de sauvegarde des liens familiaux est souvent considéré comme supérieur à l'impératif de sanction des comportements défectueux¹. Par exemple, l'exigence, pour le prononcé du divorce pour faute, de faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune (art. 242 du C. civ.) peut s'expliquer, au-delà de l'objectif de pacification du divorce, par la volonté d'imposer aux époux un devoir de persévérance conjugal.

Aussi, la nécessité de motiver le retrait de l'autorité parentale par l'existence d'un danger réel pour l'enfant s'inscrit dans cette même logique de préservation des liens familiaux. En clair, seul l'intérêt de l'enfant peut justifier qu'un manquement aux obligations familiales imputable aux parents se solde par une sanction-liquidation (art. 9 de la CIDE, et 8 de la Conv. E.D.H.).

La réflexion ainsi recentrée sur les sanctions-réparation, il convient de relever qu'en l'état actuel du droit positif, l'effet dissuasif de ces sanctions est loin d'opérer. En effet, dans les rapports familiaux, le législateur entend user avec parcimonie des sanctions réparations (1), alors qu'il aurait fallu, dans un souci de prévention des conflits familiaux, recentrer l'objectif de responsabilisation des individus au cœur de la régulation des rapports familiaux (2).

1) Un constat : le refus de mettre en œuvre les sanctions-réparation

172. Pour dissuader les atteintes aux intérêts privés en matière familiale, des sanctions réparation peuvent être prononcées par le truchement du droit commun de la responsabilité, ou des régimes spéciaux permettant à la victime de solliciter le versement de dommages-intérêts. Cependant, il arrive dans certaines situations que la lourdeur des régimes spéciaux, combinée à l'articulation imparfaite du droit commun et spécial de la responsabilité, conduisent à refuser la réparation de certains préjudices. Un tel état des choses participe au renforcement d'un sentiment d'impunité et annihile la fonction dissuasive de la sanction. Les exemples suivants pris dans les rapports conjugaux (a) et dans la parenté (b) permettront de s'en rendre compte.

a) L'exemple des prétentions aux dommages et intérêts à la suite d'un divorce

173. La dualité de régime en matière d'attribution de dommages-intérêts. — Le comportement défectueux d'un époux qui conduit au divorce est susceptible de causer des

¹ Voir par exemple, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014 - C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'harmattan, 2001.

préjudices d'ordre matériel ou moral à son conjoint. Pour réparer ces différents préjudices¹, le législateur a prévu la possibilité pour l'époux victime de solliciter une réparation sur le fondement de l'article 266 du Code civil, ou sur le terrain plus général de la responsabilité civile (art. 1240 du C. civ.). Suivant la présentation qui est traditionnellement faite à propos du champ d'application de ces différents textes, la nature du préjudice subi dicte le fondement de l'action en réparation². Toutefois, la seule délimitation du domaine d'application des différents textes ne garantit pas la satisfaction des prétentions aux dommages et intérêts. Il conviendra alors de préciser le régime auquel la prétention aux dommages et intérêts sera soumise.

Pour ce qui est tout d'abord du domaine d'application des différents textes, il convient de retenir qu'on applique l'article 266 du Code civil lorsque la demande de réparation est relative à un préjudice matériel ou moral découlant de la dissolution du mariage³ et qui n'a pas été couvert par le versement d'une prestation compensatoire⁴, tandis que l'article 1240 du Code civil doit être appliqué pour la réparation des préjudices autres que ceux relevant de la dissolution du mariage. Ce qui signifie qu'un cumul des réparations est possible lorsqu'un époux subit à la fois un préjudice découlant de la rupture du mariage, mais aussi un préjudice autre que ceux découlant de la rupture du mariage⁵.

Pour ce qui est ensuite du régime d'application des différents textes, il faut rappeler que pour obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, il faudra

¹ À noter que la Cour de cassation a eu à préciser que le prononcé d'un divorce aux torts exclusifs d'un époux n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice. La réparation d'un éventuel préjudice se fait soit sur le fondement de l'article 266 du C. civ., soit sur le fondement de l'article 1240 du même Code. Voir, Cass. 1^{re} civ, 18 janv. 2012, n° 11-10959 ; Gaz. Pal. 2012, n° 75, p. 10, note C. QUEZEL-AMBRUNAZ.

² Voir en ce sens, l'attendu de principe de la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 janv. 2012 (Cass. 1^{re} civ, 18 janv. 2012, n° 11-10959, précit.).

³ Par exemple, constitue sans doute un préjudice découlant de la rupture du mariage la dépression « *post-matrimonii* », la charge financière que représente pour l'épouse âgée et atteinte d'une maladie évolutive le recours aux services d'un tiers, puisque celle-ci ne pourra plus compter sur son époux pour l'assister (CA Paris, 9 sept. 2010, n° 08/20954, Jurisdata n° 2010-016447), l'impossibilité pour une épouse vietnamienne qui s'est installée en France à la suite de son mariage avec un français, de retrouver dans son pays d'origine, en raison du divorce, la situation familiale et sociale qui était la sienne (CA Paris, 9 sept. 2010, n° 09/00628, Jurisdata n° 2010-016323).

⁴ Puisque la prestation compensatoire est destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives (art. 270 du C. civ.), la seule perte de son standing de vie, même s'il s'agit d'un préjudice causé par la rupture, ne peut plus donner lieu à réparation en cas de versement d'une prestation compensatoire. Ainsi dans les faits, l'article 266 du C. civ. est souvent utilisé pour la réparation de préjudices d'ordre moral, puisque très souvent les préjudices d'ordre matériel sont couverts par le versement d'une prestation compensatoire.

⁵ Pour la validation du principe de cumul des réparations conditionné à l'application distributive des différents fondements de responsabilité en fonction de la nature du préjudice, voir, Cass. 1^{re} civ, 11 janv. 2005, n° 02-19016, Gaz. Pal. 2005, n° 149, p. 2, obs. J. MASSIP ; RTD civ 2005, p. 375, obs. J. HAUSER.

rapporter la preuve d'un préjudice uni par un lien de causalité à un fait générateur imputable au défendeur.

En revanche, pour obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil, la simple preuve d'un préjudice découlant de la dissolution du mariage ne suffit pas. En effet, cet article a été pensé pour permettre à l'époux défendeur à un divorce pour altération définitive du lien conjugal ou à l'époux innocent, d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la dissolution du mariage et présentant une particulière gravité.

Pour synthétiser, l'obtention de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du Code civil est subordonnée à l'existence d'un préjudice qualifié, à la qualité du demandeur, ainsi qu'au respect d'un moment d'action.

Un préjudice qualifié tout d'abord, parce qu'on exige, pour allouer des dommages et intérêts sur ce fondement, que le préjudice découlant de la rupture du mariage emporte des conséquences d'une particulière gravité pour la victime. L'appréciation de l'existence de conséquences d'une particulière gravité est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Une certaine qualité du demandeur ensuite, parce que seul l'époux innocent ou l'époux défendeur à un divorce pour altération définitive du lien conjugal et qui n'a lui-même formé aucune demande en divorce, peut obtenir des dommages et intérêts sur ce fondement.

Le respect d'un temps d'action enfin, parce que contrairement aux demandes de réparation fondées sur le droit commun de la responsabilité civile qui constitue une action autonome, les demandes de réparation fondées sur l'article 266 du Code civil doivent nécessairement intervenir à l'occasion d'une action en divorce, même pour la première fois en cause d'appel¹. Ce qui signifie qu'une action en réparation fondée sur l'article 266 du Code civil n'est plus possible une fois le prononcé du divorce devenu définitif.

Le domaine d'application et le régime de ces différents textes précisés, il convient de s'intéresser à leur articulation qui constitue une source de difficultés en droit positif.

174. L'articulation des différents fondements de responsabilité. — La spécificité de régime de l'article 266 du Code civil s'explique par une volonté du législateur de dédramatiser et de pacifier le divorce. Partant, pour ne pas trahir cet esprit, lorsqu'on se retrouve en présence d'un préjudice découlant d'un divorce pour faute ou d'un divorce pour

¹ Voir Cass. 2^e civ, 23 mai 2001, n° 99-15.459 ; voir aussi, J. HAUSER, *Le divorce nouveau et la responsabilité*, Rev. Droit & Patrimoine 2005, p. 136.

altération définitive du lien conjugal pour lequel la victime était défenderesse, seul l'article 266 du Code civil doit être appliqué. Ce qui signifie que si d'aventure le régime d'application de ce texte conduit à écarter toute indemnisation¹, du moment que la situation relevait bien de son domaine d'application, ce préjudice ne pourrait plus être réparé sur le fondement de l'article 1240 qui lui, est destiné à réparer les préjudices autres que ceux découlant de la rupture du mariage². D'ailleurs, permettre le recours à l'article 1240 du Code civil lorsque le régime de l'article 266 du Code civil conduit à l'exclusion d'une responsabilité revient à annihiler l'effort de pacification qui a contribué à la mise en place de ce régime spécifique de responsabilité.

On prend alors conscience que l'articulation des articles 266 et 1240 du Code civil telle qu'elle est réalisée en droit positif, est susceptible de conduire à des situations dans lesquelles il serait juridiquement interdit de réparer le préjudice découlant de l'atteinte à un intérêt privé³ ; ce qui est sans doute contraire à la volonté de responsabilisation des individus affichée par le législateur. Par exemple, le préjudice moral subi par l'épouse du fait d'un divorce intervenu après trente-neuf ans de mariage, dans des conditions rendues difficiles par le comportement de l'époux, constitue bien un préjudice réparable sur le fondement de l'article 266 du Code civil ; mais le fait qu'un tel préjudice ait été jugé comme n'emportant pas de conséquences d'une particulière gravité pour l'épouse victime, empêche sa réparation⁴.

Un tel sentiment d'impunité de l'auteur d'une atteinte à un intérêt privé peut également s'illustrer à travers la question de la responsabilité de l'auteur d'une reconnaissance mensongère.

b) L'exemple des prétentions aux dommages et intérêts à la suite d'une reconnaissance mensongère

175. On enseigne que la reconnaissance de paternité ou de maternité est une démarche libre, un acte de volonté par lequel une personne reconnaît être l'auteur d'un enfant ; et qu'elle n'est soumise à aucun contrôle portant sur la véracité du lien de filiation ainsi déclaré.

¹ Tel est par exemple le cas lorsque l'action en divorce est éteinte ou encore lorsque le juge ne qualifie pas le préjudice de particulièrement grave.

² Voir dans ce sens, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz-Action 2015, n° 136.25.

³ Ce constat a d'ailleurs conduit de nombreux auteurs à s'interroger sur l'opportunité d'une suppression de l'article 266 du C. civ. Voir par exemple, F. OUDIN, *Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ?*, RJPF 2006, n°2, p. 12 - G. SERRA, *De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile*, RLDC 2007, n° 42, p. 38 et s. - E. MULON, *Domages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil*, Gaz. Pal. 2014, n° 21, p. 6 et s.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juill. 2009, n° 08-17825, Dr. fam. 2009, comm. 103, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2009, p. 705, obs. J. HAUSER.

Ainsi, pour des raisons qui lui sont personnelles, un individu peut réaliser une reconnaissance mensongère. Or, cette reconnaissance mensongère lorsqu'elle est plus tard annulée, conduit à l'anéantissement de la filiation et induit pour l'enfant des préjudices de divers ordres : perturbations psychologiques du fait de la découverte de la vérité, changement de nom dans certaines situations (61-3 C. civ), perte des aliments dont il était créancier à l'égard de l'auteur de la reconnaissance, perte de sa vocation successorale...

Normalement, l'objectif de responsabilisation des auteurs de comportements polymogènes devrait conduire à permettre à l'enfant de se retourner contre l'auteur de la reconnaissance mensongère afin d'obtenir réparation des différents chefs de préjudice qu'il subit du fait de l'instabilité de sa filiation, qui rappelons-le, trouve ses origines dans l'aveu mensonger de paternité ou de maternité. Or, l'analyse des conditions de la mise en œuvre de cette responsabilité montre une bienveillance du droit positif à l'égard de l'auteur de la reconnaissance mensongère, puisque d'une part, la recherche de sa responsabilité civile est soumise à des conditions restrictives et que, d'autre part, la jurisprudence refuse de qualifier pénalement son comportement en faux en écriture publique.

176. Les conditions restrictives d'exercice de l'action en responsabilité civile. —

D'emblée, soulignons que le fondement de la responsabilité de l'auteur d'une reconnaissance mensongère a donné lieu à des controverses. La jurisprudence retenait initialement une responsabilité délictuelle. Mais depuis, deux arrêts¹ en date du 21 juillet 1987 et 6 décembre 1988, la Cour de cassation a substitué au fondement délictuel, un fondement contractuel. L'idée est que l'auteur d'une reconnaissance mensongère souscrit, au bénéfice de l'enfant, une obligation contractuelle de le prendre en charge en qualité de parent².

Par conséquent, si l'enfant souhaite obtenir des dommages et intérêts à la suite de l'anéantissement de son lien de filiation, il doit prouver que l'auteur de cette reconnaissance a manqué à son obligation contractuelle en poursuivant lui-même l'anéantissement de cette filiation. Ce qui signifie que si l'anéantissement du lien de filiation n'est pas du fait de l'auteur de la reconnaissance mensongère, mais d'un tiers, la responsabilité de ce premier ne

¹ Cass. 1^{re} civ., 21 juill. 1987, D. 1988, p. 225, note J. MASSIP, Cass. 1^{re} civ., 6 déc. 1988, D. 1989, p. 317, note J. MASSIP. Voir aussi, D. HUET-WEILLER, note sous, CA Toulouse 21 sept. 1987, D. 1988, p. 184 et J. RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1987, p. 726.

² Voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, obs. sous Dijon, 19 avr. 1994, D. 1995, somm. p. 223. Cependant, comme le relève un auteur, si le fondement contractuel est *a priori* séduisant, il n'en demeure pas moins douteux, parce que la reconnaissance est un aveu de paternité et non un contrat. P. MELIN, *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, Gaz. Pal. 2002, 1, Doctr. p. 645 et s.

peut être recherchée¹ et surtout, l'anéantissement de la filiation le libère des obligations jadis souscrites à l'égard de l'enfant.

En sus, même si l'auteur de la reconnaissance mensongère est à l'origine de son anéantissement, il se retrouve exonéré de sa responsabilité si, d'une part, ses relations avec l'enfant étaient inexistantes et, d'autre part, si l'enfant lui-même avait connaissance de la réalité de sa situation².

De ces observations, on relève qu'un enfant qui subit un véritable préjudice, dont les origines remontent au comportement d'une personne qui décide de rendre précaire sa filiation, ne pourra pas obtenir réparation si c'est sa mère qui sollicite — souvent après avoir été informée de la reconnaissance de son enfant par un tiers — l'anéantissement de la filiation. Cette faveur faite à l'auteur d'une reconnaissance mensongère se vérifie également lorsque l'enfant tente d'obtenir réparation sur le terrain pénal.

177. Le refus de pénalisation des reconnaissances mensongères. — Si, d'une part, on définit le faux comme une altération intentionnelle de la vérité préjudiciable à autrui et commise sur un support d'expression de la pensée, et que, d'autre part, on retient que les actes d'état civil constituent une écriture publique³, la reconnaissance mensongère doit être qualifiée de faux en écriture publique ; ce qui est une infraction (art. 441-4 du C. pén.). Or, contre toute logique, la Cour de cassation va venir placer les auteurs de reconnaissance frauduleuse hors de portée des foudres du droit pénal.

En effet, dans un arrêt du 8 mars 1988,⁴ la Chambre criminelle va retenir que la reconnaissance mensongère d'un enfant dans un acte d'état civil ne constitue pas un faux, parce que cette reconnaissance peut toujours être contestée en justice en vertu des dispositions du Code civil. Ce qui signifie que, parce que l'infraction peut être annihilée *a posteriori*, soit en raison du repentir de l'auteur qui décide de rétablir la vérité⁵, soit en raison de l'intervention d'un tiers qui décide de rétablir cette vérité, il n'y a pas lieu de sanctionner pénalement l'auteur du faux.

¹ Cass. 1^{re} civ., 16 juin 1998, D. 1998, somm., p. 355, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, JCP (G) 1998, II, n° 10157, obs. D. GUTMANN.

² Cass. 1^{re} civ., 5 nov. 1996, D. 1997, somm., p. 157, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, RTD civ., 1997, p. 111, obs. J. HAUSER.

³ Cass. crim. 7 nov. 1974, RSC 1975, p. 689, obs. A. VITU.

⁴ Cass. crim. 8 mars 1988, D. 1989, p. 528, note E.-S. DE LA MARNIERE, JCP (G) 1989, II, 21162, note W. JEANDIDIER.

⁵ Cette importance donnée au repentir en l'espèce n'est pas conforme aux règles du droit pénal, puisqu'en droit pénal, le repentir n'a d'effet exonératoire que s'il se manifeste avant la commission de l'infraction.

Comme le souligne un auteur, cet habillage juridique ne résiste pas à l'examen, mais peut se comprendre, d'une part, parce que la volonté de donner un parent à un enfant explique que notre droit ait toujours toléré la pratique des reconnaissances mensongères et que, d'autre part, les risques encourus par les auteurs de faux en écriture publique, à savoir de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende (art. 441-4 du C. pén.), sont disproportionnés en matière de reconnaissance mensongère¹.

À l'issue de ces développements, il appert que les sanctions-réparation ne sont pas toujours mises en œuvre en présence d'atteintes aux intérêts privés. En général, il faut retenir que le refus du droit de sanctionner certaines atteintes aux intérêts privés, parce qu'il renforce le sentiment d'impunité n'est pas compatible avec une logique de prévention des conflits familiaux. Par conséquent, il convient à l'issue de cet état des lieux de réfléchir au renforcement de la fonction dissuasive de la sanction en cas d'atteinte aux intérêts privés.

2) Une proposition : la généralisation de l'obligation pour les parties de répondre de leurs actes préjudiciables

178. Le refus discutabile de la systématique des sanctions-réparation. — Pour évaluer la pertinence du refus du droit positif de permettre dans certaines hypothèses aux individus de recourir au droit commun de la responsabilité pour la réparation de leur préjudice, il convient tout d'abord de rechercher dans chacune des situations analysées, les raisons pouvant justifier une telle position du droit positif.

En ce qui concerne l'allocation de dommages et intérêts à la suite d'un divorce, on a pu souligner que la volonté de soumettre la réparation des préjudices découlant du divorce au seul régime de l'article 266 du Code civil pouvait s'expliquer par le souci d'éviter « (...) *qu'un recours trop systématique au droit de la responsabilité civile n'aiguise les conflits entre époux et n'anéantisse ainsi l'effort de pacification lié à la neutralisation de l'imputabilité de la rupture* »². Mais, une telle articulation du régime spécial et du droit commun de la responsabilité conduit, dans certaines situations, à une impunité discutabile, qui en soi, est incompatible avec l'objectif de prévention des conflits familiaux par le truchement de la fonction dissuasive de la sanction ; en sus, une telle impunité risque d'attiser les tensions au sein de la structure familiale.

Pour ce qui est de l'allocation de dommages et intérêts à la suite de l'anéantissement d'une reconnaissance mensongère, le droit positif semble considérer que la reconnaissance

¹ P. MELIN, *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, Gaz. Pal. 2002, 1, Doctr. p. 645 et s.

² D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, 3^e éd., Dalloz, 2013, p. 212.

mensongère n'est pas un comportement fautif, si son auteur exécute à l'égard de l'enfant, les obligations découlant de l'établissement de ce lien de filiation. Par conséquent, c'est le fait d'échapper à l'exécution de cette obligation en remettant en cause le lien de filiation qui est en réalité sanctionné¹. Ce refus de sanctionner, en dehors de l'hypothèse d'une remise en cause du lien de filiation de l'enfant par l'auteur de la reconnaissance de complaisance lui-même, s'expliquerait par la volonté du législateur de favoriser les recompositions familiales, en facilitant l'intégration de l'enfant dans le nouveau foyer de sa mère ; il aura ainsi le même père et par conséquent le même nom que les enfants qui naîtront de la nouvelle union².

En dépit de ces bons sentiments, il convient de souligner qu'il est critiquable que l'auteur d'une reconnaissance de complaisance, par son simple fait, fasse peser une instabilité sur la filiation de l'enfant. Partant, lorsque cette instabilité autrefois éventuelle devient réelle, il doit être permis à l'enfant de rechercher la responsabilité de celui dont le comportement défectueux³, envisagé du point de vue de l'enchaînement causal des faits⁴, est à l'origine du préjudice qu'il invoque. Par conséquent, il est proposé dans un souci de responsabilisation et de dissuasion des atteintes aux intérêts privés, une généralisation du recours à la responsabilité civile délictuelle, à titre subsidiaire.

179. La possibilité d'un recours, à titre subsidiaire, à la responsabilité de droit commun. — La solution proposée consiste à permettre au membre de la famille qui subit un préjudice en raison de l'atteinte à ses intérêts, de solliciter à titre principal, le versement de dommages et intérêts sur le fondement des régimes spéciaux de responsabilité en droit de la famille, et à titre subsidiaire sur le fondement du droit commun de la responsabilité⁵.

¹ Un auteur faisait remarquer que ce n'est pas la reconnaissance mensongère qui est à l'origine de la responsabilité civile, mais l'annulation de cette reconnaissance. Voir, F. GRANET-LAMBRECHTS, obs. sous Dijon, 19 avr. 1994, D. 1995, somm. p. 223.

² P. MELIN, *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, op. cit.

³ On vise en réalité un comportement fautif. Et par faute, on entend « un comportement que l'on peut juger défectueux, soit parce qu'il est inspiré par l'intention de nuire, soit parce qu'il va à l'encontre d'une règle juridique, soit simplement parce qu'il apparaît déraisonnable ou maladroit » (voir AUBRY et RAU, *Droit civil français* (dir. A. PONSARD et I. FADLALLAH), t. IV-2, 8^e éd., *Responsabilité délictuelle*, par N. DEJEAN DE LA BATIE, Librairies techniques, Paris, 1989, p. 43, spéc. n° 22.).

Ici, selon les circonstances, la reconnaissance mensongère est une faute lorsque son auteur conscient de la réalité agit avec une intention de nuire, ou tout simplement avec une maladresse ou une légèreté blâmable. La maladresse consiste à utiliser la technique de la reconnaissance pour établir une filiation élective, alors qu'il aurait fallu recourir à l'adoption.

⁴ Pour une étude de la causalité, voir par exemple, C. QUEZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. P. BRUN, Dalloz, 2010. - C. BEAUDEUX, *La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile*, th. dactyl. Strasbourg, 2006 - D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. DE VAREILLES-SOMMIERES, LGDJ, 2005.

⁵ L'idée défendue est la suivante : lorsque les régimes spéciaux confèrent une protection insuffisante aux intérêts, le droit commun de la responsabilité doit alors prendre le relais.

Ainsi, on arriverait à une conciliation satisfaisante entre, d'une part, les choix législatifs par lesquels s'explique la restriction de la possibilité d'obtenir le versement des dommages et intérêts, et d'autre part, l'équité qui commande la réparation du préjudice de la victime. L'objectif est donc de rendre plus lisible la responsabilité des auteurs de comportements polémogènes en permettant à la responsabilité délictuelle classique de combler le vide laissé par la mise en œuvre des régimes spéciaux de responsabilité en droit de la famille.

Ainsi, en matière de divorce, l'application de l'article 1240 du Code civil permettrait aux justiciables d'échapper à la rigueur de l'article 266 du même code, puisque serait alors réparable, à titre subsidiaire, sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle, tout préjudice dépendant ou non de la dissolution du lien conjugal. On n'appelle donc pas, à une disparition de l'article 266 du Code civil qui resterait une sanction spécifique de la violation des obligations nées du mariage lorsque le préjudice qui en résulte est particulièrement grave ; le but recherché serait l'articulation harmonieuse de ce texte avec le droit commun de la responsabilité.

En matière de reconnaissance mensongère, il s'agirait de permettre à l'enfant d'obtenir la réparation du préjudice causé par la remise en cause de sa filiation là où le droit actuel ne le lui permet pas¹.

Bref, en rendant possible en toutes hypothèses la réparation du préjudice résultant de l'atteinte à un intérêt privé, le législateur dissuaderait dans une certaine mesure ces atteintes.

En définitive, il a été mis en lumière dans cette section la nécessité de généraliser l'approche préventive des conflits familiaux. Pour ce faire, il a été proposé un recours à la légistique pour prévenir les conflits engendrés par les normes familiales, et un renforcement de la fonction dissuasive des sanctions pour prévenir les atteintes à l'intérêt général ou aux intérêts privés.

Étudiant les rapports entre le droit commun de la responsabilité et les régimes spéciaux de responsabilité découlant de la consécration des droits subjectifs, un auteur a également avancé une idée similaire. Voir, T. AZZI, *Les relations entre responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, RTD civ. 2007, p. 227 et s., spéc. p. 244, n° 27 et s.

¹ Une autre voie en matière de prévention des conflits relatifs à la filiation serait de subordonner la reconnaissance de paternité à l'information préalable de la mère. Voir par exemple la proposition de loi, Ass. nat. n° 4508 du 15 février 2017. J. COUARD, Dr. fam. avril 2017, Veille n° 27.

CONCLUSION DU CHAPITRE

180. Le présent chapitre s'est ouvert sur un constat ; celui de la faiblesse de la gestion préventive des conflits familiaux. Cette faiblesse de la gestion préventive s'exprime d'abord d'un point de vue quantitatif. En effet, les règles ou mécanismes dont la fonction préventive serait clairement affichée ne sont pas légion. La limitation des effets du mariage putatif, la réglementation spécifique en matière d'adoption de l'enfant du conjoint, l'obligation d'information préalable portant sur les décisions susceptibles de modifier les conditions d'exercice de l'autorité parentale, constituent de rares exemples d'une volonté claire de prévenir la survenance des conflits familiaux.

La faiblesse de la gestion préventive s'exprime ensuite d'un point de vue qualitatif, puisque les dispositions relatives à la prévention, mises bout à bout, traduisent une approche segmentée de la prévention des conflits en droit de la famille. En effet, il manque une vision d'ensemble, une volonté de généraliser l'approche préventive des conflits familiaux.

Fort de ce constat, le présent chapitre s'est ensuite étoffé de réflexions portant sur les moyens d'amélioration du traitement préventif des conflits en droit de la famille. À ce titre, après avoir relevé que le droit lui-même favorise la survenance des conflits familiaux par l'incohérence de son arsenal normatif et l'insuffisante responsabilisation des individus, il a été proposé d'une part, une meilleure intégration des prérogatives juridiques nouvelles et, d'autre part, une meilleure dissuasion des comportements individuels polémogènes.

Tout d'abord, la nécessité d'une meilleure intégration des prérogatives juridiques nouvelles suppose concrètement une meilleure fixation des contours des prérogatives individuelles nouvelles — notamment la détermination préalable des conséquences de leur satisfaction sur autrui — afin d'éviter leur incompatibilité avec d'autres prérogatives préexistantes. Une meilleure intégration des prérogatives juridiques nouvelles suppose aussi qu'on ne puisse pas accorder, au prix d'une distorsion entre la réalité matérielle et la réalité juridique, un avantage à un membre de la famille sans avoir au préalable pris en compte la situation des autres membres de la famille qui pâtiraient d'une telle situation fictive. Par conséquent, il a été proposé lors de la confection de la loi, une limitation du recours aux techniques fictionnels qui peuvent, comme en matière de filiation, exacerber inutilement les conflits familiaux.

Ensuite, la nécessité d'une meilleure dissuasion des comportements individuels polémogènes nous a conduits à insister sur le rôle dissuasif des sanctions en matière familiale. Si on a pu

constater que la sanction pénale en matière familiale est d'une délicate maniabilité, il est apparu évident que la systématisation de la sanction civile à travers une obligation mise à la charge des individus de répondre de leurs actes préjudiciables, est susceptible de participer à une meilleure efficacité de l'approche préventive des conflits familiaux.

En fin de compte, le présent chapitre a eu le mérite de démontrer que la mise en place d'une véritable politique de prévention de la naissance des conflits restait possible en matière familiale. Toutefois, pour que l'ouvrage préventif soit complet, il doit également permettre la prévention de l'itération des conflits familiaux.

CHAPITRE II : PREVENIR L'ITERATION DES CONFLITS FAMILIAUX

« Le repos des familles et de la société tout entière se fonde non seulement sur ce qui est juste, mais sur ce qui est fini »¹.

181. Le contentieux familial est un contentieux évolutif par nature. Ce qui implique pour le juge de prendre en compte la situation réelle des parties au moment où il tranche le différend. Toutefois, en dépit de ce caractère évolutif, un conflit ayant reçu une réponse juridictionnelle définitive ne doit plus être remis sur le métier. Accepter qu'un litigant puisse remettre en cause perpétuellement la solution arrêtée devenue définitive, revient à instaurer une incertitude dans les rapports juridiques. Par conséquent, la maîtrise de l'aléa dans le traitement juridictionnel des conflits familiaux passe aussi par la garantie d'une certaine stabilité de la solution arrêtée. Le disant autrement, il n'est pas possible d'atteindre une prévisibilité dans le traitement des conflits familiaux, si une partie peut remettre perpétuellement sur le métier ce qui a été définitivement tranché.

On sait que pour garantir une stabilité aux traitements des conflits familiaux, le droit positif impose un respect des situations définitives à travers le principe de l'autorité de la chose jugée. Produisant ses effets dans le temps, l'autorité attribuée à la chose jugée empêche dès le prononcé d'une décision juridictionnelle, les parties de soumettre à nouveau les mêmes demandes portant sur les mêmes faits à des magistrats du même degré de juridiction, que ceux ayant déjà statué. En sus, une fois les voies de recours traditionnelles épuisées, il devient impossible de remettre en cause la solution arrêtée devant des juridictions hiérarchiquement supérieures, exception faite du recours en révision réglementé aux articles 593 à 603 du Code de procédure civile. Ce qui signifie qu'à partir de l'expiration des voies de recours, ce qui a fait l'objet d'une vérification juridictionnelle est à jamais cristallisé entre les parties, à condition que la cause et l'objet de la demande demeurent identiques².

¹ Cette formule est souvent attribuée à MONTESQUIEU. Voir par exemple, D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Larcier, 2009, p. 238, n° 306 - H. De VALICOURT DE SERANVILLERS, *L'erreur judiciaire*, préf. Y. SCHULIAR, L'Harmattan 2006, p. 123.

² On rappelle là, la règle processuelle de la triple identité de parties, d'objet et de cause qui conduit à opposer à l'action nouvelle, la fin de non-recevoir tirée de l'exception de la chose jugée.

Produisant ses effets dans l'espace, l'autorité acquise par la chose jugée à l'étranger empêche le recommencement, dans un autre ordre juridique, du même procès opposant les mêmes parties, sous réserve d'une vérification de la régularité internationale du jugement étranger¹.

Cependant, on constate en pratique que la stabilité des solutions pourtant définitives est loin d'être atteinte en droit positif en raison de la fragilisation du principe de l'autorité de la chose jugée. En effet, profitant des discontinuités du droit² dans le temps et dans l'espace, les parties arrivent à ressusciter les causes finies. Dès lors, on se propose de contenir ce risque d'itération des conflits familiaux dans le temps (Section I) et dans l'espace (Section II), en redonnant au principe de l'autorité de la chose jugée toute sa vigueur. Cela passe nécessairement par la neutralisation des mécanismes par le truchement desquels, le juge, saisi par une partie, arrive à ressusciter une cause finie.

SECTION I : LA PREVENTION DE L'ITERATION DES CONFLITS FAMILIAUX DANS LE TEMPS

182. Les réponses juridictionnelles apportées à certains contentieux familiaux sont par nature précaires, temporaires³, puisque le législateur a prévu, en dépit de l'irrévocabilité

¹ Les conflits familiaux ne connaîtraient pas de fin et leur traitement marqué du sceau de la précarité si le droit d'agir en justice des parties ne disparaissait pas une fois la chose jugée. Tel est le rôle de l'autorité de la chose jugée qui est également reconnu de plein droit aux jugements étrangers en cas d'identité de parties, de cause et d'objet (*Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 11 janv. 1972, Bull. civ. 1972, I, n° 14 - Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2014, n° 13-11.711*). Mais, cette faveur pour ce qui a été jugé à l'étranger s'explique surtout par la présomption de régularité attachée au jugement. Ce qui signifie que malgré l'identité de parties, de cause et d'objet, le juge français pourra à nouveau statuer sur la même demande en raison de l'irrégularité internationale du jugement étranger (*Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, Dr. fam. 2011, comm. 47, obs. E. VIGANOTTI ; JDI (Clunet) 2011, p. 124, note I. Barrière-Brousse. Voir également, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, Droit international privé, op. cit., n° 856, p. 863 « Force exécutoire, autorité de la chose jugée et efficacité substantielle constituent ainsi les trois effets normatifs du jugement susceptibles d'être revendiqués par une partie en France. Lorsque l'un de ces effets est réclamé en France, il apparaît somme toute assez naturel qu'il soit conditionné par la régularité de la norme à laquelle on demande qu'il soit attaché [...] »).*

² N. MOLFESSIS, *Discontinuité du droit et sécurité juridique*, Louisiana Law Review 2003, vol. 63, n° 4, p. 1309 et s. (URL : <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6014&context=lalrev>)

³ Il ne faut pas confondre le temporaire et le provisoire. En effet, toute mesure provisoire est destinée à être remplacée ou supprimée par un jugement définitif ; c'est une mesure d'attente. En revanche une mesure révisable ou temporaire n'a pas systématiquement vocation à être remplacée. Elle ne le sera qu'en cas de changement substantiel des paramètres auxquels elle est adossée. Et si elle fait l'objet d'une modification, la mesure nouvelle qui en découle empruntera ces mêmes traits, de telle sorte qu'on peut dire que les mesures temporaires sont des mesures « provisoirement définitives » et non des mesures d'attente. En clair sont des mesures temporaires, des mesures qui en raison de leur nature propre sont susceptibles d'être ajustées, modifiées par la suite (Pour une comparaison, mesures provisoires - mesures temporaires, voir, G. WIEDERKEHR, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires*, R.I.D.C. 1998-2, p. 449 et s., spéc. pp. 449-452). Un

des jugements qui les contiennent, une possibilité de les réviser lors de la survenance de faits nouveaux ou de circonstances nouvelles. C'est le cas par exemple des mesures judiciaires prises en matière d'exercice de l'autorité parentale¹. Pour ces conflits, le législateur attend que l'arbitrage entre les intérêts en jeu épouse au maximum la situation réelle des parties. Or, dans la mesure où il est impossible de prédire avec certitude que la situation de fait ou de droit au regard de laquelle le juge a statué n'évoluera pas, il est impératif qu'un changement substantiel des circonstances ayant présidé au rendu de la solution puisse conduire les litigants à soumettre à nouveau au juge leur différend, afin que sa décision soit revue².

Mais en dehors de ces arbitrages par nature évolutifs, les arbitrages familiaux ne reposant pas sur des critères évolutifs et contenus dans les jugements irrévocables sont censés être définitifs. D'ailleurs, le principe de l'autorité de la chose jugée vient prévenir l'itération des conflits familiaux dans le temps, en empêchant que soit remis à nouveau sur le métier un conflit ayant reçu par le passé une réponse juridictionnelle définitive. Cependant, on constate en pratique que cette mission de prévention est mise à mal par une tendance contemporaine à la fragilisation du principe de l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il est question d'articuler deux époques juridiques. Partant d'un tel constat, un renforcement de l'autorité de la chose jugée est suggéré dans une optique de prévention de l'itération des conflits familiaux dans le temps. Pour ce faire, on propose, d'une part, que soient prohibés les artifices d'interprétation par le truchement desquels le juge peut ressusciter une cause finie (§-1) et, d'autre part, que soient prohibées l'instrumentalisation des droits fondamentaux aux fins de révision pour changement normatifs (§-2).

§-1 : LA PROHIBITION DES ARTIFICES D'INTERPRETATION

183. En cas de succession des normes dans le temps, la stabilité des rapports juridiques noués sous l'empire de la norme ancienne est en principe assurée par les techniques du droit transitoire³. Ainsi, dès que la réponse juridictionnelle apportée à un conflit passe en

autre auteur propose pour plus de clarté l'adoption du terme mesure *rebus sic stantibus* (C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Préf. S. GUINCHARD, Dalloz 2007, p. 338 et s.).

¹ Voir les articles 373-2-13, 375-3, 377-2 et 381 du Code civil.

² L. BORE « L'autorité provisoire de la chose jugée », in, L. CADIEU, D. LORIFERNE (dir.), *L'autorité de la chose jugée*, éd. IRJS, 2012, p. 61 et s., spéc. pp. 67-68.

³ Voir par exemple, P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2^e éd., Dalloz 1960. - P. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, LGDJ, 1959. - E.-L. BACH, *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, RTD civ. 1969, p. 405 et s. - J. HERON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps*, RTD civ. 1985, p. 227 et s. - P. BONNEAU, *La cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Préf. M. GOBERT, PUF, 1990. - P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le*

force de chose jugée, le droit préserve la stabilité d'un tel traitement et interdit sa révision par le juge, que ce soit pour survenance d'une loi nouvelle plus permissive ou d'une interprétation prétorienne nouvelle plus favorable. Toutefois, et c'est l'objet de notre démonstration, l'autorité de la chose jugée sous l'empire de la loi ancienne est imparfaitement garantie en droit positif. Il arrive en effet que notre Cour régulatrice, par le biais d'une interprétation extensive des dispositions du droit transitoire (A), ou d'une interprétation restrictive de la portée de la chose jugée (B), remette en cause la stabilité des solutions définitivement arrêtées sous l'empire du droit ancien. Si ces procédés qui tendent à faire profiter le plus grand nombre des largesses d'une norme nouvelle peuvent s'expliquer sur le plan de l'équité, ils n'en demeurent pas moins condamnables d'un point de vue juridique, en raison de l'instabilité que cette itération du conflit familial engendre dans les rapports familiaux.

A- LA PROHIBITION DE L'INTERPRETATION EXTENSIVE DES DISPOSITIONS TRANSITOIRES

184. Lorsque le traitement juridictionnel d'un conflit familial devient définitif en raison de l'épuisement des voies de recours, il n'est plus possible, même en cas de survenance d'une loi nouvelle plus permissive, de le modifier. Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 janvier 1976¹, en se livrant à une interprétation extensive des dispositions transitoires, a pu admettre qu'une action en recherche de paternité naturelle exercée dans le cadre de la loi nouvelle puisse remettre en cause la réponse juridictionnelle fixée sous l'empire de la loi ancienne. Les faits ayant conduit à une telle solution étaient les suivants.

Plus de 300 jours après l'ordonnance autorisant des époux à résider séparément, l'épouse donna naissance en 1967 à un enfant — fruit d'une relation adultère — qui fut légitimé par le jeu de la présomption de paternité. Étant un enfant légitime, le droit en vigueur à l'époque interdisait sa reconnaissance par un tiers, tant que l'époux de la mère n'avait pas mené avec succès une action en désaveu de paternité.

Désirant se débarrasser de cette encombrante paternité, le mari avait intenté une action en désaveu qui s'était heurtée à la fin de non-recevoir résultant, aux termes de l'ancien article 313 du Code civil, d'une « réunion de fait » entre les époux. L'irrecevabilité de l'action en désaveu de paternité du mari avait été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Riom du 9 février 1972. Le 13 mars 1973, la première chambre civile rejeta le pourvoi en cassation

temps en droit privé interne, Préf. L. BACH, P. MAYER, Postf. J. PETIT, Dalloz, 2005. - N. BAREÏT, *Le droit transitoire de la famille*, Préf. J.-J. LEMOULAND, Defrénois, 2010.

¹ Cass. 1^{re} civ., 9 juin 1976, D. 1976, Jur. p. 593, note P. RAYNAUD ; RTD civ., 1976, p. 340, note R. NERSON ; JCP (G) 1976, II, 18494, note G. CORNU.

formé par le mari. Dès lors, la solution apportée sous l'empire de la loi ancienne à ce conflit relatif à la filiation de l'enfant était devenue irrévocable. Faute pour le mari d'avoir pu exercer l'action en désaveu, l'enfant en question devait définitivement être considéré comme son enfant légitime. Il n'empêche que le mari s'était désintéressé de l'enfant, une fois son divorce d'avec la mère prononcé. Cette dernière alla vivre, dans un premier temps avec son amant, puis dans un second temps avec un autre homme qu'elle finira par épouser.

Le droit jusqu'alors en vigueur fut modifié par la loi du 3 janvier 1972 qui, dorénavant, permettait aux tiers de reconnaître un enfant légitime qui n'avait pas de possession d'état conforme au titre — interprétation *a contrario* de l'art. 334-9 du C. civ. —.

L'amant reconnut l'enfant le 28 octobre 1972 et assigna la mère ainsi que son premier mari en justice en vue de faire juger qu'il était le véritable père. La mère s'est opposée à une telle action en invoquant l'autorité de la chose jugée.

Pour résoudre une telle difficulté, il fallait se référer aux dispositions transitoires de la loi du 3 janvier 1972. Cette loi, à son article 13, avait disposé que « la chose jugée ne pourra être remise en cause par l'application de la loi nouvelle », mais avait quand même réservé la faculté pour « **les parties** d'exercer des actions en conformité de la loi nouvelle si elles sont dans les conditions prévues par celle-ci ».

Interprétant de manière extensive cette disposition transitoire, les juges du fond avaient retenu en l'espèce que l'autorité de la chose jugée sous l'empire de la loi ancienne ne faisait pas obstacle à l'exercice par les tiers — l'amant en l'espèce — des actions nouvelles en conformité de la loi de 1972, puisque l'enfant dont les parents vivaient séparément n'avait pas la possession d'état d'enfant légitime. La Cour de cassation confirma une telle interprétation et rejeta le pourvoi en cassation de la mère¹. Dans cette affaire, certes l'admission de la reconnaissance de l'amant n'entraîne pas automatiquement le renversement de la présomption de paternité, mais permettait d'élever un conflit de paternité qui devait être résolu judiciairement. Or, la résolution judiciaire de ce conflit de paternité pouvait aboutir à la remise en cause de la chose définitivement jugée. Au-delà de l'instabilité des traitements qu'elle était susceptible de provoquer, c'est surtout la paix et le repos des familles qui étaient menacés. On pourrait souligner en l'espèce que la Cour de cassation à travers cette interprétation extensive des dispositions transitoires a voulu préserver à chacun, la possibilité

¹ L'interprétation conforme de ces dispositions transitoires aurait dû conduire à rejeter la reconnaissance de l'amant, car il était simplement permis aux parties au premier contentieux, de bénéficier des dispositions favorables de la loi nouvelle. Seul l'ancien mari, la mère ou l'enfant lui-même pouvaient dans le cadre de la loi nouvelle, exercer une action visant à conférer à l'enfant son véritable rapport de filiation.

d'établir son véritable rapport de filiation, peu importe, l'obstacle que constitue l'existence d'un jugement irrévocable. Pareille préoccupation a même été consacrée par le législateur à travers une loi du 15 novembre 1976 complétant les dispositions transitoires de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation. En effet, le législateur est venu préciser à l'article 1^{er} de cette loi, que les actions en recherche de paternité pouvaient être exercées dans le cadre de la loi du 3 janvier 1972 par des enfants adultérins nés avant son entrée en vigueur, peu importe qu'une précédente action en recherche de paternité eût été rejetée sous l'empire de la loi ancienne, faute d'avoir agi dans les délais de l'ancien article 340-4 du Code civil. Toutefois, cette rétroactivité de la loi de 1972 sur la filiation, qui permettait de remettre sur le métier la chose irrévocablement jugée sous l'empire de la loi ancienne, avait été limitée dans le temps¹, mais aussi dans ses effets, puisqu'il était impossible de remettre en cause sur son fondement les successions déjà liquidées. Malgré l'existence de ces limites, on ne saurait être totalement satisfait d'une telle rétroactivité² qui permet au législateur, tout en méconnaissant les décisions de justice irrévocables, de porter indirectement atteinte au principe de la séparation des pouvoirs³.

Pour synthétiser, on a tenté de démontrer dans les lignes qui précèdent qu'il est impossible d'atteindre une certaine prévisibilité en matière de traitement des conflits familiaux, s'il est permis aux juges, saisis par une partie, de remettre en cause les traitements définitifs par le biais d'artifices d'interprétation. Si l'interprétation extensive des dispositions du droit transitoire a pu être présentée comme une technique permettant la remise en cause des traitements établis sous l'empire du droit ancien, il convient également de souligner qu'il reste possible aux juges d'asseoir les révisions pour changement normatif sur une interprétation restrictive de la portée de la chose jugée.

B- LA PROHIBITION DE L'INTERPRETATION RESTRICTIVE DE LA PORTEE DE LA CHOSE JUGEE

185. Il ressort de l'article 1351 du Code civil que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Ainsi, lorsque l'action nouvelle

¹ Ceux qui voulaient exercer une action en recherche de paternité dans le cadre de la loi de 1972 sur la filiation avait un an à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 15 nov. 1976 pour le faire.

² H. MAZEAUD, *L'enfant adultérin et la « super-rétroactivité » des lois*, D. 1977, Chron. p. 1. - J. HAUSER, *L'enfant naturel rétroactif (suite) : relire Roubier, Nerson et Rubellin-Devichi avant de légiférer !*, RTD civ. 2002, p. 278.

³ Voir en ce sens, N. BAREÏT, *Le droit transitoire de la famille*, op. cit., p. 295 et s.

n'oppose pas les mêmes parties, ou est fondée sur une autre cause, ou encore vise à l'obtention d'un avantage différent, il n'y a pas d'autorité de la chose jugée.

C'est en interprétant ces conditions notamment celle d'identité de cause, que les juges ont pu dans certaines affaires s'affranchir de l'obstacle inhérent à l'autorité de la chose jugée.

Par exemple, en matière de filiation, la Cour de cassation, dans un arrêt du 21 septembre 2005, a pu admettre de manière contestable la possibilité pour une partie d'intenter une nouvelle action en recherche de paternité – prétexte pris de la libéralisation du régime de l'action par une loi nouvelle –, alors qu'une précédente action dirigée contre la même personne avait été définitivement rejetée sous l'empire de la loi ancienne¹.

Dans l'affaire en question, une femme avait donné naissance en 1978 à un enfant puis avait exercé durant sa minorité une action en recherche de paternité contre le prétendu père. Or, sous l'empire de la loi de 1972, pour être recevable une telle action devait se fonder sur l'un des cinq cas d'ouverture énumérés à l'ancien article 340 du Code civil. La mère, en décidant à l'époque de fonder l'action en recherche de paternité sur l'ancien article 340-3° du Code civil, devait de ce fait prouver l'existence de lettres ou écrits émanant du père prétendu et propres à établir la paternité de manière non équivoque. Or, elle échoua dans cette entreprise et par un arrêt du 17 novembre 1983 devenu irrévocable, la Cour d'appel de Toulouse déclara l'action irrecevable en raison du caractère équivoque des éléments produits.

L'enfant devenu majeur assigna en justice, 15 ans après l'arrêt de la Cour d'appel, le prétendu père en vue de faire établir judiciairement sa filiation paternelle².

Suite à une première décision des juges du fond, un appel fut interjeté. La Cour d'appel avait déclaré l'action en recherche de paternité intentée par l'enfant recevable en raison de la survenance d'une loi nouvelle qui supprima la nécessité de justifier, au préalable, d'un cas d'ouverture à l'action avant de pouvoir discuter en justice de la vérité de la filiation.

Le prétendu père se pourvut en cassation arguant une violation de l'article 1351 du Code civil. Le pourvoi fut rejeté sur ce point, au motif que « *l'action nouvelle étant fondée sur une autre cause ne se heurtait pas à la chose précédemment jugée sur le fondement des textes anciens* ». Ce qui signifie qu'en raison de la libéralisation du régime de l'action en recherche de paternité, il était possible à une partie qui n'avait pu surmonter l'obstacle de la recevabilité à

¹ Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2005, n° 02-15.586, Bull. civ. I, n° 340 ; D. 2006, p. 207 note M. LAMARCHE ; RTD civ. 2005, p. 769, obs. J. HAUSER ; Dr. fam. 2005, comm. 239, note P. MURAT.

² Il faut souligner que la loi nouvelle s'appliquait aux enfants, peu importe qu'ils soient nés avant ou après son entrée en vigueur.

cause de la sévérité du système ancien, d'introduire une nouvelle demande lorsque la loi nouvelle plus permissive supprime cet obstacle.

En clair, l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à la question discutée, ce qui a été réellement jugé, à savoir la recevabilité de l'action et non la vérité de la filiation.

Comme le souligne le professeur HAUSER, « *le raisonnement pourra laisser quelque peu perplexe même si le but est tout à fait louable* »¹. En effet, s'il est louable d'éviter que l'action intentée par la mère durant la minorité de l'enfant, quelquefois avec une certaine légèreté², n'empêche ce dernier devenu majeur d'intenter une action en recherche de paternité, il est pour le moins douteux de ne pas retenir une identité de cause lorsque l'action nouvelle se fonde sur le même article de loi autrement rédigé.

Certes, la vérification juridictionnelle s'est arrêtée à la recevabilité de l'action, mais la question litigieuse qui nécessitait cette vérification préalable n'a guère évolué et consiste toujours, dans l'instance initiale comme dans la nouvelle à établir une filiation paternelle. On faisait remarquer pour justifier cette solution que la Cour de cassation n'avait fait qu'adopter une conception juridique de la cause³. Mais, une telle analyse tiendrait-elle encore depuis l'arrêt Césaréo⁴ qui a réduit la cause à sa dimension factuelle à savoir le contexte événementiel, c'est-à-dire l'ensemble des faits générateurs qui justifient la demande⁵ ?

En effet, depuis cet arrêt, il y aurait identité de cause dès lors que des demandes successives visent à obtenir un même effet juridique en partant des mêmes faits générateurs⁶ ; la seule différence de moyens ne suffirait à entraîner une non-identité de cause. Dans notre hypothèse, la cause est la même dès lors que l'enfant, en partant de l'existence de relations charnelles entre sa mère et le défendeur au cours de sa période légale de conception, réclame la consécration d'un même lien de filiation, et ce, peu importe le moyen nouveau tiré du changement normatif.

¹ J. HAUSER, RTD civ. 2005, p. 769 et s., obs. sous Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2005.

² La jurisprudence regorge d'arrêts constatant la forclusion de l'action en recherche de paternité exercée par la mère durant la minorité de l'enfant. N'aurait-il pas été judicieux, même en cas d'infime doute que la mère renonçât à exercer une telle action au nom du mineur pour préserver intactes les chances de ce dernier d'exercer avec succès une telle action à sa majorité. Pour illustration, voir par exemple les faits ayant conduit à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 2009 (Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264).

³ P. MURAT, Dr. fam. 2005, comm. 239, note sous Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2005.

⁴ Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Bull. civ., Ass. Plén., n° 8 ; JCP (G) 2007, II, 10070, note G. WIEDERKEHR ; Dr. et patrimoine, févr. 2007, p. 113, obs. S. AMRANI-MEKKI ; Dr. et proc. 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; RTD civ. 2006, p. 825, obs. R. PERROT.

⁵ Comme le note un auteur, « loin de se réduire au seul fondement juridique invoqué et au complexe de faits correspondant, la cause est plus globalement appréhendée en considération de la chose demandée ». L. WEILLER, D. 2006, p. 2135, note sous Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006.

⁶ La cause devient une articulation entre les faits générateurs et l'effet juridique qu'on souhaite faire produire à ces faits générateurs. Cette nouvelle conception de la cause la confond avec l'objet de la demande. Voir, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 2^e éd., Dalloz, 2011, p. 108, n° 20.

Postérieurement à la jurisprudence Césaréo, on a pu recenser deux arrêts de la Cour de cassation traitant à nouveau de la même problématique.

Dans un arrêt du 6 mai 2009¹, la Cour de cassation, dans des faits analogues à l'arrêt du 21 septembre 2005, avait censuré le raisonnement des juges du fond qui, pour opposer l'autorité de la chose jugée à l'action nouvelle intentée par l'enfant devenu majeur, avaient qualifié le jugement initial déclarant irrecevable l'action en recherche de paternité exercée par la mère, de décision au fond tranchant la question de la paternité potentielle.

Pour la Cour de cassation, « *en statuant ainsi, alors que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif, la cour d'appel, qui a dénaturé la décision de première instance rendue en 1994 et méconnu la portée de la chose jugée par celle-ci, a violé les textes susvisés* ». Ce qui signifie *a contrario* que la loi nouvelle permissive permettait à l'enfant d'intenter à nouveau une action en recherche de paternité, sans qu'on puisse valablement lui opposer l'autorité de la chose jugée. Les juges du droit n'ont certes pas fondé le raisonnement sur l'absence d'une identité de cause entre l'action initiale et l'action nouvelle, mais le résultat pratique laisse augurer un attachement de la première chambre civile à la conception juridique de la cause, alors même qu'elle était invitée depuis la jurisprudence Césaréo, à adopter une conception factuelle.

Cette intuition trouve confirmation dans un arrêt du 20 mars 2013 dans lequel, la première chambre civile de la Cour de cassation, jugeant encore une situation analogue aux deux arrêts précédemment évoqués, a approuvé une Cour d'appel qui « *ayant relevé que la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 avait modifié l'article 340 du Code civil en supprimant les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité et en les remplaçant par l'exigence de présomptions ou indices graves* » avait « *déduit que l'action en recherche de paternité dont elle était saisie, fondée sur ces nouvelles dispositions, ne se heurtait pas à l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 9 janvier 1992* »².

On retient alors qu'à contre-courant de l'interprétation extensive de la cause amorcée par la jurisprudence Césaréo, la première chambre civile continue, en matière de filiation, d'adopter une conception restrictive et par un effet mécanique, restreint de manière discutable la force de la chose jugée.

¹ Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264 ; D. 2010, pp. 1442-1449, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, RTD civ, 2009, p. 518, note J. HAUSER.

² Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 12-11.799 ; RJPF, 2013, n° 6, p. 29.

Pointant les dangers d'une telle révision des traitements juridictionnels définitifs pour survenance d'une loi nouvelle plus favorable, un éminent auteur relevait que « l'engrenage de la remise en cause de l'autorité de la chose jugée, ou son interprétation restrictive, est un reflet de l'anachronisme ambiant de notre société (sa prétention ?), laquelle passe son temps à juger d'actions passées et à refaire l'histoire. *L'équité rétroactive est un puits sans fond dans lequel se perdra la jurisprudence*. Quant à dire que tout cela renforce le respect de la loi (et l'art. 2 c. civ. ?) et de l'autorité des décisions judiciaires, on ne s'y risquera pas »¹.

186. Synthèse. — Par le truchement de ces techniques d'interprétation, l'itération des conflits familiaux en raison d'un changement normatif devient une réalité qu'il ne faudrait toutefois pas exagérer. Les illustrations citées à l'appui de notre réflexion correspondent à un cadre conflictuel particulier. La fragilisation de l'autorité de la chose jugée qui en découle peut être relativisée. En effet, il ressort des arrêts cités que l'itération des conflits familiaux pour survenance d'une loi nouvelle n'est possible que si le traitement initial a été arrêté sans discussion au fond en raison de l'existence d'une fin de non-recevoir. Par conséquent on pourrait considérer que la fragilisation de l'autorité de la chose jugée n'est qu'apparente. Lorsqu'un défendeur oppose avec succès une fin de non-recevoir à l'action du demandeur, l'autorité de la chose jugée se limiterait uniquement à la question de la recevabilité de cette action et ne peut s'étendre au fond du droit. Le demandeur débouté ne peut en principe, en raison de l'autorité de cette décision d'irrecevabilité, introduire une nouvelle instance portant sur la même question litigieuse, sauf hypothèses dans lesquelles une régularisation de la situation reste possible (art. 126 du CPC).

Ainsi, il a été jugé que l'autorité de la chose jugée d'une décision qui avait rejeté l'action en la jugeant irrecevable n'est pas remise en cause si, par la suite, ayant acquis la qualité pour agir, le plaideur s'adresse de nouveau au juge². Dans ce cas, il n'y aura nullement méconnaissance de l'autorité du jugement initial constatant l'irrecevabilité, puisque la situation a changé. Le jugement initial constate l'existence d'un obstacle tandis que le nouveau jugement en déclarant l'action recevable constate l'absence d'obstacle ; d'irrecevable, l'action devient recevable.

¹ J. HAUSER, *La chose jugée sur une action en recherche de paternité naturelle : de l'équité rétroactive et de ses risques*, RTD civ, 2009, p. 518 et s.

L'auteur se demandait à raison, à quel titre nous pouvions prétendre avec nos certitudes actuelles refaire l'histoire : « Mais enfin, va-t-on refaire l'histoire juridique en rouvrant toutes sortes d'actions parce qu'à l'époque où elles avaient été jugées le droit n'était pas satisfaisant en appliquant rétroactivement nos certitudes de 2009 ».

² Cass. 2^e civ., 16 déc. 2010, n° 09-71.575, RTD civ. 2011, p. 170, obs. R. PERROT.

On pourrait alors considérer, malgré l'opposition d'une partie de la doctrine¹ que la loi nouvelle, parce qu'elle supprime l'obstacle lié à l'exercice de l'action, permet de régulariser les situations anciennes qui n'ont pu passer l'étape de la recevabilité. Ce qui revient à ressusciter le conflit pour que soit discuté et tranché sous l'empire de la loi nouvelle, le fond. *In fine*, on aboutit à la consécration d'un droit à discuter du fond de la demande toutes les fois que le législateur par le biais de la loi nouvelle vient supprimer l'obstacle de la recevabilité.

Cependant, aussi séduisante soit cette proposition, on ne peut que constater, d'un point de pratique, une réelle fragilisation de l'autorité de la chose jugée et par voie de conséquence, une itération des conflits familiaux dans le temps. Il serait donc judicieux de ne pas ouvrir cette boîte de pandore en réaffirmant avec vigueur l'autorité de la chose jugée. En effet, n'oublions pas que les potentialités d'une telle finasserie, qui consiste à distinguer l'autorité de la chose jugée attachée à la recevabilité de celle attachée au fond, sont vertigineuses. Par exemple, si une loi nouvelle venait, dans un futur plus ou moins proche, supprimer l'interdiction de l'établissement du double lien de filiation au profit de l'enfant incestueux, il serait alors permis de revenir sur les jugements qui avaient refusé l'établissement d'un double lien de filiation notamment par le biais de l'adoption.

De même, en matière de filiation où la plupart des délais prévus par le législateur pour exercer les actions constituent des fins de non-recevoir², tout un chacun aurait un droit à l'établissement de son rapport de filiation et le défendeur à une telle action ne pourrait prétendre à une sécurité juridique, tant qu'aucun juge ne se serait prononcé sur le fond.

On pourrait également imaginer que l'amant qui prétend être le véritable père, mais qui fut débouté de son action en contestation de la paternité du mari au motif que l'enfant en question a une possession d'état conforme au titre depuis au moins cinq ans, pourra si cette fin de non-recevoir est supprimée par une législation nouvelle, exercer à nouveau une action en contestation de la paternité de l'enfant, sans qu'on puisse lui opposer l'autorité de la chose jugée tirée du jugement initial.

¹ Commentant la possibilité de régularisation prévue à l'article 126 du CPC, des auteurs relèvent que les fins de non-recevoir liées à l'expiration d'un délai de procédure ne peuvent être régularisées parce qu'« on ne peut pas remonter le temps ». J. HERON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Montchrestien, 2012, p. 129, n° 148.

² La plupart des délais prévus dans le titre VII du Code civil relatif à la filiation constituent en réalité des fins de non-recevoir, c'est-à-dire des obstacles procéduraux qui empêchent de saisir valablement le tribunal ; le fond (la question de la vérité sur la filiation) n'est pas discuté.

L'action « au fil de l'eau »¹, que les arrêts analysés semblent instituer, permet en réalité de faire éclater la vérité de la filiation étouffée par le poids de la paix sociale qui commande ces délais. Il est devenu plus important d'attribuer à chacun son véritable rapport de filiation, peu importe le trouble qui sera porté à la stabilité des jugements passés en force de chose jugée ou à la paix des familles. Or, la logique compassionnelle qui consiste à contourner l'autorité de la chose jugée par le biais d'une distinction entre la recevabilité et le bien-fondé de l'action² poussée à l'extrême risque de réduire à néant l'impératif de sécurité juridique³. Le droit peut et doit évoluer pour s'adapter aux réalités nouvelles ; en ce sens, nul ne peut prétendre à son immutabilité, puisque « la norme juridique n'est jamais placée sous le sceau de l'éternel »⁴. Mais lorsque cette évolution, aussi douce soit-elle, remonte fictivement le temps et ressuscite les causes finies, on ne peut que marquer notre circonspection, car il ne faut pas oublier que la douceur de la loi pour les uns se révèle d'un goût amer pour d'autres.

Partant, il apparaît essentiel que lorsqu'un conflit reçoit une réponse devenue définitive du fait de l'épuisement des voies de recours, de ne plus pouvoir remettre en cause un tel traitement⁵. Admettre le contraire reviendrait à ruiner la force de la chose jugée dont la clarté et la fermeté sont indispensables à la sécurité et à la stabilité de la vie juridique. Par conséquent, il est proposé à titre prospectif, une prohibition des artifices d'interprétation capables de ressusciter les causes finies en raison de la survenance d'une loi nouvelle, tout comme l'instrumentalisation de certains droits fondamentaux susceptibles d'aboutir aux mêmes fins.

§-2 : LA PREVENTION DE L'INSTRUMENTALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX

187. D'un côté, il convient de rappeler que lorsque le législateur détermine en droit de la famille les modalités d'application des lois dans le temps, il se montre de manière générale, respectueux de l'impératif de sécurité juridique et évite de troubler les situations

¹ Cette expression est empruntée au professeur J. HAUSER. Voir, J. HAUSER, *op. cit.*, RTD civ, 2009, p. 518 et s.

² Il s'agit d'un subterfuge, car au travers d'une analyse rigoureuse, on retient forcément que l'irrecevabilité de l'action met définitivement fin au procès, car il constate que le droit ne pourra être juridiquement réalisé. Reprendre le procès sous prétexte que l'obstacle qui empêchait de discuter du fond est levé est un argument fallacieux qui revient à nier le rôle du temps dans la résolution des conflits.

³ Finasserie pour finasserie, on pourrait considérer que la prochaine étape consistera à prétendre que l'autorité de la chose jugée au fond se limite à la vérité de la vérification juridictionnelle. Ainsi, les jugements anciens en matière de filiation qui ne correspondraient pas à la vérité biologique pourraient être remis en cause parce que l'expertise biologique est de droit. Comme le relève un auteur, « échapper à une action en recherche de paternité ne serait plus qu'un privilège des défunts mis à l'abri de l'expertise biologique par la loi bioéthique du 6 août 2004 ». M. Lamarche, *Les lois passent... l'autorité de la chose jugée trépasserait ?*, D. 2006, p. 207, note sous Cass. 1^{re} civ., 21 sept. 2005.

⁴ J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in, G. FAURE, G. KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 140.

⁵ Exception faite bien évidemment des traitements par nature évolutifs en droit de la famille à l'instar des mesures relatives à l'exercice de l'autorité parentale.

établies de longue date. De l'autre, il ne faut pas perdre de vue que le législateur se doit également de respecter les droits fondamentaux et que la poursuite de l'impératif de sécurité juridique ne saurait justifier leur méconnaissance.

Si certains droits fondamentaux comme le droit au procès équitable sont compatibles avec l'impératif de sécurité juridique¹, d'autres, à l'instar du droit au respect de la vie privée, du principe d'égalité et de non-discrimination², habilement présentés par les parties, sont susceptibles de permettre le réexamen des causes finies. L'instrumentalisation des droits fondamentaux, visée en l'espèce, consiste à présenter la différence de traitement qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps comme constituant une rupture de l'égalité ou une discrimination, afin de pouvoir obtenir le réexamen des traitements apportés aux conflits familiaux sous l'empire du droit ancien.

Pour lutter contre l'itération des conflits familiaux qui découle de telles instrumentalisation des droits fondamentaux, est proposé, à titre prospectif, un renforcement de l'autorité de la chose jugée par la reconnaissance d'un droit à la continuité des traitements dans le temps. Ainsi, lorsqu'un traitement juridictionnel des conflits familiaux devenu irrévocable s'est maintenu dans le temps, les parties acquièrent la légitimité à s'opposer à sa remise en cause, même s'il apparaît à la lumière du droit nouveau que ce traitement jadis arrêté ne correspond plus aux canons juridiques de l'époque contemporaine.

En d'autres termes, il faudrait convenir qu'exception faite des arbitrages par nature évolutifs, l'invocation des droits fondamentaux ne peut permettre la remise en cause des traitements dont le caractère définitif est bien affirmé. *A contrario*, il n'y a pas de droit à la continuité du traitement lorsque les parties ont conscience de la fragilité de la solution acquise en raison de la contestation ou de la possibilité de contestation de la solution arrêtée³. Ce qui importe, c'est que la solution arrêtée ne soit plus juridiquement constable du fait de l'épuisement des voies

¹ CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, n° 23228/08 spéc. §-33.

² Sur la nécessité pour le législateur de respecter ces droits fondamentaux en droit transitoire, voir, N. BAREÏT, *Le droit transitoire de la famille*, *op. cit.*, p. 527 et s.

³ C'est ce qui ressort de l'arrêt *Fabris c. France* (CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08 spéc. §-68 ; D. 2013, p. 434, obs. I. GALLMEISTER ; Dr. fam. 2013, focus 11, obs. M. LAMARCHE ; D. 2013, Pan. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2014, étude 12, spéc. n° 5, obs. A. GOUTTENOIRE), lorsque la Cour note à propos des droits successoraux des demi-frères du requérant que ceux-ci savaient qu'ils allaient être remis en cause par le requérant et que de toute façon, ces droits ne pouvaient être considérés comme définitivement acquis avant l'expiration du délai quinquennal prévu pour l'exercice de l'action en réduction de la donation-partage.

de recours, et cela, peu importe si elle n'a pas encore été mise en œuvre dans les relations entre les parties¹.

En définitive, pour prévenir l'itération des conflits familiaux dans le temps, un renforcement de l'autorité de la chose jugée s'impose. Ce renforcement pourra, suivant nos propositions, prendre les formes d'une prohibition des artifices d'interprétation et d'un droit à la continuité des traitements dans le temps lorsque le caractère définitif de la solution ne souffre d'aucune contestation.

En plus du temps, il convient de souligner que l'espace est un facteur polémogène en matière de traitement des conflits familiaux, puisque la diversité des ordres juridiques peut être propice à l'itération des conflits familiaux.

SECTION II : LA PREVENTION DE L'ITERATION DES CONFLITS FAMILIAUX DANS L'ESPACE

188. Le monde est divisé en États souverains et à chaque État souverain correspond un ordre juridique interne innervé de valeurs et de principes jugés fondamentaux par tout un peuple². La conséquence qui en découle c'est que le traitement juridictionnel d'un conflit familial ne produira pas toujours ses effets au-delà des frontières de l'ordre juridique d'émission ; il se verrait alors assigner « *une valeur et des effets territoriaux* »³. Suivant les règles françaises de droit international privé par exemple, un jugement étranger est reconnu dans l'ordonnement juridique interne si, tout d'abord, la compétence de l'autorité étrangère est acquise⁴, ensuite si ledit jugement est conforme à l'ordre public¹ et s'il a été

¹ Cass. civ. 1^{re}, 22 mars 2017, n° 16-13.946, JCP (G) 2017, n° 43, p. 1955, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2017, obs. M. GRIMALDI ; LPA 2017, n° 103, p. 16 et s., note E. DOS-REIS.

² Sur le relativisme des valeurs, voir par exemple, L. GANNAGE, *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, Travaux du comité français de droit international privé, 2006-2008, p. 205 et s.

³ De manière générale, un auteur considèrerait en son temps que les jugements étrangers, en raison du cloisonnement des ordres juridiques, n'ont en principe qu'une valeur et des effets territoriaux. E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. I, Domat-Montchrestien, 1930, p. 462, n° 182.

Voir également, H. PEROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005, p. 101, n° 180.

⁴ Un jugement étranger est irrégulier au regard des règles françaises de droit international privé s'il intervient dans un domaine où la règle française de solution des conflits de juridictions attribue une compétence exclusive aux tribunaux français comme par exemple, en matière de nationalité française et de succession concernant les immeubles situés en France. En revanche, lorsqu'il n'existe pas de compétence exclusive des juridictions françaises dans le cadre de la matière ayant donné lieu au jugement étranger, la compétence du tribunal étranger est retenue chaque fois que « le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si

rendu sans fraude², et enfin si sa réception n'est pas inconciliable avec un autre jugement déjà intégré dans l'ordre juridique français ou une procédure en cours³.

Autrement dit, en passant la frontière, le traitement initialement donné à un conflit familial peut être remis en cause par le *for* d'accueil, soit de manière indirecte par le refus de garantir sa reconnaissance, soit de manière directe par l'acceptation des juridictions de ce *for*, de connaître à nouveau la question litigieuse déjà tranchée. Pour illustrer ces propos, il convient de faire remarquer que si l'ordre juridique français refuse de reconnaître la dissolution d'un lien matrimonial survenue à l'étranger, rien n'empêchera l'un des époux de solliciter en France l'exécution des obligations issues du mariage. De même, un enfant né hors mariage qui se verrait débouter à l'étranger de son action en établissement judiciaire de sa filiation paternelle peut, à condition que la situation conflictuelle présente des points de rattachement avec la France, y effectuer une nouvelle demande avec de réelles possibilités de succès.

De ces observations, il convient de retenir que l'itération des conflits familiaux dans l'espace traduit une incertitude des rapports juridiques qui n'est que la résultante d'une coordination insatisfaisante des ordres juridiques. Dès lors, l'amélioration de la coordination des ordres juridiques devrait favoriser une continuité des rapports juridiques dans l'espace et réduire par effet mécanique le risque d'itération des conflits familiaux.

On l'aura compris, la prévention de l'itération des conflits familiaux dans l'espace passe par la mise en place de mécanismes permettant d'assurer une meilleure circulation du traitement des conflits familiaux à travers les différents ordres juridiques. Pour atteindre un tel but, deux voies sont envisagées. La première consiste à assurer l'effectivité des outils qui en droit

le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux » (*Cass. 1^{re} civ.*, 6 févr. 1985, *Simitch c. Fairhurst*, *JDI* 1985, p. 460, note A. HUET).

¹ La conformité du jugement étranger à l'ordre public international concerne à la fois l'ordre public de procédure et l'ordre public de fond. À travers l'ordre public de procédure, on cherche à vérifier si la décision étrangère a été rendue dans les conditions de loyauté et d'équité que le droit procédural français s'efforce de garantir aux justiciables. En revanche, à travers l'ordre public de fond, on cherche à vérifier si le résultat pratique auquel aboutit le jugement étranger est compatible avec les principes essentiels sur lesquels reposent les règles substantielles de l'ordre juridique français. Voir par exemple, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Dalloz, 2013, p. 889 et s. - B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, p. 468 et s.

² Le domaine de la fraude est très vaste. Par cette notion est visée aussi bien la fraude à la loi, la fraude à la compétence juridictionnelle, la fraude au jugement et plus généralement la fraude aux droits d'autrui. La fraude nécessite à la fois un élément matériel (manipulation artificielle ou altération volontaire d'un élément de rattachement) et un élément intentionnel (volonté d'éluder une règle, une compétence juridictionnelle). L'élément intentionnel peut être présumé. C'est le cas lorsque le jugement étranger est une réplique à une action intentée contre le demandeur en France (voir par exemple, *Cass. 1^{re} civ.*, 20 juin 2012, n° 11-30120, *JDI* 2013, p. 3, note E. FOHRER-DEDEURWAERDER, à propos d'un mari qui s'empresse d'obtenir un jugement de divorce à l'étranger pour s'opposer en France à une action en contribution aux charges du mariage, intentée par son épouse).

³ Sont inconciliables des décisions qui ne sont pas susceptibles d'une exécution simultanée. Sur cette condition, voir, M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4^e éd., *op. cit.*, n° 783 et s.

positif sont aptes à garantir la continuité du traitement des conflits familiaux dans l'espace ; tel est le cas des traités internationaux qui érigent, dans certains domaines, des « espaces de continuité »¹ (§-1). La seconde pousse à innover en garantissant, dans des conditions qui restent à déterminer, un droit à la continuité internationale du traitement des conflits familiaux (§-2).

§-1 : LA PRESERVATION DES ESPACES DE CONTINUITE ISSUS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE

189. L'existence d'un risque pesant sur les espaces de continuité issus du droit international privé. — De nombreux traités multilatéraux de droit international privé garantissent aux individus un espace de continuité, qu'il s'agisse d'une continuité du statut juridique ou d'une continuité de la situation familiale vécue. S'intéressant au statut personnel, il peut être fait mention du règlement Bruxelles II bis qui coordonne au sein des pays membres de l'Union européenne, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. S'intéressant aux situations familiales vécues, on peut signaler que de nombreuses conventions conclues entre la France et d'autres pays ont également pour mission d'assurer une continuité internationale des situations familiales. Sans prétendre à l'exhaustivité², il peut être fait mention de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 sur la coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut personnel, et en matière sociale, etc.

Ces instruments ont pour finalité d'assurer une meilleure coordination des ordres juridiques en permettant, en général, la réception des situations familiales établies à l'étranger et en particulier la reconnaissance des jugements étrangers.

Toutefois, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il semblerait que l'effectivité du besoin de stabilité des situations personnelles et familiales ne puisse s'opérer au prix d'un renoncement aux droits fondamentaux. La Cour impose alors, même en présence de tels accords internationaux organisant un espace de continuité des situations personnelles et familiales, qu'une pesée concrète soit réalisée entre les objectifs de

¹ On vise par là un ensemble d'ordres juridiques au sein duquel la stabilité des traitements apportés aux conflits familiaux est garantie.

² Pour une liste exhaustive, Voir, M. ATTAL, J. BAUCHY, *Code de droit international privé*, Bruylant, 2011, V^o *Statut personnel*.

stabilité poursuivis par la norme de droit international privé et le besoin de protection des droits fondamentaux des parties.

Si ce raisonnement en soi n'est pas critiquable, on ne peut qu'être circonspect, lorsqu'il conduit la Cour européenne des droits de l'Homme, à transformer les droits fondamentaux en droits absolus¹, susceptibles d'annihiler les règles de coordination issues du droit international privé². Le risque d'instabilité du traitement des conflits familiaux en raison du phénomène de la frontière, originellement circonscrit aux hypothèses d'absence de coordination ou de coordinations défectueuses, se propage alors, en raison de l'absolutisme des droits fondamentaux, aux domaines de coordination satisfaisante ou harmonieuse. On en trouve d'ailleurs l'illustration dans le domaine des enlèvements internationaux d'enfants où il est de plus en plus dénoncé un risque d'inefficacité du mécanisme du retour immédiat de l'enfant du fait de l'hégémonie des droits fondamentaux³.

190. L'illustration en matière d'enlèvements internationaux d'enfants⁴. — Au moment de la rupture du couple parental, lorsque le juge du pays d'établissement fixe la résidence habituelle de l'enfant au domicile de l'un des parents avec pour le second un droit de visite et d'hébergement, ce dernier bien souvent insatisfait par une telle décision va profiter — à plus forte raison s'il est ressortissant d'un autre pays — de son droit de visite pour déplacer l'enfant à l'étranger. Pour préserver la stabilité de la situation personnelle et familiale de l'enfant, et lutter efficacement contre de tels enlèvements, les instruments internationaux tels que la convention de la Haye de 1980 ou le règlement « Bruxelles II bis » par exemple, organisent, à condition que l'enfant soit déplacé d'un État signataire vers un autre, une protection dite « possessoire » de la « garde ».

Il ne s'agit pas de statuer au fond sur l'autorité parentale, mais de prononcer le retour immédiat de l'enfant dans l'État de résidence habituelle. L'idée est qu'en cas d'enlèvement, l'intérêt de l'enfant réside dans le rétablissement du *statu quo ante*, même si techniquement,

¹ L. GANNAGE, « À propos de "l'absolutisme" des droits fondamentaux », in, *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 265 et s.

² Comme l'a souligné un auteur, le problème ainsi posé n'est autre que celui de l'articulation des droits fondamentaux et du droit international privé de la famille. Voir, L. GANNAGE, *Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile*, APD, t. 57, Dalloz, 2014, p. 229 et s.

³ Voir par exemple, A. BOICHE, *La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la convention de La Haye ?*, AJ fam. 2012, p. 97 et s.

⁴ Pour une vue d'ensemble sur cette problématique, voir, A. BIGOT, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Préf. H. FULCHIRON, PUAM, 2003. - E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Préf. P. LAGARDE, Defrénois, 2004. - H. Fulchiron (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, 2005.

en raison du déplacement et du séjour à l'étranger, « le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle n'est jamais un simple retour au *statu quo ante* »¹.

Donc, que ce soit dans le cadre de la Convention de la Haye de 1980² ou dans le cadre du règlement « Bruxelles II bis »³, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la finalité qui doit guider la mise en œuvre de ces instruments. En effet, cet intérêt apprécié *in abstracto* d'une part, justifie que le retour immédiat de l'enfant dans l'État de résidence habituelle soit prononcé afin de sauvegarder ses relations personnelles avec chacun de ses parents. Cet intérêt, apprécié *in concreto* d'autre part, permet lorsque les particularités de l'espèce le justifient, de s'opposer à une application mécanique du principe du retour immédiat. C'est dans cette optique que la Convention de la Haye de 1980 a prévu comme exceptions au retour⁴, l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu plus d'un an après son déplacement⁵ (art. 12 al.2), l'existence d'un danger auquel l'enfant serait confronté dans l'État d'origine (art. 13 al.1 b), et enfin le refus de retourner dans l'État d'origine opposé par l'enfant⁶ qui a atteint un âge et un degré de maturité suffisant (art. 13 al.2).

Toutefois, en matière d'enlèvement, il ne faut pas oublier que l'intérêt supérieur de l'enfant au retour dans l'État de résidence habituelle peut se heurter aux droits fondamentaux du parent ravisseur. Ainsi, la prise en compte des droits fondamentaux des parents peut interférer avec le système visant à garantir une continuité internationale des situations personnelles et familiales, faisant alors planer un risque réel d'annihilation de son efficacité. On assisterait alors, au nom de la protection des droits fondamentaux, à une déconstruction des espaces de

¹ H. FULCHIRON, *Les enlèvements internationaux d'enfants*, PUF, 2005, p. 25.

² Voir le préambule de la Convention.

³ Voir les considérants 12, 13 ainsi que l'article 15 du règlement.

⁴ Sur les exceptions au retour, voir par exemple, L. BRIAND, *Convention de la Haye : les exceptions au retour des enfants déplacés*, AJ. fam. 2012, p. 391.

⁵ Sur le *dies a quo*, c'est à compter du déplacement ou du non-retour que le délai commence à courir et non à compter du jour où le parent demandeur avait eu connaissance du lieu où se trouvaient les enfants (Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, RJPf 2008-11, p. 29, obs. F. EUDIER ; AJ fam. 2008. 401, obs. A. BOICHE ; D. 2008, p. 2078, obs. V. ÉGEA ; Rev. crit. DIP 2008, p. 841, note H. MUIR WATT)

Sur le *dies ad quem*, c'est la date d'introduction de la procédure de retour qui constitue le terme du délai (Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2006, n° 06-13.177, RJPf 2007-3, p. 38, obs. F. EUDIER ; AJ fam. 2006. 180, obs. A. BOICHE)

⁶ Il convient de souligner que la Cour de cassation désireuse d'éviter tout risque de manipulation des désirs de l'enfant par le parent auteur de l'enlèvement a décidé que le refus opposé par l'enfant ne suffit pas à faire échec au retour. Pour qu'un tel refus justifie un non-retour, il doit être consolidé par l'existence d'un risque grave (Cass. civ., 1^{re}, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, Rev. crit. DIP 2007. p. 96, note E. GALLANT ; AJ fam. 2006, p. 252, obs. A. BOICHÉ - Cass. civ., 1^{re}, 17 oct. 2007, n° 07-11.449, AJ fam. 2007, p. 481, obs. A. BOICHE ; JCP (G) 2008, II, 10001, note F. BOULANGER - Cass. civ., 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-66.406, AJ fam. 2010, p. 482, obs. A. BOICHÉ ; D. 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE.). Au regard de la lettre de la Convention, la jurisprudence de la Cour de cassation est critiquable, puisque cette convention a voulu faire du refus exprimé par l'enfant une exception autonome. Toutefois, au regard de l'esprit de la Convention, cette précaution de la Cour de cassation est plus que bienvenue, puisque dans de tels conflits où la fin justifie les moyens, il serait plus que contestable de laisser l'auteur de l'enlèvement instrumentaliser son enfant contre le parent victime du déplacement.

continuité issus du droit international. C'est ce qui ressort d'un arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*¹ par lequel la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas hésité à admettre que le droit au respect de la vie privée et familiale du parent auteur du déplacement illicite puisse s'opposer à l'exécution de la décision ordonnant le retour de l'enfant dans le pays de la résidence habituelle.

Consciente du danger bien réel de déconstruction des espaces de continuité issus du droit international privé, la Cour européenne des droits de l'Homme prône de plus en plus, au détour de ces arrêts, une articulation harmonieuse entre les normes issues du droit international et les droits fondamentaux².

S'inscrivant dans ce même état d'esprit, il est proposé à titre prospectif la méthode suivante destinée à préserver les espaces de continuité en dépit des interactions entre systèmes ou ensembles normatifs³.

191. Une méthode de préservation des espaces de continuité. — La préservation des espaces de continuité issus du droit international privé passant par une articulation harmonieuse entre ces normes et les droits fondamentaux, c'est en réalité l'évitement d'un conflit entre ces ensembles normatifs qui est proposé dans les présentes lignes.

Le constat à l'origine de notre proposition est le suivant : la logique des droits fondamentaux reste, en principe, au cœur des traités internationaux par lesquels les États entendent assurer la coordination des ordres juridiques. Pour preuve, les États ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'Homme sont tenus de garantir les droits fondamentaux des individus sous peine d'engager leur responsabilité.

Dès lors, la méthode la plus simple pour articuler les droits fondamentaux et les mécanismes du droit international privé reste donc celle de l'évitement du conflit de normes, en posant une présomption simple de conformité des traités internationaux aux droits fondamentaux.

En d'autres termes, il faut considérer que les traités internationaux prenant en compte dans l'absolu les obligations de garantie des droits fondamentaux, la mise en œuvre de ces traités ne devrait normalement pas aboutir à une méconnaissance de ces droits fondamentaux⁴. Ainsi,

¹ CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, D. 2010, p. 2062, obs. I. GALLMEISTER ; AJ famille 2012, p. 97, obs. A. BOICHE ; RTD civ. 2010, p. 735, obs. J.-P. MARGUENAUD.

² Voir par exemple, D. PORCHERON, « La jurisprudence des deux cours européennes (CJUE et CEDH) sur le déplacement illicite d'enfant : vers une relation de complémentarité ? », JDI 2015, p. 821.

³ Sur la question, voir par exemple H. FULCHIRON, « Interactions entre systèmes ou ensembles normatifs et dynamique des normes : l'exemple du droit de la famille », RTD civ. 2017, p. 271.

⁴ Il s'agit d'une transposition de l'idée de protection équivalente des droits fondamentaux qui a permis d'articuler les systèmes de protection des droits fondamentaux issus du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Voir par exemple, F.-X. MILLET, *Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits*

la bonne application de la Convention de la Haye de 1980, par exemple, ne saurait aboutir à une violation des droits fondamentaux.

Toutefois, une telle présomption de conformité aux droits fondamentaux tomberait, lorsqu'il est établi que la mise en œuvre de la règle d'articulation des ordres juridiques issue du droit international privé heurte frontalement un droit auquel nos sociétés démocratiques attachent une valeur capitale. Tel est par exemple le cas du droit à la vie, du droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants et de ne pas être soumis à la torture, du droit de ne pas être réduit en esclavage ni en servitude, du droit à un procès équitable, du droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion¹, etc.

L'idée qui est soutenue, c'est que les droits fondamentaux doivent être des relais aux mécanismes de coordination des ordres juridiques issus du droit international privé et ne doivent pas servir à les annihiler comme on a pu l'illustrer en matière de déplacement illicite d'enfants. Cette vision est également partagée par un auteur qui plaide pour un recours subsidiaire aux droits de l'homme en matière de coordination des ordres juridiques. Pour cet auteur², les droits de l'homme ou droits fondamentaux ne pourront s'appliquer directement en matière de coordination des ordres juridiques que lorsque les conditions cumulatives suivantes se trouvent réunies : « a) que le résultat de l'application ordinaire du droit international privé viole incontestablement la substance d'un droit fondamental ; b) que le droit violé soit donc nettement identifié et inconditionnellement garanti dans son système d'origine (ce qui suppose que ce système, supranational, impose sa compétence pour le type de relations privées transfrontières considéré) ; c) qu'aucune des exceptions ordinaires aux règles de droit international privé ne suffise, par son jeu autonome, à rendre substantiellement justice à la prérogative individuelle garantie ». L'auteur poursuit sa démonstration en soulignant « qu'en cas de doute insurmontable, et de contradiction apparente entre les méthodes de coordination et le droit de l'homme allégué, le juge devrait

fondamentaux, RFDA, 2012, p. 307 et s. - D. RITLENG, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union*, RTD eur., 2013, p. 267 et s.

¹ Pour une étude plus fouillée d'une hiérarchisation des droits fondamentaux ou droits de l'homme en fonction de leur importance dans une société démocratique, voir, M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Préf. M. LEVINET, Bruylant, 2011, p. 163 et s.

² L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in, E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p. 197, n° 29.

pratiquer la maxime suivante : (...) le doute profite au droit international privé, car c'est lui en effet qui constitue la charnière primordiale des ensembles étatiques (...) »¹.

En définitive, la méthode proposée, empreinte de bon sens, veut qu'en présence de mécanismes tendant à assurer une continuité du traitement des conflits familiaux dans l'espace, il faille éviter que l'instrumentalisation des droits fondamentaux ne vienne déconstruire l'espace de continuité ainsi créé. Pour ce faire, la continuité internationale des situations personnelles et familiales doit toujours être présumée conforme aux droits fondamentaux. Allant plus loin dans la réflexion, il est même possible de proposer un véritable droit à la continuité internationale des solutions, mobilisable y compris en l'absence d'espaces de continuité issus des mécanismes du droit international privé.

§-2 : LA CONSECRATION D'UN DROIT A LA CONTINUITÉ INTERNATIONALE DES TRAITEMENTS

192. Loin d'être une pure invention, tout droit sorti de l'esprit de l'auteur de ces lignes, le droit à la continuité internationale des traitements résulte de la formalisation d'une tendance observée en jurisprudence. Ce droit pourrait par exemple reposer sur l'existence de prévisions légitimes (A), ou sur l'impératif de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (B).

A- LA LEGITIMITÉ DES PRÉVISIONS, FONDEMENT DU DROIT A LA CONTINUITÉ

193. En analysant certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, il apparaît que le droit à la continuité internationale des situations personnelles et familiales *« dérive directement de la confiance légitime des intéressés dans la stabilité internationale de la situation acquise. Lorsque cette confiance légitime n'existe pas, la non-reconnaissance par les autorités d'un État contractant n'est pas une violation des droits de l'homme »*². Reste toutefois à discerner les prévisions légitimes des prévisions illégitimes.

Pour y arriver, la Cour au détour de ses arrêts semble déduire de certaines circonstances, la légitimité de la croyance en la stabilité internationale de la situation acquise à l'étranger. Ces circonstances peuvent être la régularité de la situation acquise à l'étranger, l'existence d'un

¹ L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in, E. DUBOUT, S. TOUZE (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p. 197, n° 29.

² P. KINSCH, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » in, P. LAGARDE (dir.), *Reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone 2013, p. 44.

usage ou d'une pratique allant dans le sens d'une reconnaissance de la situation dans le *for* requis, et la stabilité dans le temps de la situation en cause.

194. La régularité de la situation acquise à l'étranger. — Lorsque le traitement juridictionnel d'un conflit familial a été régulièrement acquis à l'étranger, les intéressés peuvent légitimement s'attendre à ce que sa stabilité internationale leur soit assurée. En raison de la constitution régulière d'une telle situation, on présume de la légitimité en l'espérance de sa stabilité internationale. Il s'agit là d'une présomption simple susceptible d'être combattue par la vérification concrète de la légitimité en l'espérance d'une telle stabilité internationale. À titre d'exemple, l'espérance d'une stabilité internationale du traitement acquis à l'étranger n'est pas légitime lorsqu'un tel traitement découle d'un rattachement non sincère à l'ordre juridique étranger. En effet, celui qui va à l'étranger pour y créer une situation qu'il n'aurait pas pu constituer dans son pays en raison de sa prohibition, doit logiquement s'attendre à une réaction de cet ordre juridique dont les normes ont été éludées, lorsqu'une fois de retour, il demande la reconnaissance d'une telle situation. La volonté de faire échec aux règles impératives substantielles ou processuelles de l'État requis, qui elle-même se déduit de la création non sincère d'un élément de rattachement afin de justifier la compétence du *for* étranger, délégitime la croyance de la partie en la stabilité internationale de la situation. C'est ce qui ressort de l'affaire *Mc Donald c. France*¹.

Dans cette affaire, un américain avait sollicité des juges français un divorce pour faute afin de rompre le lien matrimonial constitué en France entre lui et une française qui acquit plus tard, par le biais d'une naturalisation, la nationalité américaine. Les juges du premier degré l'avaient débouté de sa demande et condamné au paiement d'une certaine somme au titre des obligations du mariage. N'ayant pas exercé de recours contre cette décision devenue définitive, l'époux avait décidé de contourner ces règles procédurales françaises en sollicitant du juge américain, le divorce qui lui avait été refusé en France.

Pour déclencher la compétence des juridictions américaines, il réalisa un court séjour en Floride. L'époux une fois le divorce prononcé par les juridictions américaines cessa de satisfaire aux obligations du mariage et se remaria en Côte d'Ivoire. C'est à l'occasion d'un litige financier l'opposant à son ex-femme lors de la vente d'un immeuble en indivision acquis autrefois en France, qu'il sollicita auprès des juridictions françaises, la reconnaissance du divorce étranger.

¹ CEDH, 29 avril 2008, n°18648/04, Rev. crit. DIP 2008, p. 830, note P. KINSCH

Face au refus de ces dernières et après épuisement des voies de recours internes, il saisit la Cour européenne des droits de l'Homme et habilla son intérêt à la continuité du traitement étranger du conflit familial l'ayant jadis opposé à sa première épouse, en droit au procès équitable.

Relevant la création non sincère d'un élément de rattachement de la situation conflictuelle à l'ordre juridique américain, la Cour souligne qu'« *il ne saurait dès lors être fait grief aux autorités françaises d'avoir refusé l'exécution d'une décision qui leur est apparue comme ayant pour but de faire échec, du fait de l'inaction du requérant, aux règles de procédure applicables* ».

Dans le même ordre d'idées, la même Cour a pu déduire l'illégitimité de la prévision de continuité internationale des liens familiaux établis à l'étranger, suite à une convention de mère porteuse, de la connaissance par les parents d'intention de la prohibition dans l'ordre juridique français de telles conventions¹. La prévision n'étant point légitime, l'ingérence de l'État français dans la vie familiale des parents d'intention se trouvait justifiée.

Toutefois, même si l'irrégularité de la situation litigieuse au regard du droit positif du *for* requis est acquise pour la simple bonne raison que l'individu ne pouvait valablement ignorer, au moment de la constitution à l'étranger de la situation litigieuse, la teneur des règles juridiques de ce *for*, sa croyance en la continuité internationale de cette situation litigieuse n'en est pas moins légitime et donc protégée, s'il apporte la preuve qu'en raison d'une pratique libérale dans le *for* requis, il pouvait objectivement espérer une continuité internationale de sa situation. L'existence d'une pratique libérale constitue donc un critère d'appréciation de la légitimité des prévisions de continuité.

195. L'existence d'une pratique libérale. — C'est avec l'arrêt *Wagner c. Luxembourg*² qu'est apparue l'idée selon laquelle l'existence d'une pratique libérale, en

¹ CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, Dr. fam. 2014, comm. 128, obs. C. NEIRINCK ; JCP (G) 2014, n° 30-35, 877, note A. GOUTTENOIRE. Voir spéc. §-58 : « Elle constate ensuite qu'à l'époque des faits déjà, les articles 16-7 et 16-9 du code civil prévoyaient expressément la nullité des conventions de gestation pour autrui et énonçaient qu'il s'agissait d'une nullité d'ordre public (...). Selon la Cour, les requérants ne pouvaient dans ces conditions ignorer qu'il y avait au moins un risque sérieux que le juge français conclue de la sorte dans leur cas, même si aucune disposition de droit interne ne faisait expressément obstacle à la reconnaissance d'un lien de filiation entre les premiers et les troisièmes et quatrièmes d'entre eux, et nonobstant le principe de l'effet atténué de l'ordre public ».

Rappr. CEDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, spéc. §-86 ; AJ. fam. 2015, p. 165, note E. VIGANOTTI ; JCP (G) 2015, act. 194, F. SUDRE ; Dr. fam. 2015, chron. 2, obs. A. GOUTTENOIRE. ; D. 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2015, p. 325, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RJPF 2015, n° 4, p. 11, obs. I. CORPART.

² CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n° 76240/01, précit.

matière de reconnaissance des jugements étrangers, pourrait constituer un critère d'appréciation de la légitimité des prévisions de continuité.

Dans cet arrêt où le litige portait sur la reconnaissance de jugements étrangers d'adoption, la Cour européenne des droits de l'Homme avait retenu qu'en raison d'une pratique administrative de reconnaissance de plein droit des jugements péruviens d'adoption, la requérante avait pu, de bonne foi, s'engager dans un processus d'adoption à l'étranger¹. Elle avait alors conclu en la nécessité de protéger cette prévision légitime des requérants. L'idée ici est celle d'une protection de l'individu contre les changements brusques de l'administration. Puisque les situations personnelles ou familiales dont la stabilité internationale est poursuivie ont été acquises à l'époque où une ancienne pratique libérale avait cours, les individus ont légitimement pu croire en leur reconnaissance internationale.

Outre l'existence d'une pratique libérale et la vérification de la régularité de la situation acquise à l'étranger, la légitimité de la croyance en la continuité peut également s'apprécier au regard de la durée des effets produits par la situation acquise à l'étranger.

196. La stabilité dans le temps de la situation acquise à l'étranger. — Ce critère d'appréciation de la légitimité des prévisions de continuité procède de l'idée selon laquelle, la stabilité dans le temps d'une situation acquise à l'étranger doit justifier sa protection.

En d'autres termes, les obstacles à la reconnaissance, découlant de la mobilisation des garde-fous nationaux, doivent être désactivés en raison de la production et de la jouissance au cours d'une période suffisamment longue, des effets d'une situation irrégulièrement acquise à l'étranger. La réalité sociale doit en quelque sorte l'emporter.

Certains auteurs auraient défendu l'idée parce qu'ils y verraient une sorte de prescription acquisitive à travers les frontières permettant la circulation des situations², ou encore une prise en compte de l'apparence en droit international privé³.

¹ §- 130 « En l'espèce, une pratique existait avant les faits litigieux, selon laquelle les jugements péruviens ayant prononcé une adoption plénière étaient reconnus de plein droit au Luxembourg. Ainsi - et le Gouvernement ne le conteste pas -, plusieurs femmes célibataires avaient pu transcrire un tel jugement sur les registres de l'état civil luxembourgeois sans en demander l'exequatur. La première requérante entreprit dès lors ses démarches de bonne foi en vue d'une adoption au Pérou. L'intéressée ayant suivi toutes les règles imposées par la procédure péruvienne, le juge prononça l'adoption plénière de la deuxième requérante. Une fois au Luxembourg, les requérantes pouvaient légitimement s'attendre à ce que l'officier de l'état civil procédât à la transcription du jugement péruvien. Toutefois, la pratique de la transcription des jugements avait subitement été abrogée et leur dossier fut soumis à l'examen des autorités judiciaires luxembourgeoises ».

² P. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, spéc. n° 212.

³ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, 1984. - Voir également, C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance, Rev. crit. DIP 2008, p. 513, spéc. p. 553 « Pourtant, il nous semble en fait que la raison de la soumission à la méthode de reconnaissance des

D'autres en revanche, pointant la consécration d'une méthode du fait accompli, l'auraient fustigée¹. Quant aux magistrats de la Cour européenne des droits de l'Homme, il semblerait, depuis l'arrêt *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*², qu'ils partagent les opinions des auteurs favorables à la protection des situations irrégulièrement acquises en raison de leur durée dans le temps.

En effet, pour sanctionner le refus des juridictions helléniques³ de reconnaître le lien de filiation adoptive établi à l'étranger entre un moine de nationalité grecque et son neveu de même nationalité, la Cour avait, entre autres, pris en considération la durée du lien d'adoption — 24 ans en l'espèce — et sa réalité⁴ — une vie familiale a été vécue entre l'adoptant et l'adopté qui a même fait accoler le nom de l'adoptant à son nom d'origine —, pour conclure que ce lien ne pouvait être remis en cause sans entraîner dans la vie de l'adopté un trouble disproportionné par rapport au but légitime poursuivi par l'État⁵. Il apparaissait aussi en filigrane de son raisonnement que la Cour reprochait aux frères et sœurs de l'adoptant de ne s'être opposés à cette adoption dont ils avaient pourtant connaissance⁶, qu'au moment de l'ouverture de la succession du *de cuius*.

En clair, il appartient aux personnes intéressées de ne pas laisser la situation constituée à l'étranger se consolider en raison de la jouissance de ses effets dans le temps. Pour ce faire, elles auraient dû exercer, dans les pays où la reconnaissance de la situation créée à l'étranger est susceptible de heurter leurs intérêts, une action en inopposabilité du jugement étranger dont découle le lien de filiation adoptive.

rappports effectivement créés n'est peut-être pas tant la matière que la durée du rapport dans le temps et un espace donné au sein d'un même ordre juridique, durée productrice des effets et qui crée une apparence, une croyance commune si forte que sa négation perturbe l'ordre des choses. Et en effet, cette perturbation est plus grave quand elle est afférente au droit de l'état de personnes que quand elle se réfère au droit patrimonial ».

¹ Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2011, n° 213.

² CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, JDI 2012, comm. 7, p. 215, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; D. 2012, p. 1239, obs. F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. DIP 2011, p. 817, étude P. KINSCH ; Dr. fam. 2012, étude n° 8, obs. A. GOUTTENOIRE.

³ Ce refus était justifié par l'existence d'un principe d'ordre public interdisant aux religieux de prendre part aux actes juridiques ayant un rapport avec les activités séculières.

⁴ Dans ce sens, voir, A. GOUTTENOIRE, obs. sous CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, Dr. fam. 2012, études, n° 6, spéc. n° 4. D'après l'auteur, « la Cour européenne franchit un pas supplémentaire, après l'arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 28 juin 2007, vers la consécration d'une obligation pour les États de reconnaître les effets jugements étrangers établissant un lien familial, même si ceux-ci sont contraires à l'ordre public national, dès lors que ce lien correspond à une vie familiale effective ».

⁵ Voir paragraphes 75 et 76.

⁶ Prendre en compte la durée de la situation pour justifier un droit à la continuité revient à instaurer une espèce de droit de la possession d'état. Donc, pour que l'effet du temps soit utile en la matière, il faut que les intéressés aient joui des effets juridiques résultant de cette situation de manière continue, paisible, publique et non équivoque. Il s'agit là des vices classiques de la possession.

Dans le même ordre d'idée, il convient de souligner que, la prise en compte de la jouissance prolongée dans le temps des effets d'une situation irrégulièrement acquise pour en déduire l'existence d'une prévision légitime à sa continuité, n'est pas un procédé inconnu du juge interne intervenant en matière familiale¹.

En définitive, la régularité de la situation acquise à l'étranger, l'existence d'une pratique libérale, la stabilité dans le temps de la situation acquise à l'étranger constituent autant de faisceaux d'indices permettant de retenir dans une situation donnée, l'existence de prévisions légitimes à la continuité internationale du traitement acquis à l'étranger. Ce qui obligerait l'État requis à laisser les traitements étrangers des conflits familiaux, produire leurs effets dans son ordre juridique. Si le droit à la continuité internationale peut reposer sur l'existence d'une prévision légitime, il convient de ne pas oublier que l'intérêt supérieur de l'enfant peut aussi servir d'assise à ce droit.

B - L'INTERET SUPERIEUR DE L'ENFANT, FONDEMENT DU DROIT A LA CONTINUITE

197. Au regard des jurisprudences européennes, il semblerait que la nécessité d'assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant puisse justifier la reconnaissance à son profit d'une continuité internationale de sa situation juridique² ; c'est en tout cas, du moins en pratique, le résultat auquel on aboutit.

En effet, en donnant un poids prépondérant à l'intérêt supérieur de l'enfant sur toute autre considération, on fait pencher, presque automatiquement la balance des intérêts du côté du droit à la continuité chaque fois qu'il y va de l'intérêt de l'enfant.

Par exemple, la Cour de justice des communautés européennes dans les arrêts *Garcia Avello*³ et *Grunkin et Paul*⁴, même si elle ne le dit pas expressément reconnaît la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant conduisant, au nom du droit à la libre circulation, à assurer dans ces affaires, la continuité internationale de son statut personnel.

Cette volonté d'assurer lors de la pesée des intérêts en présence, la prévalence de l'intérêt de l'enfant, se vérifie d'ailleurs dans un récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne.

¹ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, RTD civ. 2014, p. 88, obs. J. HAUSER ; RJPF 2014/2, p. 23, note A. CHEYNET DE BEAUPRE ; D. 2014, p. 179, note F. CHENEDE.

² Un auteur voit même dans l'intérêt de l'enfant un instrument permettant « d'œuvrer à la difficile conjugaison des impératifs de droit international privé et de la cohérence des systèmes nationaux ». Voir, P. HAMMJE, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in, *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 365 et s., spéc., p. 367.

³ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, précit.

⁴ CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, précit.

Dans un domaine fort éloigné de celui de la reconnaissance des jugements étrangers, la Cour insista sur le fait qu'en vertu de l'article 24 §-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « *il incombe aux autorités nationales compétentes, lors de la mise en œuvre de la directive 2003/86 et de l'examen des demandes de regroupement familial, de procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable de tous les intérêts en jeu, en tenant particulièrement compte de ceux des enfants concernés* »¹. L'utilisation en l'espèce de l'adverbe particulièrement tient à démontrer que la pesée doit être sublimée dans le sens de l'intérêt de l'enfant.

La nécessité d'assurer une telle continuité internationale des situations personnelles et familiales au bénéfice des enfants ressort de manière éclatante des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi dans l'affaire *Menesson c. France*, il faut rappeler que si la Cour refuse de reconnaître une continuité internationale du rapport de filiation au bénéfice des parents, elle relève en revanche une atteinte au respect de la vie privée des enfants « *étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence (...)* »². De même, dans l'affaire *Wagner c. Luxembourg*, la Cour a rappelé « *que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires, et que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention* »³. Mais, contrairement à la Cour de justice des communautés européennes qui, dans les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*, préservait l'intérêt de l'enfant à la continuité internationale de sa situation par le truchement du droit à la libre circulation, les juges de Strasbourg eux vont arriver au même résultat sur le fondement du droit à l'identité⁴. Comme le soulignent à juste titre des auteurs⁵, contrairement au droit à la libre circulation dans l'Union européenne qui limite la portée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, le droit à l'identité en raison de sa généralité, donne une portée universelle à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

En définitive, il convient de relever que l'idée qui tend à s'imposer aujourd'hui est qu'il est insupportable de faire subir à l'enfant une discontinuité dans sa situation personnelle ou

¹ CJCE, 6 déc. 2012, n° C-356/11, spéc. §-81.

² CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 spéc. §-101.

³ CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n° 76240/01, spéc. §- 133.

⁴ CEDH, 5 déc. 2013, *Henry Kismoun c. France*, n° 32265/10, AJ fam. 2014. 194, obs. C. DOUBLEIN ; RJPF 2014 -2/10, obs. I. CORPART ; RTD civ. 2014, p. 332 obs. J. HAUSER ; JCP (G) 2014, n° 3, p. 106, note F. SUDRE. - CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, précit.

⁵ H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE « Panorama de jurisprudence de droit international privé », D. 2015, p. 1056, spéc. I, B, 1, e.

familiale, soit en raison du comportement de ses parents¹, soit en raison de l'incompatibilité de sa situation avec les normes juridiques internes².

¹ C'est l'hypothèse de l'affaire *Menesson c. France*.

² C'est l'hypothèse des affaires *Garcia Avello*, *Grunkin et Paul*.

CONCLUSION DU CHAPITRE

198. L'exploitation des discontinuités du droit dans le temps et dans l'espace, parce qu'elle favorise l'itération des conflits familiaux, participe à l'incertitude des rapports juridiques. Dans l'optique d'une maîtrise de l'aléa et afin de garantir une certaine lisibilité en matière de traitement des conflits familiaux, il est impératif de prévenir le renouvellement des causes finies en renforçant l'autorité de la chose jugée.

Pour éviter le renouvellement des causes finies dans le temps, il a été précisé d'emblée que certains traitements, parce que le législateur a entendu les faire reposer sur des critères évolutifs¹, étaient naturellement appelés à être réexaminés en fonction de l'évolution dans le temps des paramètres sur lesquels ils reposent. En effet, un déficit de légitimité viendrait frapper la solution autrefois retenue lorsque les circonstances nouvelles viennent fortement modifier la situation des parties telle qu'examinée en justice. En d'autres termes, les solutions reposant sur des critères de décision évolutifs ne vaudraient que dans la mesure où les choses ne changent pas ; l'évolution des circonstances prises en compte lors de l'individualisation de la règle de droit rend caduque le traitement autrefois arrêté. Par conséquent l'itération des conflits familiaux dans le temps n'est jugée insatisfaisante qu'en présence d'une remise en cause d'arbitrages ayant reposé sur des paramètres fixes².

S'intéressant donc au renouvellement des causes finies ayant reçu une réponse non-évolutive par nature, on a pu identifier que l'interprétation extensive des dispositions du droit transitoire, l'interprétation restrictive de la portée de la chose jugée et l'instrumentalisation des droits fondamentaux constituaient les mécanismes par le truchement desquels ces causes finies sont ressuscitées. L'œuvre préventive a alors été axée sur la prohibition de ces techniques polémogènes et sur la consécration d'un droit à la continuité des traitements dans le temps, du moment qu'il est établi que le rapport de droit ainsi retenu est contenu dans une décision irrévocable et que la partie à qui on essaie d'imposer un nouveau traitement justifiait d'un intérêt légitime à la continuité de la solution jadis arrêtée.

¹ Les paramètres évolutifs se présentent comme des critères subjectifs de décision dont la teneur dépend fortement de la situation réelle des parties qui par nature fluctue en fonction des avanies du temps.

² Les paramètres fixes se présentent comme des critères objectifs de décision sur lesquels le temps n'a aucune emprise à l'instar du critère chronologique et de l'ordre alphabétique utilisé en matière d'attribution du double nom de famille.

Pour éviter le renouvellement des causes finies dans l'espace, il a été proposé un renforcement de l'autorité de la chose jugée qui passerait d'abord par une préservation des espaces de continuité issus des règles du droit international privé. En effet, il a été souligné que l'instrumentalisation des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques était susceptible de permettre la déconstruction des espaces de continuité issus des règles du droit international privé. Pour éviter un tel risque, une limitation de l'intervention des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques a été proposée. Ainsi, les droits fondamentaux ne devraient intervenir en matière de coordination des ordres juridiques que pour suppléer les règles du droit international privé, lorsque celles-ci conduisent à une coordination défectueuse matérialisée par la survenance de situations boiteuses où la continuité des situations personnelles et familiales n'est pas assurée dans l'espace. En revanche, lorsque les mécanismes du droit international privé élaborent des espaces de continuité et donc répondent efficacement au besoin de continuité du traitement des conflits, une présomption de conformité de ces mécanismes aux droits fondamentaux doit conduire à exclure l'intervention de ces dernières en matière de coordination des ordres juridiques.

Il a été proposé ensuite que le renforcement de l'autorité de la chose jugée passe par, la consécration d'un droit à la continuité internationale du traitement des conflits familiaux. Ce droit pourrait par exemple reposer, soit sur les légitimes prévisions à la continuité de la partie à qui on essaie d'imposer un nouveau traitement dans un ordre juridique étranger, soit sur l'intérêt de l'enfant à la stabilité de sa situation personnelle et familiale à travers les ordres juridiques.

En définitive, l'intérêt de ce chapitre a été de démontrer que la réduction de l'aléa en matière de traitement des conflits familiaux ne se limite pas seulement à la prévisibilité du résultat de l'arbitrage concret entre les intérêts familiaux en jeu, mais passe aussi par la pérennité de cet arbitrage dans le temps et dans l'espace. Ce qui justifie les efforts de prévention de l'itération des conflits familiaux dans le temps et dans l'espace.

CONCLUSION DU PREMIER TITRE

199. La réduction de l’empreinte de l’aléa dans le traitement juridictionnel des conflits familiaux doit nécessairement passer par un travail de prévention : prévention de la survenance des conflits familiaux et prévention de l’itération des conflits familiaux.

À propos de la prévention de la survenance des conflits familiaux, le choix qui a été réalisé est celui d’une approche globale et non segmentée de la gestion préventive de ces conflits.

Pour ce faire, il a tout d’abord été proposé au législateur une action légistique devant le conduire, avant toute consécration d’une prérogative nouvelle, à trancher la question de son articulation avec les prérogatives existantes. Le but étant d’éviter que la contradiction du discours juridique ne conduise les sujets de droit, armés de prérogatives irréconciliables, à s’affronter sur la scène juridique. En d’autres termes, il est question d’éviter que le droit lui-même ne favorise la survenance de conflits.

Toujours dans l’optique de prévenir la survenance des conflits familiaux, l’adoption d’une politique de dissuasion des atteintes aux intérêts d’autrui a été ensuite proposée. Celle-ci passerait par la généralisation de la sanction en cas d’atteinte à l’intérêt général ou aux intérêts privés.

Cependant, la restauration d’une prévisibilité dans le traitement des conflits familiaux passant aussi par la pérennisation des traitements retenus, notre recherche s’est étoffée de réflexions portant sur la prévention de l’itération des conflits familiaux, que ce soit en raison du temps ou en raison de la concurrence des ordres juridiques dans l’espace. Au terme de ces réflexions, il est clairement apparu que la prévention de l’itération des conflits familiaux passait par un renforcement de l’autorité de la chose jugée. Pour ce faire, il a été principalement proposé la reconnaissance d’un droit à la continuité des traitements. Un tel droit à la continuité pourrait reposer sur les prévisions légitimes de continuité des parties ou sur l’intérêt de l’enfant à la stabilité de sa situation personnelle et familiale.

Néanmoins, parce qu’un système de prévention aussi efficace soit-il ne pourra jamais prémunir totalement contre la survenance de conflits familiaux, il convient ensuite, toujours dans l’optique d’une amélioration de la prévisibilité des traitements, de proposer des moyens de rationalisation de la gestion curative.

TITRE II : LA SYSTEMATISATION DE LA GESTION CURATIVE

200. Le droit constituant une « forme essentielle de certitude »¹, le juriste a une propension naturelle à s'insurger contre l'incertain, le variable, l'instable, l'arbitraire, en multipliant les entreprises de mathématisation, de prédiction, de rationalisation. On ne peut donc, dans le cadre d'une recherche sur la prévisibilité du traitement des conflits familiaux, faire l'économie d'une réflexion portant sur la mécanisation de ce traitement. Le but étant d'objectiver les variables décisionnelles qui sont à l'origine de l'incertitude des arbitrages entre intérêts familiaux. L'objectif de la démarche ainsi circonscrit, reste à déterminer les moyens permettant de l'atteindre.

À ce propos, il convient de noter que deux démarches radicalement opposées demeurent possibles ; l'une purement théorique et l'autre pragmatique².

La méthode théorique de systématisation consiste à assigner dogmatiquement une valeur aux intérêts familiaux puis à déterminer l'issue du conflit en fonction de cette valeur. Mais, cette méthode de systématisation tenant compte uniquement de la valeur théoriquement préattribuée aux intérêts antagonistes, néglige le poids de l'environnement conflictuel ou des éléments extérieurs qui peuvent, dans le cas particulier, apprécier ou déprécier les intérêts en jeu.

La méthode pragmatique de systématisation conduit quant à elle à une modélisation de l'arbitrage entre intérêts familiaux antagonistes à partir des finalités dominantes qui se dégagent de la régulation des conflits familiaux en droit positif.

Entre ces deux méthodes, il faudra opter pour celle qui permet le mieux de restaurer, en droit de la famille, une visibilité en matière de traitement des conflits familiaux. L'objectif recherché n'est pas seulement de mettre en place une méthode de rationalisation de la démarche décisionnelle ; il faut également que les arbitrages auxquels conduit la mise en œuvre du modèle élaboré soient compatibles avec les exigences du droit contemporain de la famille.

Pour pouvoir opérer un choix éclairé entre la méthode théorique de systématisation (Chapitre I) et la méthode pragmatique (Chapitre II), il convient de procéder à leur analyse.

¹ M. VAN DE KERCHOVE, F. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, PUF, 1992, p. 116.

² J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », in, *Mélanges J.-C. GAUTRON*, éd. Pédone, 2004, p. 105.

CHAPITRE I : LA METHODE THEORIQUE DE SYSTEMATISATION

« Dans un système juridique qui reconstruit les rapports entre individus en général et les relations familiales en particulier en termes de droits individuels, ils [les conflits de prérogatives] sont inévitables, qu'il s'agisse de vrais conflits ou de faux conflits, de vrais droits ou de faux droits. Et il est bien sûr infiniment délicat, sans doute même impossible, de classer ces droits ou de les hiérarchiser »¹.

201. Le conflit familial étant comme tout conflit une opposition entre intérêts, la tentation est grande lorsqu'il est question de rendre rationnel le processus d'arbitrage, d'élaborer un modèle reposant sur une valeur préattribuée aux différents intérêts familiaux. C'est le but que poursuit la systématisation conceptuelle ou théorique, puisqu'elle entend proposer des solutions prévisibles aux conflits par voie de déduction quasi mathématique, à partir d'un ordonnancement dogmatique et figé des intérêts conflictuels.

La logique ainsi promue consiste à considérer que pour rendre moins incertain le traitement des conflits en général, et par transposition celui des conflits familiaux, il faille réduire autant que possible le rôle du juge, pour le limiter à une simple fonction d'application d'une échelle préétablie de valeurs, à l'aune de laquelle les intérêts antagonistes seront rationnellement mesurés.

Toutefois, prévient un éminent auteur dont les propos ont été portés en tête du présent chapitre, une telle logique systémique qui nécessite un classement et une hiérarchisation *a priori* des intérêts est délicate, voire impossible à concrétiser². Mais, la difficulté annoncée de l'entreprise n'empêche pas de s'y frotter.

Ainsi, pour concrétiser l'approche conceptuelle ou théorique de la systématisation, il conviendra, dans un premier temps, d'élaborer un modèle conceptuel d'arbitrage des intérêts

¹ H. FULCHIRON « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », LPA 2009, n° 342, p. 15 et s.

² « Dans un système juridique qui reconstruit les rapports entre individus en général et les relations familiales en particulier en termes de droits individuels, ils [les conflits de prérogatives] sont inévitables, qu'il s'agisse de vrais conflits ou de faux conflits, de vrais droits ou de faux droits. Et il est bien sûr infiniment délicat, sans doute même impossible, de classer ces droits ou de les hiérarchiser ». H. FULCHIRON « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », LPA 2009, n° 342, p. 15 et s.

conflictuels. Pour ce faire, nous puiserons dans les études doctrinales consacrées à la systématisation du traitement des conflits¹, les éléments nécessaires à l'élaboration de notre modèle conceptuel (Section I). Une fois ce modèle conceptuel de systématisation défini, il conviendra, dans un second temps, de déterminer s'il est transposable au traitement des conflits familiaux et surtout, s'il est réellement apte à limiter l'incertitude affectant l'issue juridictionnelle de ces conflits (Section II).

SECTION I : L'ÉLABORATION D'UN MODÈLE CONCEPTUEL DE SYSTEMATISATION DES CONFLITS

202. Il est possible de systématiser le traitement des conflits par le truchement des prérogatives juridiques² permettant la réalisation des intérêts en jeu. Concrètement, il s'agit de déterminer le poids théorique d'un intérêt, à partir de l'intensité de protection dont jouit sa réalisation en droit positif (§-1). Une fois ce poids théorique déterminé, le juge pourra trancher mécaniquement le conflit en faisant prévaloir un intérêt sur l'autre ou en imposant des sacrifices réciproques à la réalisation de chaque intérêt (§-2).

§-1 : L'ATTRIBUTION D'UN POIDS THEORIQUE AUX INTERETS EN CONFLIT

203. L'opportunité de la démarche. — La volonté de systématiser le traitement des conflits à travers la détermination préalable du poids des intérêts n'est que la conséquence d'une séduction du modèle Kelsénien d'organisation pyramidale du système juridique. En effet, en hiérarchisant les normes en fonction de leur importance, H. KELSEN entendait avant tout, prévenir les conflits entre elles³ et le cas échéant rationaliser leur traitement¹. Son

¹ Voir par exemple, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s., spéc. p. 248 et s. - F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, PFUSL, 1990, p. 37 et s. - T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005, p. 619 et s.

² D'après l'acception qui est retenue ici, les prérogatives juridiques constituent des titres juridiques accordés à une personne pour assurer la satisfaction de son intérêt personnel ou la satisfaction de l'intérêt d'autrui (les prérogatives permettant la satisfaction des intérêts d'autrui sont plus connues sous la dénomination de « droits-fonction » par opposition aux « droits-pouvoir » ; voir par exemple, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2^e éd., Dalloz, 1939, n° 237, 305 s.)

³ Le respect d'un processus de création normative suivant lequel la validité d'une norme juridique dépend nécessairement du respect de la procédure de création prévue par la norme supérieure permet d'éviter la survenance de conflits de normes (voir, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 193 et s.).

modèle d'organisation pyramidale du système juridique étant considéré comme un gage de sécurité juridique dans la gestion des conflits de normes², certains auteurs³ ont alors tenté sa transposition au traitement des conflits mettant aux prises les sujets de droit. L'objectif visé étant de mettre au jour des règles prévisibles de traitement.

Le présupposé de départ est simple ; les conflits mettent en scène une opposition d'intérêts. Par un effort de hiérarchisation des intérêts en conflit, il est possible de maîtriser l'incertitude affectant l'issue juridictionnelle des conflits, puisque le juge n'aura plus qu'à faire triompher l'intérêt de rang supérieur.

Et pour procéder à une hiérarchisation des intérêts, la démarche suggérée consiste à s'intéresser exclusivement au titre juridique en vertu duquel les litigants se croient autorisés à poursuivre leur satisfaction. Il s'agit, ni plus ni moins, de transformer le conflit, en l'occurrence familial, en conflit de prérogatives⁴ avec pour ambition, l'assignation d'un poids théorique aux intérêts, si l'on admet qu'à chaque catégorie de prérogative juridique correspond une protection juridique particulière⁵.

204. Le recours à la classification des prérogatives juridiques. — La pyramide des prérogatives juridiques qui découle des analyses doctrinales peut être ainsi résumée.

À la base de la pyramide, il existerait des intérêts jugés non conformes au droit objectif. Ces intérêts étant illicites, leur réalisation est prohibée par le droit ; ils n'accèdent pas à la

¹ En réalité, dans le système pyramidal proposé, le conflit de norme susceptible de survenir ne peut être qu'un conflit entre normes d'égale valeur pour lesquels l'auteur envisage à titre de traitement, le recours aux maximes ou principes logiques d'interprétation (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., 1999, p. 207). Il reconnaît qu'« en réalité, entre une norme de degré supérieur et une norme de degré inférieur, (...) il ne peut pas exister de conflit, puisque c'est la norme du degré supérieur qui est le fondement de la validité de la norme du degré inférieur » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., 1999, p. 209).

² M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, p. 117, n° 159.

³ Voir par exemple, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 248 et s. - F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 37 et s. - T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 619 et s.

⁴ C'est-à-dire qu'il ne sera plus question de raisonner en termes d'intérêts ou d'avantages qui s'affrontent, mais en termes de titres juridiques (droits subjectifs, libertés civiles, intérêts jugés légitimes) permettant la satisfaction des différents avantages antagonistes. Ce qui signifie qu'indirectement, les avantages ou intérêts se retrouvent hiérarchisés en fonction de l'importance du titre juridique permettant leur réalisation.

⁵ Dans ce sens, voir par exemple, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 248 : « La distinction des diverses catégories d'intérêts (...) conduit à poser quelques règles logiques pour la solution des conflits entre intérêts divers sur la base des qualifications différentes qui leur sont données par l'autorité sociale ». - J. LESUEUR, *Conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM 2009, p. 30 : « L'idée est alors de proposer une méthode de traitement des conflits de droits. Cette méthode est établie à partir de la qualification des termes des conflits - entendue au sens de prérogatives qui s'opposent - (...) »

juridicité, puisque le législateur vient expressément les exclure¹. Par conséquent, aucun titre juridique ne permet leur réalisation.

Au-dessus des intérêts illicites relevant de l'infra-droit, se trouvent des intérêts dont la réalisation, tout en ne s'inscrivant pas en contradiction avec les principes gouvernant la sphère juridique², n'est ni permise ni interdite *a priori* par le droit objectif³. Il s'agit d'intérêts légitimes non consacrés en droit subjectif ou en liberté civile, mais qui bénéficient *a posteriori*, suite à un jugement de légitimité, d'une protection juridique minimale⁴ qui permet à leur titulaire d'exiger d'autrui, l'obligation de ne pas porter atteinte auxdits intérêts ou d'empêcher sans motifs légitimes leur réalisation. En d'autres termes, celui qui prétend être titulaire d'un intérêt légitime dispose en réalité d'un pouvoir juridique potentiel qui nécessite une confirmation *a posteriori*.

Il pourra ainsi, en cas de confirmation de son pouvoir, recourir au droit commun de la responsabilité civile pour obtenir la réparation des atteintes illégitimement portées à son intérêt⁵ ; c'est donc au nom de la prérogative générale qui ordonne la réparation des dommages causés à autrui (art. 1240 du C. civ.) que la protection des intérêts légitimes non consacrés en droit ou en liberté civile sera assurée.

Au-dessus des intérêts légitimes non consacrés existent d'autres intérêts consacrés en liberté civile. Cependant, parce que les libertés sont attribuées de façon égalitaire⁶, cette prérogative ne dote pas son titulaire d'un pouvoir juridique exclusif. Ainsi, les tiers n'ont pas l'obligation de permettre la réalisation des libertés civiles d'autrui, mais simplement le devoir de tenir compte de ces dernières dans l'exercice de leurs propres libertés.

¹ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, *op. cit.*, p. 243 et s - F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 36 « En périphérie, pourrait-on dire, se meuvent des intérêts frappés de discrédit : qualifiée d'illicite, leur satisfaction est interdite sous peine de sanction civiles et /ou pénales (...) »

² F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 36.

³ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 285.

⁴ Un auteur souligne à juste titre que l'intérêt simplement légitime n'est pas consacré *a priori* par le droit objectif et que la protection minimale qui lui est accordée n'est que la conséquence d'un jugement *a posteriori* de sa légitimité. T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 284.

⁵ Comme le souligne un auteur, « (...) mis à part le cas où la loi impose la prise en compte d'un intérêt particulier, seule la responsabilité civile de celui qui y porte atteinte paraît envisageable au titre de sa protection ». T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 285.

⁶ « Lorsqu'il y a seulement liberté et non droit subjectif, celle-ci est attribuée d'une façon égalitaire, uniforme, à tous ceux qui en bénéficient ». J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, p. 147. - T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 126 et s.

L'obligation ainsi créée est analogue à celle pesant sur les tiers confrontés à un intérêt légitime non consacré. En revanche, la nature du pouvoir octroyé par la norme porteuse de liberté civile est bien différente ; il s'agit d'un pouvoir juridique potentiel pour l'intérêt simplement légitime, tandis que la liberté civile met en scène un pouvoir juridique effectif.

Partant, on doit considérer que les libertés civiles se rapprochant, *a priori*, beaucoup plus du cœur de la juridicité, doivent se situer sur un plan hiérarchique plus élevé par rapport aux simples intérêts légitimes¹.

Au sommet de la pyramide, se trouve le droit subjectif qui fort de sa consécration et de sa distribution inégalitaire² se situe sur un plan hiérarchique, au-dessus des libertés civiles³ et des intérêts simplement légitimes⁴.

Prérogative spéciale octroyée par le droit objectif, le droit subjectif crée à la charge des tiers un strict devoir de respect qui les oblige à permettre la réalisation du pouvoir juridique contenu dans cette prérogative. En sus, l'élévation d'un intérêt au rang de droit subjectif est toujours assortie d'une protection spécifique permettant de garantir à son titulaire la satisfaction dudit intérêt⁵. Le droit commun de la responsabilité n'est plus l'unique moyen permettant au titulaire d'une telle prérogative de réaliser son intérêt. Il apparaît alors que cette protection plus intense des droits subjectifs justifie qu'ils soient placés au sommet de la pyramide des prérogatives juridiques.

205. La détermination du poids des intérêts en fonction du rang occupé par les prérogatives juridiques permettant leur réalisation. — Si l'on tient cette classification des prérogatives juridiques pour acquise, le juge confronté à un conflit devra, suivant la modélisation théorique, identifier les prérogatives juridiques permettant la réalisation des intérêts antagonistes, puis, par un travail de qualification, déterminer le rang occupé par ces prérogatives dans la pyramide susdécrite. Ce n'est que de cette manière qu'il pourra

¹ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 285.

² Voir par exemple, J. GHESTIN et G. GOUBEAU, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3^e éd., LGDJ, 1990, p. 147 : « Lorsqu'il y a droit subjectif, la répartition est inégalitaire ; les prérogatives du titulaire restreignent la liberté d'autrui et non la sienne ».

³ « Le droit subjectif reconnu par la Cité à une catégorie d'individus, pour préserver des prérogatives particulières, prime, sauf preuve contraire, les libertés publiques accordées par principe à une population entière » P.-Y. GAUTIER, *Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux*, D. 2015, p. 2189, n° 3. - Voir aussi, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz Sirey, 1963, n° 20.

⁴ F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 36 - A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., pp. 243-244.

⁵ D'ailleurs, comme le relève un auteur, « Il est habituel de considérer, même si cela reste controversé, que le titulaire d'un droit subjectif se voit toujours reconnaître une action en justice spécifique lui permettant de faire cesser une atteinte à son droit ». T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 285.

déterminer l'importance ou le poids des intérêts antagonistes. Toutefois, cette connaissance du poids des intérêts ne constitue pas l'aboutissement de la méthode théorique de systématisation ; elle ne constitue qu'une étape dont la réalisation renseigne le juge sur la manière concrète de trancher le conflit qui lui est soumis.

§-2 : L'ADOPTION D'UNE LOGIQUE DE TRAITEMENT EN FONCTION DU POIDS DES INTERETS EN CONFLIT

206. Une fois le poids des différents intérêts déterminé, il devient en théorie facile de résoudre le conflit entre eux. Mais la logique de traitement que le juge devra adopter sera fonction de la configuration des éléments à peser. En effet, si les intérêts en conflit n'ont pas la même importance, c'est-à-dire qu'ils relèvent de catégories ou de rang différents, le juge devra pour faire le départ entre eux, raisonner en termes de hiérarchisation, tandis qu'une logique de conciliation s'imposera à lui lorsqu'il apparaît à la suite de la classification des intérêts en conflit que ceux-ci relèvent de la même catégorie juridique.

207. La hiérarchisation, méthode de traitement des conflits entre intérêts de rangs différents. — En présence d'un conflit opposant des intérêts de rangs différents, la solution évidente à ce problème consisterait à tenir compte de la hiérarchie existant afin de faire triompher le porteur de l'intérêt occupant la place la plus élevée au sein de la pyramide. Cette prévalence de l'intérêt le plus fort sur l'intérêt le plus faible serait d'après les partisans de la modélisation conceptuelle ou théorique, pure et simple en présence d'un conflit opposant les intérêts protégés aux intérêts non protégés. C'est ainsi que le professeur André GERVAIS relevait qu'en cas de conflit entre intérêt protégé et intérêt non protégé, « *la solution s'impose alors avec évidence : l'intérêt protégé doit l'emporter, sans que l'intérêt non protégé puisse réclamer une compensation et encore moins exercer un droit de veto à l'encontre de la satisfaction de l'intérêt protégé* »¹.

En revanche lorsque le conflit oppose des intérêts protégés dont l'intensité de protection varie, cette hiérarchie devrait être relative, au sens où la prévalence de l'intérêt le plus fort sur l'intérêt le plus faible ne doit pas être aveugle. En effet, parce qu'on se retrouve en présence de conflits entre intérêts protégés, et que seule l'intensité de protection justifie l'assignation à des catégories juridiques différentes, « *si l'on ne tenait compte que de la hiérarchie des*

¹ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 248. - Cette position fut également reprise par le professeur François OST. F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 37.

intérêts, pour permettre de satisfaire purement et simplement le plus fort (...), sans tenir compte du fait que l'intérêt le plus faible est lui aussi protégé s'il l'est moins, on organiserait la réalisation d'un abus de droit »¹. Précisons toutefois que ce refus de prévalence aveugle de l'intérêt le plus fort en cas de conflit entre intérêts protégés n'a nullement pour objectif la remise en cause de la hiérarchie qui découle de la classification des intérêts. En effet, la sanction d'une satisfaction abusive d'un intérêt n'est pas sa déchéance, mais seulement le retour à un exercice normal de la prérogative, assorti d'une réparation du dommage causé par l'abus². Dit autrement, une priorité est reconnue à l'intérêt d'un rang hiérarchique supérieur³. Son porteur pourra le réaliser sans que son adversaire, titulaire d'un intérêt de rang hiérarchiquement inférieur, ne puisse lui opposer un quelconque veto. Cependant, il convient de souligner qu'en raison de l'obligation de ne pas nuire à autrui dans l'exercice de ses droits⁴, le porteur de l'intérêt inférieur peut exiger une compensation lorsque son adversaire, porteur d'un intérêt supérieur, est coupable « d'un abus de droit ou de position dominante »⁵. D'ailleurs, cette importance des mécanismes de la responsabilité civile dans la modélisation conceptuelle du traitement des conflits transparaît clairement de certaines analyses doctrinales⁶.

En résumé, en présence de conflits entre intérêts de rangs différents, le juge devra faire triompher l'intérêt le plus élevé dans la hiérarchie avec la possibilité pour le titulaire d'un intérêt inférieur protégé, d'obtenir une compensation en cas d'abus de droit. Cette logique de prévalence d'un intérêt sur l'autre n'est plus adaptée lorsqu'il apparaît que le conflit oppose des intérêts de même rang.

208. La conciliation, méthode de traitement des conflits entre intérêts de même rang. — Lorsque deux intérêts simplement légitimes, deux libertés ou encore deux droits subjectifs s'affrontent, l'égalité de rang entre les intérêts en conflit conduit à ne pas préférer

¹ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER, op. cit.*, p. 250.

² L. CADIET, P. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz, V° Abus de droit*, n° 36 et s.

³ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER, op. cit.*, p. 250.

⁴ Sur l'intention de nuire comme critère de l'abus de droit, voir, L. CADIET, P. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz, V° Abus de droit*, n° 25 et s.

⁵ F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 38.

⁶ T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile, op. cit.*, p. 617 et s.

En ce qui concerne plus spécifiquement les rapports entre les droits subjectifs et la responsabilité civile, voir, T. AZZI, *Les relations entre responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, RTD civ. 2007, p. 227 et s. - J.-C. SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et l'action en responsabilité civile », in, *Mélanges H. GROUDEL*, Litec 2006, p. 405 et s.

l'une des prérogatives face à l'autre. La logique de conciliation des intérêts prend alors le pas sur celle de la hiérarchisation ou de la prévalence. Puisque la même importance est donnée aux intérêts en conflit, ils doivent également s'équilibrer dans leur satisfaction. Aucun ne pouvant l'emporter sur l'autre, soit les parties négocient la satisfaction intégrale ou majoritaire de l'un sur l'autre, soit elles n'y arrivent pas et s'imposent *de facto* un égal sacrifice qui aura pour conséquence la non-satisfaction intégrale d'aucun des intérêts¹.

Toutefois, il arrive qu'en l'absence de négociation entre les parties, la situation de blocage ne soit pas viable et qu'il faille impérativement prendre parti en faveur de la satisfaction d'un des intérêts. Il appartiendra alors au juge d'imposer des concessions aux parties afin de dénouer la situation. Se pose alors la question de savoir comment le juge pourra de manière prévisible, sans susciter les craintes d'arbitraire, réaliser un tel choix.

Pour tendre vers un traitement rationnel du conflit entre normes de même valeur, l'auteur de la *Théorie pure du droit* suggérait le recours aux maximes ou principes logiques d'interprétation² à l'instar du principe de spécialité issu de la maxime *specialia generalibus derogant* ou du principe chronologique issu de la maxime *lex posterior derogat priori*³. Toutefois, parmi les principes rationnels de choix entre plusieurs normes, il convient de mettre en lumière un principe qui apparaît à nos yeux particulièrement adapté à la sélection entre plusieurs prérogatives de même valeur permettant la réalisation d'intérêts antagonistes. Il s'agit du principe de « privation différentielle » ou de « frustration minimale »⁴.

D'après ce principe, lorsque deux prérogatives d'égale importance entrent en concurrence, « *il arrive souvent que le sacrifice de l'une ait des conséquences moins néfastes pour le premier que le sacrifice de l'autre n'en aurait pour le second* »⁵. Dans de tels cas, il faudrait à titre exceptionnel, donner la priorité au porteur de l'intérêt dont la non-satisfaction est susceptible de générer le plus grand dommage. L'illustration la plus parlante, quoique choquante, de ce

¹ A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 251.

² H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., 1999, p. 207

³ Sur l'application de ces maximes, voir par exemple, X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 118-119.

⁴ Même si ce principe est souvent en germe dans les écrits doctrinaux (Voir par exemple, Quintilien, *Institution oratoire*, t. IV, L. VI-VII, trad. J. COUSIN, Paris, Les Belles Lettres, 1977, p. 171-173) c'est le professeur DENQUIN qui à notre connaissance a été le premier à le poser clairement (J.-M. DENQUIN, « Sur les conflits de libertés », in, *Mélanges R.-E. CHARLIER*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 545 et s., spéc. p. 553).

À propos de ce principe, voir également, M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préf. M. LEVINET, Bruylant, 2011, p. 479 et s. - R. DUMAS, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, préf. E. GARAUD, L'Harmattan, 2008, p. 335 et s.

⁵ J.-M. DENQUIN, « Sur les conflits de libertés », in, *Mélanges R.-E. CHARLIER*, op. cit., p. 553.

principe de privation différentielle consiste à attirer l'attention sur le fait que « *la privation du droit de tuer* » est moins grave que « *la privation du droit de vivre* »¹.

209. En guise de synthèse à la présente section, il convient de rappeler que l'idée qui sous-tend la modélisation conceptuelle est qu'il serait possible de rendre prévisible le traitement des conflits en l'appréhendant par le prisme du conflit de prérogatives juridiques. En effet, selon une opinion répandue en doctrine, l'importance d'un intérêt peut se mesurer en référence à l'intensité de la protection que le droit objectif lui accorde. Le procédé peut être ainsi résumé : sachant qu'à chaque catégorie de prérogative juridique correspond des pouvoirs juridiques différents en intensité, il suffit, en présence d'un conflit, de déterminer tout d'abord, la nature de la prérogative juridique permettant la réalisation des intérêts antagonistes pour classer ces derniers sur un plan hiérarchique, en fonction de l'importance que le droit attache à leur réalisation. Puis ensuite, en fonction de la configuration conflictuelle, d'adopter une logique idoine de traitement.

En reprenant tour à tour ces différentes étapes, il convient de souligner qu'en ce qui concerne tout d'abord la détermination de l'importance des intérêts en conflit, on constate, d'une part, que lorsque l'intérêt poursuivi est prohibé par le droit objectif, cela implique nécessairement l'inexistence d'un titre permettant sa réalisation. On est alors en présence d'une absence totale de protection juridique justifiant la non-satisfaction de ces intérêts prohibés.

On constate, d'autre part, que lorsque l'intérêt poursuivi n'est pas prohibé, il peut bénéficier d'une protection plus ou moins renforcée. Le degré le plus bas de protection se rencontre tout d'abord lorsque la satisfaction de l'intérêt ne fait l'objet d'aucune protection *a priori*, mais est jugée dans la situation concrète de son porteur, légitime ; les mécanismes du droit commun de la responsabilité lui permettront alors d'en assurer la protection.

Le degré intermédiaire de protection se rencontre ensuite lorsque l'intérêt tout en étant jugé *a priori* légitime² est l'objet d'une prérogative juridique également distribuée aux sujets de droit ; on parlera alors de liberté civile.

Le degré élevé de protection se rencontre enfin lorsque l'intérêt, tout en étant jugé *a priori* légitime, est l'objet d'une prérogative juridique accordée inégalement au profit exclusif de certains sujets de droit remplissant des conditions posées *a priori* par le droit objectif ; on parlera alors de droit subjectif.

¹ J.-M. DENQUIN, « Sur les conflits de libertés », in, *Mélanges R.-E. CHARLIER, op. cit.*, p. 553.

² C'est-à-dire que sa légitimité ne dépendra pas de la configuration factuelle du conflit. L'avantage poursuivi est en lui-même jugé digne de protection.

Pour ce qui est ensuite de la logique de traitement à adopter par le juge, il faut souligner, d'une part, que lorsque le conflit met aux prises des intérêts de rangs divers, le juge devra assurer la prévalence de l'intérêt dont le rang est le plus élevé, sous réserve de ne pas sacrifier abusivement l'intérêt le plus faible dans l'hypothèse où il serait légitime.

D'autre part, si le conflit met aux prises des intérêts de même rang, le juge devra assurer une conciliation des différentes prérogatives et si nécessaire, donner la priorité à celle dont la méconnaissance engendrerait le plus grand préjudice.

Le modèle conceptuel ainsi proposé poursuit l'ambition de donner un tour mécanique au traitement des conflits avec pour conséquences escomptées, la restauration d'une cohérence de traitement et d'une prévisibilité des solutions. Cependant, pour des raisons qu'il convient d'évoquer, ce modèle de systématisation est difficilement transposable au traitement des conflits familiaux.

SECTION II : L'INADAPTATION DU MODELE CONCEPTUEL A LA SYSTEMATISATION DES CONFLITS FAMILIAUX

210. La modélisation conceptuelle est loin d'être une méthode de rationalisation satisfaisante en matière familiale, d'une part, parce que sa pratique est susceptible d'aboutir, en droit de la famille ou ailleurs, à des résultats imprévisibles (§-1), et, d'autre part, parce que cette méthode s'inscrit, en particulier en droit de la famille, à contrecourant de la logique pragmatique qui y est aujourd'hui prégnante (§-2).

§-1 : UN MODELE SUSCEPTIBLE D'ABOUTIR A DES RESULTATS IMPREVISIBLES

211. La modélisation conceptuelle poursuit une logique de mécanisation du traitement des conflits familiaux de manière à éviter toute subjectivité décisionnelle susceptible de rendre aléatoire l'arbitrage entre les intérêts antagonistes. Or, on constate qu'une subjectivité décisionnelle est théoriquement possible lorsqu'on recourt à la modélisation conceptuelle que ce soit au stade de la classification des prérogatives juridiques (A), ou de l'élaboration concrète de la solution du litige (B).

A- LA SUBJECTIVITE DANS LA QUALIFICATION DES PREROGATIVES JURIDIQUES

212. L'instrumentalisation de la marge d'incertitude inhérente aux qualifications. — La modélisation conceptuelle proposée repose sur une hiérarchisation des intérêts familiaux conflictuels en fonction des prérogatives juridiques permettant leur réalisation. Concrètement, cela suppose pour chaque intérêt antagoniste de déterminer puis de qualifier les prérogatives juridiques permettant sa réalisation¹. Or, en matière de qualification, on retient souvent qu'« *il n'y a pas de vérité absolue (...) ou du moins personne ne prétend la détenir* »², puisque toute qualification implique une marge d'incertitude³. Et cette marge d'incertitude inhérente à la qualification est plus ou moins large selon les cas⁴.

Elle est étroite lorsque la qualification à retenir s'impose à l'auteur ; c'est le cas lorsque l'élément en cause jouit d'une qualification bien fixée en droit positif. L'exemple typique d'une qualification bien fixée est sans doute le rattachement du droit de propriété à la catégorie des droits subjectifs. Plus spécifique à la branche d'étude faisant l'objet de ces recherches, il est courant de présenter l'autorité parentale comme un droit-fonction.

En revanche, la marge d'incertitude est conséquente lorsque la qualification de l'élément en cause soulève de nombreuses hésitations ; on parlera de qualification complexe. À titre d'illustration, il est permis de considérer comme complexe la qualification de la prérogative permettant à chacun d'exiger le respect de sa vie privée. En effet par le passé, la doctrine avait été divisée sur le classement d'une telle prérogative. Certains auteurs y voyaient une liberté civile⁵, tandis que d'autres — dont la position est aujourd'hui considérée comme dominante — y voyaient un droit subjectif¹.

¹ Sur la qualification en droit, voir par exemple, voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, *V° Qualification* - P. WACHSMANN, « Qualification », in, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1276. - C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, PUF, 1985, p. 129 et s.

² P. JESTAZ, *La qualification en droit civil*, Droits : revue française de théorie juridique, n°18, PUF, 1994, p. 46.

³ F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, p. 7.

⁴ Faisant le même constat, un auteur avait pu souligner qu'en droit, « les qualifications sont plus ou moins résistantes et que, de même qu'il y a des roches tendres et des roches dures, il y a des qualifications plus ou moins fragiles ». F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, p. 7.

⁵ Parmi les partisans d'une telle conception, certains fondent leur argumentaire sur l'impossibilité des droits de la personnalité en général à être considérés comme des droits subjectifs. Partant, les prérogatives spécifiques -à l'instar du droit au respect de la vie privée - qu'on rattache à la théorie des droits de la personnalité ne devraient pas non plus être analysées en droit subjectif. C'est ainsi que des auteurs après avoir souligné que la création d'un rapport juridique entre une personne et autrui est l'apanage du droit subjectif, ont pu qualifier les droits de la personnalité de « pseudo-droits » manifestant un narcissisme exacerbé ; faute de pouvoir imaginer un rapport d'ordre juridique entre une personne et elle-même, qualifier les droits de la personnalité de droit subjectif n'aurait pas de sens. Ces auteurs voient donc dans les droits de la personnalité, une simple manifestation de la responsabilité civile. Il serait préférable d'après eux, de parler de libertés fondamentales de la personne. Partant, ils jugent discutable la qualification du droit à la vie privée en droit subjectif. (Voir, P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2014, n° 1308, 1604 et s., 1618. - Voir également, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz Sirey, 1963, p. 49 et s.)

Au-delà de cet exemple de qualification complexe, ce qu'on tente de démontrer ici, c'est le risque d'une subjectivité décisionnelle dans la mise en œuvre du modèle conceptuel en matière de traitement des conflits familiaux, lorsque le juge se retrouve face à une prérogative juridique difficile à classer.

Même si on présume qu'en dépit des difficultés survenant lors des qualifications, le juge est capable de réaliser une qualification « objective » en enchâssant la prérogative à qualifier dans la catégorie juridique qui sied le mieux à ses particularités, on peut légitimement craindre aussi qu'au lieu de se laisser guider vers la solution à donner au conflit, le juge ne l'anticipe en se servant de la technique de qualification comme d'un moyen lui permettant d'atteindre un résultat qu'il se serait fixé *a priori*, c'est-à-dire avant même de mettre en œuvre la méthode conceptuelle. La démarche n'est pas sans rappeler la technique du syllogisme régressif ou ascendant².

D'autres auteurs en revanche ont contesté la qualification de droit subjectif à la suite d'une analyse spécifique de la notion même de vie privée. Pour un auteur par exemple (A. BENET, *Analyse du droit au respect de la vie privée, Contribution à l'étude des libertés civiles*, th. dactyl., Paris II, 1985, p. 344, n° 128), la structure et la prérogative consacrée en matière de vie privée épousent imparfaitement certaines caractéristiques du droit subjectif. Partant, il préfère opter pour la qualification de liberté civile (voir également dans ce sens, B. BEIGNIER, *Vie privée et vie publique*, APD 1997, t. 41, p. 167. - F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, LGDJ, 1990, nn° 658 - 662, spéc. n° 660).

¹ Voir par exemple (liste non-exhaustive) :

- J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 170 et s. Pour l'auteur, les droits de la personnalité sont des droits subjectifs.

- P. KAYSER, *Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques*, RTD. civ., 1971, p. 445, spéc n° 8 et 21. L'auteur distingue dans son étude, les vrais et les faux droits de la personnalité. Seuls les premiers sont des droits subjectifs. En incluant la protection de la vie privée dans les vrais droits de la personnalité, il faut en conclure que pour cet auteur, le « droit au respect de la vie privée » est un droit subjectif.

- R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, éd. Bosc & Riou, 1939, pp 332-363. Pour l'auteur un intérêt protégé peut se muer en droit subjectif. Au départ un intérêt peut être protégé par un droit « sanctionnateur » général. À force de passer par l'intermédiaire du juge pour protéger cet intérêt, une institution juridique se crée (pp. 333-336) ; une règle de conduite s'établit et sans attendre l'avènement du dommage, on pourra exiger du juge une mesure préventive. Émerge alors un droit « déterminateur » qui permet d'exiger avant toute survenance d'un dommage, une conduite déterminée de la part d'un tiers, sujet passif ; l'évolution s'achève parfois par une consécration législative, laquelle assure le maximum de sécurité (p. 344). On peut ainsi dire qu'un droit subjectif s'est créé. En étudiant la jurisprudence, l'auteur remarque, à propos des « biens » de la personnalité une pareille mutation du droit « sanctionnateur » en droit « déterminateur » ainsi que la survenance d'une consécration légale. Il conclut donc qu'on peut qualifier le droit au respect de la vie privée de droit subjectif (R. Nerson, RTD. civ., 1971, pp. 115-119.).

- L. MARTIN, *Le secret de la vie privée*, RTD. civ., 1959, p. 227. Dans cette communication, l'auteur soutient à propos du secret de la vie privée, que les conditions techniques de l'existence d'un droit subjectif sont réunies.

- M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Le secret de la vie privée*, in, P. LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé : Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, 1978, p. 432, n° 22. Partant des travaux de R. NERSON, l'auteur reconnaît à la personne, « un véritable droit subjectif sur sa vie privée ».

- J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, th. dactyl. Bordeaux IV, 1998, spéc. t. 2, n° 465 et 481. Convaincu de l'existence d'un droit subjectif au respect de la vie privée, l'auteur s'emploie à réfuter les thèses qualifiant le droit au respect de la vie privée de liberté.

- G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, Montchrestien, 13^e éd., 2007, p. 65, spéc. n° 30.

² À l'inverse du syllogisme classique, le juge pour trancher le conflit va partir de la solution qui intuitivement, au regard de l'espèce, lui apparaît comme juste. Puis, il va chercher dans l'arsenal législatif une règle permettant de motiver en droit cette solution pour maquiller ainsi les considérations d'équité qui ont dès le début présidé à la

En d'autres termes, la marge d'incertitude inhérente aux qualifications juridiques est susceptible de devenir le masque du pouvoir discrétionnaire du juge qui, selon qu'il entend faire triompher tel intérêt au détriment de tel autre, n'hésitera pas à sous-classer ou à surclasser les prérogatives permettant leur réalisation.

Il s'infère de ces observations que la mise en œuvre du modèle conceptuel reposant en grande partie sur un travail de qualification des prérogatives juridiques, la subjectivité de l'agent chargé de cette qualification est susceptible de s'exprimer surtout lorsque les contours de la prérogative à qualifier ne coïncident pas exactement avec les cadres juridiques préétablis¹. Cependant, il convient de souligner que cette subjectivité inhérente aux qualifications juridiques ne suffit pas à elle seule pour juger la modélisation conceptuelle inapte à participer à l'amélioration de la prévisibilité des traitements donnés aux conflits familiaux ; à moins de démontrer un risque de subjectivité à d'autres stades du processus de concrétisation de la méthode conceptuelle.

B- LA SUBJECTIVITE DANS L'ELABORATION CONCRETE DU TRAITEMENT

213. Une fois les prérogatives juridiques classées et un poids attribué aux intérêts antagonistes par la même occasion, la logique mécanique devrait conduire à un arbitrage objectif dénué de toute subjectivité. Or, on constate qu'au stade de la concrétisation de l'arbitrage entre intérêts antagonistes, une potentielle subjectivité est susceptible de s'exprimer.

214. Une subjectivité potentielle en cas de conflit entre intérêts de poids différents. — En présence d'un conflit entre intérêts de poids inégal, il a été souligné que

solution (J. GHESTIN, G. GOUBEUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1996, p. 42, n° 55 - J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction...*, PUF, 2004, p. 24, n° 9. - H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2003, p. 22, n° 55. - F. RIGAUD, *La loi des Juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 66 - L. CADIET, *L'équité dans l'office du juge civil*, Justices 1998, n° 9, p. 87 et s., spéc. pp. 91-92. - F. OST, J. LENOBLE, *Les implicites de la théorie du juge raisonnable*, Annales de droit de Louvain, 1976, p. 321 et s., spéc. p. 333. - P. BELLET, « Le juge et l'équité », in, *Études offertes à René RODIERE*, Dalloz, 1981, p. 9 et s., spéc. p. 11).

Il semblerait que « les choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis des millénaires qu'il y a des juges, et qui pensent » (J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction...*, op. cit., p. 24, n° 9).

¹ Sur ces difficultés de qualification, voir par exemple, F. TERRE, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956. - J. L. BERGEL, « Différence de nature = différence de régime », RTD civ. 1984, p. 255 et s. - E. DOS-REIS, « Réflexions théoriques sur la qualification des situations hybrides en droit », Revue des mutations du droit, 2012, (19 pages, revue en ligne)

[adhttp://rmd.upmf-grenoble.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils](http://rmd.upmf-grenoble.fr/servlet/com.univ.collaboratif.utils)

lorsque ces intérêts sont au moins légitimes, le porteur de l'intérêt bénéficiant d'un poids prépondérant devrait l'emporter. Cependant, ce dernier est susceptible de voir sa responsabilité civile engagée en cas d'abus dans la réalisation de son intérêt. Or, le critère de l'abus comme toute notion-cadre permet au juge d'étendre son pouvoir judiciaire dans l'application de la règle de droit avec pour conséquence potentielle une subjectivité décisionnelle. Un tel risque de subjectivité est susceptible d'exister également en présence de conflits entre intérêts de poids équivalents ; ce qui empêche par conséquent le modèle conceptuel proposé d'atteindre ses objectifs en matière de prévisibilité des traitements.

215. Une subjectivité potentielle en cas de conflit entre intérêts de poids équivalents. — Lorsque les prérogatives permettant la réalisation des intérêts antagonistes en conflit occupent le même rang, on atteint alors les limites de la logique mécanique en vertu de laquelle, la prévalence devrait être donnée à la réalisation de l'intérêt jouissant de l'intensité de protection la plus forte. Pour dépasser cette difficulté, il a été envisagé un recours aux principes logiques d'interprétation comme critères de hiérarchisation des prérogatives relevant du même rang hiérarchique. Certains de ces principes comme le principe chronologique permettent d'éviter tout risque de subjectivité décisionnelle. La mobilisation d'autres en revanche laisse subsister ce risque de subjectivité. Tel est par exemple le cas du principe de la frustration minimale qui a recueilli nos faveurs, parce qu'il mettait directement l'accent sur une hiérarchie des intérêts et non sur une hiérarchie des prérogatives juridiques dont découlerait ensuite un ordonnancement des intérêts.

D'après ce principe, il faudrait en cas de conflit entre intérêts bénéficiant d'une égale protection au sein de l'ordonnancement juridique, donner la prévalence à l'intérêt dont la non-satisfaction est susceptible de générer le plus grand dommage. Mais, la mise en pratique de cette règle s'avère complexe. L'affaire *Evans c. Royaume-Uni*¹, qui a vu s'opposer des droits conflictuels tirés de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen en est une parfaite illustration.

Pour rappel, une requérante avant de subir une ablation des ovaires a fait procéder, dans le cadre d'une fécondation *in vitro*, au recueil de ses ovules qui ont par la suite été tous fécondés avec les spermatozoïdes de son mari. Ce dernier, à la suite de leur séparation, s'était opposé à l'implantation des embryons dans l'utérus de son ex-épouse et sollicitait leur destruction.

¹ CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, RTD civ. 2007, p. 295, note J.-P. MARGUENAUD ; RDSS 2007, n° 5, p. 810, note D. ROMAN.

Dans cette affaire, s'opposaient d'un côté, le droit pour la requérante de devenir parent au sens génétique du terme et de l'autre, le droit de son ex-mari à ne pas devenir parent. Puisque les parties étaient dans l'impossibilité de s'imposer des concessions réciproques, il revenait au juge de trancher ce conflit. Si on se réfère à la théorie de la frustration minimale pour déterminer parmi ces deux intérêts de même rang lequel devait l'emporter, on se rend alors compte de la difficulté d'aboutir à une solution dénuée de subjectivité.

D'un côté, on a une requérante qui en raison de l'ampleur de son investissement physique et émotionnel durant le traitement par fécondation *in vitro*, et surtout en raison de sa stérilité, ne pouvait plus être placée dans les conditions de devenir parent au sens biologique du terme. De l'autre, il y a un ex-mari qui risquait de devenir parent contre sa volonté avec les conséquences tant extrapatrimoniales — filiation, nom, autorité parentale, etc. — que patrimoniales — obligation alimentaire, responsabilité civile, succession, etc. — qui vont en découler.

Avant toute comparaison, il convient de relever que ces différents préjudices ne sont pas de même nature. Certains sont actuels, d'autres futurs, mais certains, d'autres encore sont de nature extrapatrimoniale et d'autres enfin de nature patrimoniale. Il est alors difficile¹, si tant est que cela soit possible², de les comparer. Certains pourraient à juste titre considérer que la destruction des embryons allait causer à la requérante un préjudice plus grand en raison de sa stérilité³, tandis que d'autres pourraient légitimement adopter la position inverse⁴.

¹ Les juridictions britanniques avaient souligné lors de l'examen de l'affaire *Evans* « la difficulté de comparer les effets qu'emporterait pour J. le fait d'être contraint de devenir père d'un enfant de la requérante et les effets qui résulteraient pour la requérante du fait d'être privée de toute chance d'avoir un enfant biologique ». CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, précit., §-80.

² En somme, « c'est comme si on jugeait que telle ligne est plus longue que telle pierre est lourde ». A. SCALIA, cité par S. VAN DROOGHENBROECK (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. TULKENS, F. OST, PFUSL, 2001, p. 279.). De manière générale, la difficulté soulevée est celle de l'incommensurabilité des intérêts. Voir sur ce point, J. BOMHOFF, L. ZUCCA, *Evans c. UK. The tragedy of Mrs Evans : conflicts and Incommensurability*, *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 424. - S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 279. - C.-A. MORAND, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in, *Mélanges J.-F. AUBERT*, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 57.

³ Voir l'opinion dissidente commune des quatre juges ayant voté dans le sens d'une violation de l'art. 8 de la Conv. EDH.

⁴ Voir, CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, précit., §-90. À noter que la Cour est arrivée à cette décision en se retranchant derrière la marge d'appréciation des États d'une part, et d'autre part, en retenant une lecture biaisée de la situation conflictuelle. En effet, au lieu de retenir l'existence d'un affrontement entre le droit de devenir parent au sens génétique du terme et le droit de ne pas devenir parent, elle a préféré opposer ce dernier au droit de devenir parent au sens générique du terme. Partant, en relevant que la requérante avait encore la possibilité d'adopter ou de recourir à une FIV exogène, la Cour atténuait ainsi l'importance du préjudice réellement subi pour conclure à une non-violation des droits fondamentaux.

À propos de l'instrumentalisation de la représentation des intérêts conflictuels, voir par exemple, B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2015, n° 280-281.

Il apparaît alors que le principe de la frustration minimale n'offre pas de critères objectifs permettant de trancher le conflit entre intérêts de même rang. En effet, il reste possible, en fonction du résultat que l'on souhaite atteindre, de minimiser certains préjudices et donner ainsi une apparente objectivité à la décision.

En définitive, la mise en œuvre du modèle conceptuel proposé est susceptible, en raison du risque de subjectivité décisionnelle, d'aboutir à des résultats imprévisibles. Par conséquent, la modélisation conceptuelle ne constitue pas le meilleur remède à l'incertitude des traitements juridictionnels des conflits familiaux, d'autant plus que cette méthode de systématisation s'inscrit aujourd'hui à contrecourant des exigences du droit contemporain de la famille.

§- 2 : UN MODELE INCOMPATIBLE AVEC LES EXIGENCES DU DROIT CONTEMPORAIN DE LA FAMILLE

216. Le modèle conceptuel proposé repose sur une hiérarchie préétablie et définitive entre les intérêts antagonistes. Et c'est en cela qu'il n'est guère adapté à la régulation des rapports familiaux. Un tel modèle souffrirait par conséquent d'un manque de légitimité, parce qu'il conduit, à contrecourant des exigences contemporaines du droit de la famille, à une régulation abstraite et rigide des rapports familiaux. En effet, on sait bien que les exigences d'un droit souple et factuel¹ s'accommodent mal de la rigidité des constructions abstraites².

Ainsi, la proportionnalité, qui est au cœur du raisonnement de la Cour de Strasbourg³, envahit peu à peu la jurisprudence interne à tel point que le Premier président de la Cour de cassation a plusieurs fois, émis le souhait d'une intégration de cette méthode dans le champ de contrôle de la juridiction qu'il préside⁴. Concrètement, il est question d'adapter le raisonnement

¹ Voir par exemple, K. GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, préf. J.-P. MARGUENAUD, Larcier, 2008, p. 483 et s.

² Rappr. P. JESTAZ, J.-P. MARGUENAUD, C. JAMIN, *Révolution tranquille à la Cour de cassation*, D. 2014, p. 2061 et s.

³ Pour une analyse approfondie du contrôle de proportionnalité, voir par exemple, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit. - P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. SUDRE, PUAM, 2005.

⁴ B. LOUVEL, *Pour une juridiction à l'écoute de son temps*, D. 2014, p. 1632. - B. LOUVEL, *Réflexions à la Cour de cassation*, D. 2015, p. 1326. - B. LOUVEL, *Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle*, JCP (G) 2015, p. 1906.

L'idée défendue par l'auteur est la suivante : pour éviter que notre souveraineté juridictionnelle ne soit remise en cause à travers les condamnations de la Cour de Strasbourg, il est impératif que la Cour de cassation se serve pleinement de la marge d'appréciation laissée aux juridictions internes. En effet, parce que le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme est un contrôle subsidiaire, elle se dispense de procéder à l'examen complet de toutes les données de la situation lorsque le juge national y a procédé lui-même (B. LOUVEL, *Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle*, op. cit., p. 1907 - B. LOUVEL, *Réflexions à la Cour de cassation*, op. cit., p. 1326). Or, le syllogisme judiciaire tel qu'il est appliqué aujourd'hui par la Cour de cassation ne permet pas d'atteindre un tel objectif.

sylogistique en intégrant dans la majeure, en plus de la règle de droit applicable, le particularisme des faits. Ce qui conduit à retenir que l'exigence actuelle dans les branches du droit, qui à l'instar du droit de la famille¹ ont été marquées par le fabuleux développement des droits fondamentaux, consiste à ne pas sacrifier l'adaptabilité des arbitrages ou la justice du cas concret, au profit d'une sécurité juridique souvent obtenue au prix d'un abus de déductions logiques. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a toujours retenu que « *la Convention a pour objet de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »².

Même s' « *il semble contestable que de simples faits soient en mesure d'entraîner des perceptions différentes des droits* »³, on ne peut pas ignorer en raison de l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, cette exigence d'atteindre dans chaque situation non pas un équilibre idéal, mais un équilibre réel.

Fort de ce constat, on ne peut que conclure à l'inadaptation de la modélisation conceptuelle comme méthode de systématisation du traitement des conflits en droit de la famille. En effet, il semble contraire aux exigences actuelles de notre droit de la famille qu'un poids théorique attribué aux intérêts puisse, par effet de déduction logique, aboutir à un arbitrage inflexible entre les intérêts en conflit ; l'arbitrage entre intérêts conflictuels doit nécessairement intégrer les paramètres propres à chaque situation conflictuelle. Partant, l'importance d'un intérêt ne peut être standardisée dans le sens où cette évaluation ne doit pas se faire abstraitement, mais concrètement au regard des autres intérêts impliqués.

Cependant, il convient de préciser que la négligence du poids des faits qui justifie l'inadaptation de la modélisation conceptuelle au traitement des conflits familiaux peut être utilement dépassée. Il suffit pour cela de considérer qu'une présomption simple de prévalence

¹ À propos de la place grandissante occupée par les faits dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme relatives au droit de la famille, voir J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », in, *Mélanges J.-C. GAUTRON*, éd. Pédone, 2004, p. 105 et s., spéc. p. 107.

² CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73. - CEDH, gr. ch., 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, spéc. §-100, RTD civ. 2001, p. 448, note J.-P. MARGUENAUD ; RTDH 2002, p. 999, note F. BENOIT-ROHMER. - CEDH, 13 juill. 2006, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, spéc. §-38-41, RTD civ. 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUENAUD ; RTD civ. 2007, p. 99, obs. J. HAUSER.

³ K. GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, op. cit., p. 483.

Il convient de noter que certains auteurs dénoncent avec force la remise en cause du syllogisme classique à laquelle aboutit cette importance donnée aux faits. Voir par exemple, P. MALAURIE « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne » JCP (G) 2016, n° 12, p. 318. - P.-Y. GAUTIER, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015, p. 2189. - P.-Y. GAUTIER, « Eloge du syllogisme », JCP (G) 2015, p. 1494. - V. REBEYROL, « Une réforme à la Cour de cassation ? », JCP (G) 2015, p. 1583. - S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », D. 2015, p. 278.

est attachée à l'intérêt qui est désigné prépondérant à l'issue de la concrétisation du modèle conceptuel ; ce qui signifie que cet intérêt ne l'emportera pas systématiquement et que certaines circonstances peuvent justifier qu'il soit sacrifié. Toutefois, il faut bien se rendre compte que cette mise en conformité du modèle conceptuel avec l'exigence de prise en compte des faits, se fait au détriment de la prévisibilité du traitement des conflits familiaux ; ce qui en l'espèce, ôte tout intérêt à la démarche.

CONCLUSION DU CHAPITRE

217. Un conflit n'étant rien d'autre qu'une opposition d'intérêts, il est possible de rendre prévisible son traitement en établissant une hiérarchie entre les différents intérêts en jeu. L'une des possibilités pour ce faire consiste à prétrancher l'affrontement entre les intérêts en leur attribuant un poids théorique. C'est dans cette optique qu'un modèle conceptuel de traitement des conflits a été proposé. Suivant ce modèle, une préférence peut être attribuée aux intérêts conflictuels en fonction du rang occupé dans l'ordre juridique par la prérogative permettant leur réalisation.

Cependant, il est très vite apparu que cette méthode de systématisation du traitement des conflits est loin d'être adaptée en matière familiale. Tout d'abord, il faut bien admettre que celui qui adopte une telle méthode se retrouve très rapidement confronté à des difficultés dans sa mise en œuvre concrète. En effet, le risque de subjectivité dans le classement des prérogatives juridiques couplé au problème d'incommensurabilité des intérêts viennent sonner le glas des belles promesses attachées à cette méthode. Ensuite, il faut bien reconnaître qu'en raison de la place prépondérante qu'occupent les droits fondamentaux dans notre système juridique, les arbitrages fixes et absolus qui font l'économie d'appréciations casuistiques sont aujourd'hui inadaptés aux exigences de notre droit contemporain de la famille.

Dans ces conditions, la méthode idoine de systématisation du traitement des conflits familiaux devrait à la fois concilier les objectifs de prévisibilité et de flexibilité des traitements.

CHAPITRE II : LA METHODE PRAGMATIQUE DE SYSTEMATISATION

218. La méthode pragmatique entend donner une réponse prévisible aux conflits familiaux à partir d'une théorisation du raisonnement décisionnel tel qu'il est mené en pratique par les juges saisis de ces conflits. Cette approche de la systématisation entend reposer sur un ordonnancement non pas théorique, mais positiviste des intérêts. C'est en cela que la méthode pragmatique s'oppose à la méthode conceptuelle de systématisation qui prétend, à partir d'un ordonnancement dogmatique des intérêts, donner une solution prévisible aux conflits.

Concrètement, la méthode pragmatique implique une théorisation du processus décisionnel à partir des principes essentiels qui se dégagent du traitement donné aux conflits familiaux en droit positif¹. Pour ce faire, il faudra dans un premier temps, identifier puis ordonner en modèle décisionnel cohérent les principes ou règles essentielles autour desquels un traitement est donné aux conflits familiaux (Section I). Dans un second temps, il sera question d'éprouver le modèle ainsi proposé afin d'évaluer son aptitude à servir de référent efficace dans le traitement des conflits familiaux (Section II).

SECTION I : L'ELABORATION D'UN MODELE FONCTIONNEL DE TRAITEMENT DES CONFLITS FAMILIAUX

219. La modélisation fonctionnelle vise à restaurer une cohérence d'ensemble dans le traitement des conflits familiaux par le truchement de principes² qui, en balisant ledit

¹ Rapprocher de la méthode dite de l'induction amplifiante. L. SILANCE, « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante », in, C. PERELMAN (dir.) *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 489 et s.

² Sur les principes en droit, voir par exemple, P.-M. MABAKA, *Grands principes juridiques*, éd. Espérance, 2015. - J.-M. PONTIER (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007. - E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire : étude d'une catégorie juridique*, th. dactyl. Aix-Marseille, 2000. - P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. SOURIOUX, éd. Panthéon-Assas, 1999. - B. OPPETIT, « Les principes généraux en droit international privé », APD 1987, vol. 32, p. 179 et s. - R. RODIERE, « Les principes généraux du droit privé français », RIDC 1980, n° spéc., vol. II, p. 309 et s. - J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in, *Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, 1950, t. I, p. 51 et s. - G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, chap. VI : « Les principes juridiques ».

traitement, indiqueraient « la route à suivre » et permettraient *in fine* de deviner la solution qui sera probablement donnée au conflit. Concrètement, il sera question de faire ressortir du droit positif des principes de traitement, c'est-à-dire des règles qui commandent le traitement des conflits en droit de la famille (§-1), puis de les articuler en système opérationnel (§-2) susceptible de guider efficacement le juge dans le dénouement de ces conflits.

§-1 : L'IDENTIFICATION DES PRINCIPES DE TRAITEMENT DES CONFLITS FAMILIAUX

220. D'après un auteur¹, on rencontre en toutes matières, des principes qui commandent la solution juridique à adopter, et des principes destinés à corriger les excès ou les anomalies des solutions légales ; les premiers constituent des principes directeurs, et les seconds des principes correcteurs. Suivant cette logique, il existerait également en droit de la famille, des principes qui auraient pour fonction d'imprimer une direction au traitement des conflits familiaux (A) et d'autres qui auraient une fonction modératrice ou correctrice en ce sens qu'ils permettraient de s'écarter du principe posé, lorsque sa mise en œuvre pourrait s'avérer dans le cas concret injuste ou inadaptée (B).

A- LES PRINCIPES DIRECTEURS DU TRAITEMENT DES CONFLITS FAMILIAUX

221. Au cœur des tensions familiales, le juge s'efforce de réguler les rapports entre parents, enfants, membres de la famille et ceux qui prétendent l'être. Son office dans ce contentieux peut à l'heure actuelle être articulé autour de principes directeurs comme le principe de primauté des besoins de l'enfant (1), le principe de liberté (2), le principe d'égalité dans les relations familiales (3), et enfin le principe de confiance légitime (4).

1) Le principe de primauté des besoins de l'enfant

222. Considérations générales. — Avant d'être un commandement explicite² faisant l'objet d'un large consensus¹, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les

¹ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 113.

² Voir, les articles 3-1 de la CIDE, (« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». À propos de l'admission de l'applicabilité directe de cet article en droit interne, voir, Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20613, D. 2005, p. 1909, note V. ÉGEA ; Dr. fam. 2005, comm. 156, note A. GOUTTENOIRE ; JCP (G) 2005, note F. GRANET-LAMBRECHTS, Y. STRICKLER) et 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »).

affaires le concernant a très tôt été érigée en principe général du droit², c'est-à-dire en règle non-écrite, mais admise comme s'imposant dans la prise de décision concernant l'enfant. Aujourd'hui, les superlatifs ne manquent pas pour traduire l'importance actuelle de ce principe. Certains y voient « un principe matriciel en droit des mineurs »³, d'autres, un concept « essentiel »⁴ ou « fédérateur »⁵ ; pour d'autres encore il s'agit de « la clé de voute »⁶ du droit contemporain de la famille. À n'en pas douter, l'intérêt de l'enfant constitue une notion centrale du droit positif⁷, un critère de décision à l'aune duquel le législateur tranche ou arbitre toutes les questions relatives à l'enfant. Or, l'intérêt de l'enfant n'est pas une réalité facile à cerner. Même s'il arrive au législateur de poser une présomption quant à son contenu⁸, très souvent, il appartient aux juges du fond de déterminer ce que recouvre concrètement l'intérêt de l'enfant. Une telle appréciation est loin d'être simple. Un auteur avait pu démontrer, au lendemain de la loi du 11 juillet 1975 qui avait fait de l'intérêt de l'enfant le critère unique et exclusif d'attribution de la garde des enfants mineurs après le divorce (ancien art. 287 du C. civ.), l'existence d'importantes divergences d'interprétation, à plus forte raison lorsque les parents sont également aimants et présentent d'égales qualités éducatives⁹.

Partant du constat suivant lequel le concept d'intérêt de l'enfant n'est pas toujours facile à saisir¹⁰, du moins de manière objective, il est délicat d'en faire un concept structurant dans la systématisation du traitement des conflits familiaux. Est alors préférée la notion de « besoins de l'enfant ». Ce choix se justifie tout d'abord par le fait que la notion de besoin possède, une force évocatrice bien supérieure à celle de l'intérêt. Ce sentiment d'avoir affaire, lorsqu'on recourt au besoin, à une notion au contenu saisissable s'explique par le fait que le besoin se

¹ Selon la Cour EDH, « il existe actuellement un large consensus - y compris en droit international - autour de ce principe [de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant] ». CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07 (spéc. §-135), JCP (G) 2011, p. 94, obs. F. SUDRE.

² A.-C. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *Revue générale de droit civil belge*, 1988-2, p. 186 et s.

³ P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2^e éd., Dalloz, 2014, p. 62, n° 92.

⁴ H. FULCHIRON « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 2009, n° 342, p. 15 et s.

⁵ S. GARGOULLAUD, B. VASSALLO, *Réinventer la famille ?*, La documentation française, 2013, p. 59.

⁶ C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? » RLDC 2011, supplément n° 87, p. 27 et s.

⁷ F. VASSEUR-LAMBRY, *La famille et la convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'Harmattan, 2000, spéc. p. 311 et s.

⁸ En matière d'exercice de l'autorité parentale par exemple, le législateur présume qu'il est de l'intérêt de l'enfant que la séparation des parents ne remette pas en cause le principe d'un exercice conjoint (art. 373-2 du C. civ.).

⁹ I. THERY, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », in, *Du divorce et des enfants*, Cahier de l'INED, n° 111, PUF, 1985, p. 33 et s., spéc. pp. 53-58.

¹⁰ Voir par exemple, J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 29 et s. - C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *op. cit.* - M. FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », D. 2015, p. 224 et s.

définit toujours en référence à une finalité qui fait consensus ou qui semble légitime. Le besoin exprime en creux « un projet vers quelque chose »¹ : besoin de sécurité, besoin d'appartenance, besoins sociaux, etc. En somme, le besoin c'est le désir d'atteindre une finalité considérée comme essentielle².

Ce choix s'explique ensuite par le fait que la notion de besoin permet de cerner, de la manière la moins arbitraire possible, celle plus floue de l'intérêt. En effet, la démarche consistant à faire de la primauté des besoins de l'enfant un principe censé guider la décision du juge ne s'inscrit pas en contradiction avec l'objectif de satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Suivant un auteur, faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale revient à donner la prévalence à ses besoins spécifiques³. Les besoins de l'enfant constituent donc des repères objectifs de ce que recouvre de manière générale l'intérêt de l'enfant. Dès lors, il serait plus utile de se référer directement aux besoins de l'enfant comme critère de décision. La préférence de la notion de besoins de l'enfant ainsi justifiée, il convient de préciser son contenu significatif.

223. Identification des besoins de l'enfant. — L'enfant étant un adulte en devenir, il ne serait pas, en raison de l'absence d'achèvement du processus de construction de sa personnalité, pleinement autonome ; il se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis des adultes. Partant, naît un besoin de protection⁴, une revendication destinée à lui garantir un accomplissement satisfaisant de son processus d'autonomisation⁵. Et ce n'est qu'au travers de cette finalité que les besoins de l'enfant prennent corps. Ce qui signifie que constituent des besoins de l'enfant, des avantages dont la satisfaction est indispensable à sa maturation, à la construction de sa personnalité et à sa préservation. Ces avantages sont facilement identifiables ; il s'agit de procurer à l'enfant les moyens indispensables à son existence, et à son développement⁶. D'après un auteur, cette approche de l'intérêt des enfants par le prisme

¹ C. MEGDICHE, « *Essai sur la notion de besoin* », Sociétés, revue des sciences humaines et sociales, 2002, n° 75, p. 85-90. URL : www.cairn.info/revue-societes-2002-1-page-85.htm.

² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1999, V° Besoin.

Pour une présentation ordonnée et critique de la philosophie des besoins, voir, A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1969, spéc. la première partie.

³ J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *op. cit.* - Rapp. B. ANCEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », LPA 2014, n° 62, p. 6 et s., spéc. I-A.

⁴ À propos du processus de consécration des besoins en droit, voir, A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, *op. cit.*

⁵ On vise là, le processus qui permet à l'enfant de devenir un adulte. Et, selon la jolie formule du professeur J.-L. RENCHON (J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 33, spéc. n° 20), on peut définir l'adulte comme un être autonome c'est-à-dire « un être psychiquement séparé, capable d'assumer la frustration et la perte, capable de supporter la différence et l'altérité, capable de tolérer que ce qu'il veut puisse lui être enlevé ou retiré, capable de faire face aux crises ou aux ruptures sans perdre son identité ».

⁶ Peu importe la manière de présenter les besoins de l'enfant, on en revient peu ou prou à ces éléments. Par exemple, un auteur (C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? » RLDC

de leurs besoins, en permettant aux adultes de se décentrer le plus possible d'eux-mêmes pour se mettre à la hauteur et à l'écoute de l'enfant, traduit le mieux la philosophie profonde de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant¹. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme ne s'y trompe pas lorsqu'en matière de garde, elle relève au titre des besoins de l'enfant, la nécessité de lui garantir une évolution dans un environnement sain, et la nécessité de maintenir ses liens avec sa famille².

Suivant cette posture mentale qui consiste à intégrer la spécificité des sujets de droit en voie d'accomplissement que constituent les enfants, il est permis de relever, au titre de leurs besoins, que le droit positif tend à leur reconnaître le droit de pouvoir évoluer dans un environnement sain, le droit à une construction identitaire, et le droit à la continuité de leurs liens affectifs³. Reprenons tour à tour ces différentes composantes des besoins de l'enfant.

Tout d'abord, le droit pour l'enfant de pouvoir évoluer dans un environnement sain impliquerait pour les parents « de ne pas prendre des mesures préjudiciables à sa santé et à son développement »⁴. De manière générale, les adultes auraient l'obligation de ne pas exposer l'enfant à un danger physique ou psychologique — moralité, développement intellectuel —. La notion de danger permet donc de caractériser l'insanité de l'environnement de l'enfant et justifierait selon les prescriptions du législateur, le retrait de l'autorité parentale (art. 378-1 du C. civ.) ou le prononcé de mesures d'assistance éducative (art. 375 du C. civ.). Ensuite, le droit à une construction identitaire induit un accomplissement satisfaisant du processus psychologique qui permet à l'enfant de construire sa propre personnalité en se situant par rapport à ses semblables. La réalisation de ce processus nécessite tout d'abord qu'il soit permis à l'enfant d'avoir accès à son histoire personnelle⁵ et de connaître ses origines¹.

2011, supplément n° 87, p. 27.) relevait que « l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion fonctionnelle. Le but poursuivi est le bien-être moral, physique et social de chaque enfant ». Voir aussi, J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 32, spéc. n° 17 - M. DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », D. 1959, chron. 26, p. 179 et s., spéc. pp. 181-182. - B. ANCEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », LPA 2014, n° 62, p. 6 et s.

¹ J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 32, spéc. n° 16.

² CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, spéc. §-67, AJ. fam. 2008, p. 83, obs. A. BOICHE ; GACEDH, comm. n° 52.

³ L'enfant est créancier de ces besoins. Ses parents peuvent être considérés comme les débiteurs principaux et l'État comme le débiteur accessoire qui n'intervient qu'en cas de défaillance des débiteurs principaux. Ce principe de subsidiarité a même été consacré à l'article 18,1 de la CIDE.

⁴ CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, *précit.*

⁵ Comme l'a souligné un auteur (L.-J. DORAIS, « La construction de l'identité », in, D. DESHAIES, D. VINCENT (dir.), *Discours et constructions identitaires*, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 1 et s., spéc. p. 3), « la construction identitaire reflète l'histoire personnelle de chacun. Cette histoire comprend plusieurs éléments différents : l'interaction de la personne avec ses parents, l'apprentissage des rôles liés à son sexe, l'éducation reçue dans son milieu ». Voir aussi, D. DE ROUSSIN, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 7 et s. - G. LOISEAU

Ensuite, parce qu'il semblerait que ce ne soit pas seulement la connaissance de son histoire personnelle ou l'accès à ses origines qui contribue à la construction identitaire², mais aussi la possibilité d'obtenir la reconnaissance sociale de son ascendance en s'inscrivant juridiquement dans une lignée, la réalisation du processus psychologique de construction identitaire nécessite également que soit reconnu à l'enfant, la possibilité d'établir sa filiation à l'égard de ses auteurs³.

Toutefois, il convient de souligner que si la connaissance des origines et la filiation participent à la construction identitaire, cette construction, pour être opérante, nécessite du droit une garantie de stabilité quant aux éléments de l'identité⁴ déjà fixés⁵. C'est cette logique de stabilité nécessaire au développement harmonieux de l'enfant qui explique l'unification par le législateur, des délais de prescription des actions en matière de filiation (art. 321 du C. civ.), et le verrouillage des filiations lorsque le titre est corroboré par l'existence d'une possession d'état (art. 333 du C. civ.). Cette même logique préside au renforcement de la stabilité dans le temps⁶ et dans l'espace¹ du nom, élément important de la construction identitaire² d'un individu.

« L'identité... finitude ou infinitude », in, B. MALLEY-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, op. cit., p. 29 et s.

¹ En plus de l'art. 7-1 de la CIDE qui reconnaît à l'enfant le droit de connaître ses parents (Sur l'effectivité de ce droit, voir P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », LPA 2010, n° 200, p. 17 et s.), de nombreux arrêts de la Cour EDH ont consacré ce droit. Voir par exemple, CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83 - CEDH, 7 févr. 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, RTD civ. 2002, p. 866, note J.-P. MARGUENAUD.- CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, JCP (G) 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE. - CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, JCP (G) 2012, p. 1083, obs. K. BLAY-GRABARCZYK. Voir aussi, P. MURAT « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in, B. MALLEY-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, op. cit., p. 51 et s.

² Selon un auteur, « il semblerait que ce ne soit pas seulement la connaissance des origines ou l'accès à ses origines qui contribue à la construction identitaire mais la possibilité de s'affirmer dans une lignée, de s'inscrire dans une continuité transgénérationnelle ». M. LASBATS, « Les grands-parents dans notre société », AJ fam. 2008, p. 147 et s.

³ Pour un approfondissement du droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation, voir, P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2^e éd., Dalloz, 2014, p. 159, n° 238 et s.

⁴ Sur le contenu de l'identité, voir par exemple, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis 2013, p. 569, n° 937.

⁵ À propos de la filiation par exemple, un auteur avait justement fait remarquer qu'« on peut déduire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, le droit pour l'enfant de voir sa filiation établie à l'étranger, reconnue dans l'État dans lequel il réside avec son parent ». A. GOUTTENOIRE, « Le droit européen des droits de l'homme », in, I. MARIA, M. FARGE (dir.), *Le lien familial hors du Code civil de la famille*, Institut universitaire Varenne, 2014, p. 167 et s., spéc. p. 175, n° 20.

⁶ Le besoin de garantir dans le temps une certaine stabilité du nom de l'enfant justifie qu'on exige en droit interne le consentement de l'enfant de plus de treize ans lorsqu'à la suite de l'établissement d'un second lien de filiation, les parents décident de procéder au changement de son nom (art. 311-23 al. 3 du C. civ.). En revanche, soulignons que l'anéantissement du lien de filiation de l'enfant entraîne automatiquement son changement de nom (la Cour de cassation a laissé entendre que l'intérêt de l'enfant pouvait servir de correctif à la rigidité de cette règle : Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2010, Dr. fam. 2010, Comm. 102, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2010, p. 521, obs. J. HAUSER ; RJP 2010, n° 9, p. 12, obs. I. CORPART.), sauf s'il est majeur (l'article 61-3, al. 2 du C. civ. exige le consentement des enfants majeurs pour le changement de leur nom).

Enfin, le droit à la continuité des liens affectifs implique qu'il soit garanti à l'enfant, en dépit des vicissitudes de la vie, la pérennité des relations familiales³ ; cela concerne aussi bien les liens affectifs avec les membres de la famille que les liens affectifs avec les tiers, proches de la famille.

À ce propos, soulignons que l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses père et mère⁴. En effet, en retenant à l'article 373-2 du C. civ. que « *la séparation des parents est sans incidence (...) et que chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent (...)* », le législateur a voulu garantir la pérennité des liens affectifs entre parents et enfant en dépit de la faillite du couple conjugal. Pour ce faire, lorsque la résidence habituelle de l'enfant est fixée au domicile d'un de ses parents, l'autre, qu'il exerce ou non l'autorité parentale, dispose d'un droit de visite et d'hébergement qui ne peut lui être refusé que pour motifs graves (art. 373-2-1 al. 2 et 373-9 al. 3 du C. civ.). Au niveau européen, le maintien des relations personnelles entre un enfant et ses parents est également garanti, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme considère que « *pour un parent et un enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale, même si la relation entre les parents s'est rompue* »⁵. Dès lors, les États ont l'obligation positive de prendre, les mesures nécessaires pour assurer l'exécution du droit de visite du parent non hébergé⁶ et en cas d'enlèvement international, les mesures nécessaires au retour de l'enfant⁷.

En plus du droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses père et mère, lui a aussi été garanti le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, mais

¹ CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rev. crit. DIP 2004, p. 192, note P. LAGARDE ; JDI 2004, p. 1225, note S. POILLOT-PERUZZETTO. - CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, Rev. crit. DIP 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; JDI 2009, p. 203, note L. D'AVOUT ; JCP (G) 2009, II, 10071, note A. DEVERS ; Dr. fam. 2009, comm. 50, obs. F. VIANGALLI.

² Voir par exemple, CEDH, 5 déc. 2013, *Henry Kismoun c. France*, n° 32265/10, AJ fam. 2014. 194, obs. C. DOUBLEIN ; RJPF 2014-2/10, obs. I. CORPART ; RTD civ. 2014, p. 332 obs. J. HAUSER - CEDH, 6 mai 2013, *Garnaga c. Ukraine*, n° 20390/07, JDI (Clunet) 2014, n° 3, chron. 6, obs. F. ISSA.

³ Pour une analyse approfondie de la consécration au niveau européen du droit de l'enfant à la pérennité des relations familiales, voir par exemple, S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, 1998, p. 377 et s.

⁴ Pour un fondement supranational à ce droit, voir par exemple l'article 9 de la CIDE.

⁵ CEDH, 2 sept. 2003, *Guichard c. France*, n° 56838/00, Dr. fam. 2004, comm. 98, note A. GOUTTENOIRE. - CEDH, 28 juin 2005, *Fourchon c. France*, n° 60145/00. - CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c. Suède*, n° 10465/83, spéc. §-59, JDI 1989, p. 789, obs. P. TAVERNIER.

⁶ Voir par exemple, CEDH, 28 juin 2005, *Fourchon c. France*, précit.

⁷ Voir par exemple, CEDH, 25 janv. 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, Dr. fam. 2000, chron. 26, obs. H. FULCHIRON, A. GOUTTENOIRE.

aussi avec les autres membres de la famille, ou encore avec les tiers¹ (art. 371-4 du C. civ.). Le but du législateur est d'éviter que l'enfant ne soit pris en otage par les adultes dans des conflits familiaux qui souvent le dépassent.

En définitive, faire du droit à un environnement sain, à une construction identitaire satisfaisante, à la pérennité des liens affectifs des besoins essentiels de l'enfant implique de donner la priorité à leur satisfaction dans toute décision le concernant. Ainsi, lorsque le devenir de l'enfant ou son bien-être est au cœur du conflit familial, il convient de mobiliser le principe de primauté des besoins de l'enfant pour trancher ledit conflit. Par exemple, en présence d'un conflit relatif à la filiation par le sang, à l'adoption, à l'autorité parentale — titularité, exercice, assistance éducative, choix en matière de santé, d'éducation et de fréquentations — la priorité devrait être donnée, dans le traitement dudit conflit, à la satisfaction des besoins de l'enfant.

Après avoir saisi les contours du principe de primauté des besoins de l'enfant et précisé son domaine d'application, il convient de renouveler cette démarche pour les autres principes directeurs.

2) Le principe de liberté dans les relations familiales

224. Considérations générales. — Face à la richesse de la notion de liberté, il est difficile, voire peu souhaitable de la saisir par le biais d'une définition analytique. Ainsi, comme l'a souligné un auteur, « *la liberté ne s'explique pas, elle se vit avant de se dire* »². Dans le cadre des rapports familiaux, elle se caractérise essentiellement par l'interdiction de toute forme de coercition ou de contrainte ayant pour but de faire agir l'individu contrairement à ses croyances, à sa conscience ou à sa volonté lorsqu'il s'agit du gouvernement de sa personne. Il s'agit donc principalement de reconnaître une priorité aux choix personnels de l'individu pour tout ce qui concerne directement le gouvernement de sa personne, même si ses choix impactent les intérêts des membres de sa famille³. Ce qui conduit à garantir aux individus dans le cadre de leurs rapports familiaux, une maîtrise de leur corps, une liberté affective, et une liberté de croyance et de religion.

¹ Sur ce point voir par exemple, A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, *Rép. civ. Dalloz, V° Autorité parentale*, n° 309 et s. - A. GOUTTENOIRE, « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », *AJ fam.* 2008, p. 138.

² P. CHAUNU, *La liberté*, éd. Fayard, 1987, p. 15.

³ Voir par exemple, J.-L. RENCHON, F. REUSENS, G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », in, J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 131 et s., spéc. p. 134.

225. Une maîtrise de son corps. — La primauté de la personne et le respect de sa dignité conduisent à concevoir la maîtrise du corps comme un droit fondamental de la personnalité¹. Cela signifie que même dans les relations de famille, il est impossible de contraindre physiquement un membre du groupe à réaliser une prestation². À titre d'illustration, rappelons qu'il est interdit dans le cadre d'une action en recherche de filiation, de contraindre l'un des protagonistes à se soumettre à une expertise génétique³ ; et ce refus de se soumettre à une expertise génétique ne saurait justifier un établissement systématique de la filiation au détriment du prétendu parent qui s'y oppose⁴.

Cependant, ce droit de disposer de son corps reconnu à l'individu n'empêche pas qu'un État, en raison des considérations tenant à la moralité ou à l'ordre public, puisse y porter des limites. S'il est par exemple reconnu à l'homme et à la femme une liberté de ne pas procréer en recourant à des moyens contraceptifs, cette maîtrise du corps ne rend pas la femme titulaire d'un droit absolu de ne pas poursuivre sa grossesse. En effet, il est permis de déduire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qu'en dehors de l'hypothèse d'un danger pour la vie de la mère, les États sont libres de garantir ou non un droit à l'avortement aux femmes⁵. Et lorsqu'ils le garantissent, la femme qui remplirait les conditions exigées par le droit interne aurait un droit discrétionnaire d'interrompre sa grossesse, même en cas d'opposition de son mari⁶.

En définitive, il est possible de retenir dans les relations de famille que lorsque la garantie de l'inviolabilité du corps est susceptible de heurter les intérêts de l'enfant simplement conçu ou

¹ G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne : concept et applications. Deuxième partie », in, J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 29 et s.

² Pour une analyse approfondie, voir par exemple, J.-R. BINET, « La protection de la personne : principes », J.-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-14, fasc. 10. - H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 4^e éd., LGDJ, 2013, p. 424 et s.

³ CEDH, 24 août 2010, *I.L.V. c. Roumanie*, n° 4901/04, spéc. §-45-46.

⁴ En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme exige qu'en plus du refus, les juridictions étatiques se fondent sur un faisceau d'indices pour arrêter leur solution ; Voir par exemple, CEDH, 25 juin 2015, *C. Canonne c. France*, n° 22037/13, spéc. §-31, AJ fam. 2015, p. 499, obs. S. LE GAC-PECH ; EDFP 2015, n° 8, p. 2, obs. J.-M. LARRALDE. - Dr. fam. 2015, Alerte 62, obs. J. COUARD.

⁵ CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, *A.B.C. c. Irlande*, n° 25579/05 (spéc. §-241 : « En conséquence, considérant que les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande, la Cour estime qu'en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie (paragraphes 222-227) et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être sur son territoire, l'État irlandais n'excède pas la marge d'appréciation dont il jouit en la matière. Aussi considère-t-elle que l'interdiction litigieuse a ménagé un juste équilibre entre le droit des premières et deuxième requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître. »), JCP (G) 2011, n° 3, act. 58, obs. M. LEVINET ; JCP (G) 2011, n° 4, act. 94, obs. F. SUDRE.

⁶ CEDH, 5 sept. 2005, *Boso c. Italie*, n° 50490/99, RTD civ. 2003, p. 371 et s., obs. J.-P. MARGUENAUD. - CEDH, 19 mai 1992, *H. c. Norvège*, n° 17004/90.

l'intérêt général de santé publique¹, la Cour européenne des droits de l'Homme laisserait les États libres quant à la manière de régir la situation, sauf si la non-garantie du droit de disposer de son corps expose directement la vie du requérant.

En plus de garantir à l'individu la maîtrise de son corps y compris en cas de contrariété avec les intérêts du groupe familial, la liberté lui garantirait également le droit de nouer des relations de famille.

226. Une liberté affective. — Une autre déclinaison du principe de liberté dans les relations familiales consiste à garantir tout d'abord aux individus une liberté de nouer des liens affectifs avec les personnes de leur choix. Ainsi, il est reconnu aux individus une liberté de s'aimer, de vivre ensemble et de se marier avec la personne de leur choix (art. 12 de la Conv. EDH). En ce qui concerne la liberté de se marier, il convient de rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme sanctionne les atteintes substantielles portées par les États à ce droit. En effet, si la Cour reconnaît aux États le droit de s'assurer de l'authenticité de l'intention matrimoniale, elle sanctionne toute mesure ayant pour effet de restreindre le droit de se marier². Ainsi, il a pu être jugé que les États ne pouvaient restreindre pour des motifs de sécurité, la liberté de mariage des prisonniers³. De même, le fait de subordonner le mariage des étrangers à une procédure complexe et onéreuse constitue une atteinte disproportionnée à leur liberté de s'unir⁴. En ce qui concerne la liberté de se marier entre personnes de même sexe, il convient de rappeler que si la Cour européenne des droits de l'Homme n'impose pas aux États la reconnaissance du droit au mariage entre personnes de même sexe, elle met en revanche à leur charge l'obligation de satisfaire le besoin de reconnaissance juridique et de protection des relations entre personnes de même sexe⁵. Il doit s'agir d'une reconnaissance juridique non pas symbolique, mais effective dans le sens où cette reconnaissance implique que soient accordés des droits aux couples homosexuels comme le soutien matériel mutuel, l'obligation alimentaire, les droits successoraux et une certaine protection en cas de rupture.

¹ M.-L. MOQUET-ANGER, « Intérêt général et droit à la santé publique », in, *Mélanges Didier TRUCHET*, Dalloz 2015, p. 387 et s.

² Précisons toutefois qu'en raison d'une communauté de vue non encore consolidée sur la question, on ne peut pas considérer pour le moment l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe comme constituant une violation de l'article 12 de la Conv. EDH.

³ CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c. Pologne*, n° 22933/02, Dr. fam. 2010, comm. 37, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

⁴ CEDH, 14 déc. 2010, *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, n° 34848/07, JCP (G) 2010, p. 1321, obs. C. PICHERAL ; Dr. fam. 2011, alerte 8, obs. M. BRUGGEMAN.

⁵ CEDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, D. 2015, p. 2160, note H. FULCHIRON, Dr. fam. 2015, alerte 68, obs. J. COUARD, Dr. fam. 2015, repère 11, obs. J.-R. BINET.

La liberté affective conduit ensuite à garantir aux individus une liberté de dénouer leurs liens affectifs. Ainsi, dans les rapports parents-enfants, on ne peut contraindre physiquement un parent à aimer son enfant. S'il est seul titulaire de l'autorité parentale, il peut consentir à son abandon. Dans le cas contraire, il peut s'en désintéresser affectivement du moment qu'il exécute à son égard les obligations légales qui lui incombent en qualité de parent.

Dans les rapports de couple, la pérennité des relations dépend du bon vouloir des intéressés y compris dans le cadre du mariage pourtant considéré comme le mode de conjugalité le plus protecteur. En effet, au niveau national et européen, il est possible – même si la Cour européenne des droits de l'Homme a récemment affirmé que les articles 8 et 12 de la Convention ne pouvaient être interprétés comme conférant aux individus un droit au divorce¹ –, de soutenir l'existence d'un « droit au divorce »² entendu dans le sens de l'obligation pour un État de prévoir les conditions auxquelles un individu peut prétendre au dénouement de son lien matrimonial. Dit autrement, le « droit au divorce » reposerait sur l'inconventionnalité d'une interdiction globale de divorcer.

Abondant dans le même sens, des auteurs ont pu relever qu' « à partir du jour où il se perçoit mal aimant ou mal aimé et dès lors mal marié, l'individu doit se voir reconnaître le droit de se dégager de son mariage en un minimum de temps et en un minimum de contraintes »³ ; la garantie de son « droit au bonheur »⁴ serait à ce prix. Ainsi, il a par exemple été jugé que l'incapacité des juridictions croates à mener à bien une procédure de divorce dans un délai raisonnable constitue une atteinte à la substance du droit de se remarier⁵.

En définitive, il convient de retenir que ce qui est fondamental, c'est l'interdiction de contraindre physiquement une personne à entretenir avec d'autres, des relations affectives. Ce constat reste aussi vrai pour tout ce qui a trait aux croyances de l'individu.

¹ CEDH, 10 janv. 2017, *Babiarz c. Pologne*, n° 1955/10.

² Voir, P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4^e éd., Defrénois, 2011, n° 534, p. 237 et s. - J. HAUSER, J.-Cl. Civil Code, Art. 229, fasc. unique, Cas de divorce : généralités, n° 4. - E. MILLARD, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995, p. 209, n° 287. - P. ARDANT, « Aspects de l'évolution récente du droit de la famille ; rapport français », in, *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t. XXXIX, 1988, p. 81 et s. - A. BENABENT, « La liberté individuelle et le mariage », RTD civ. 1973, p. 440.

³ J.-L. RENCHON, F. REUSENS, G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », *op. cit.* p. 134.

⁴ Sur le droit au bonheur, voir par exemple, J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, pp. 171-172. E. du PONTAVICE « Droit de la famille et droit au bonheur », in, *Mélanges P. VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 678 et s. - Réseau européen de Recherche des droits de l'Homme (dir.), *Le droit au bonheur* (Actes du colloque organisé les 3 et 4 décembre 2014 à la Faculté de droit de Limoges), Institut Universitaire Varenne, 2016.

⁵ CEDH, 27 nov. 2012, *V. K. c. Croatie*, n° 38380/08, Dr. fam. 2013, étude. 3, obs. A. GOUTTENOIRE.

227. Une liberté de croyance et de religion. — De nombreux textes (art. 9 de la Conv. EDH, art. 18, §-4 de la PIDCP, art. 10 de la DDHC) garantissent la liberté de croyance et de religion et dressent comme limite à cette liberté, les intérêts collectifs tels que l'ordre, la sécurité et la santé publique, ainsi que les libertés individuelles d'autrui. Transposé dans le cadre des rapports familiaux, il convient de souligner que chaque membre du groupe familial se voit garantir une liberté de croyance et de religion qui trouve ses limites génériques dans les intérêts de la collectivité tout entière et ses limites spécifiques dans les intérêts de la famille¹. Ainsi, dans les rapports de couple, chacun reste libre de pratiquer la religion qu'il s'est librement choisie à condition que ce choix n'ait pas d'incidence grave sur la vie conjugale et familiale². De même, dans les relations parents-enfants, de nombreux textes (art. 2 du Protocole 1 de la Conv. EDH, art. 13, §-3 de la PIDESC et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) reconnaissent aux parents le droit de donner une éducation à leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. Néanmoins, il convient de souligner que cette liberté trouve ses limites dans le droit à l'instruction des enfants³ notamment « le droit d'avoir une connaissance suffisante des faits religieux »⁴.

Dans un esprit de synthèse, il convient de retenir dans le cadre des rapports familiaux que si chacun est libre de pratiquer sa religion comme il l'entend, cette pratique doit, d'une part, être compatible avec l'impératif d'une vie familiale normale et, d'autre part, ne doit pas faire courir un danger à l'enfant. Dans le cas contraire, il faut retenir qu'on ne peut toutefois pas contraindre le pratiquant à renoncer à ses convictions religieuses ; soit il consent à revenir à une pratique compatible avec l'impératif d'une vie familiale normale ou à une pratique qui ne met pas en danger ses enfants, soit l'État prend des mesures destinées à protéger ces derniers.

¹ Pour une analyse approfondie de l'effectivité de la liberté de religion dans les rapports familiaux, voir, J.-M. HISQUIN, *Liberté de religion et droit de la famille*, th. dactyl. Lyon 3, 2012. URL : http://www.droit-tj.fr/IMG/pdf/these_hisquin.pdf

² Cass. 2^e civ., 25 janv. 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, 505, note BARBIER. Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2007, n° 05-18735, Dr. fam. 2007, comm. 168, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Pour une analyse approfondie, voir par exemple, J. VASSAUX, *Liberté individuelle et devoirs personnels des époux*, th. dactyl. Lille, 1989.

³ CEDH, 30 juin 1993, *Nilsson c. Suède*, n° 17678/91 ; CEDH, 8 sept. 1993, *Bernard et autres c. Luxembourg*, n° 17187/90, AJDA 1994, p. 30, chron. J.-F. FLAUS.

Pour une analyse approfondie, voir par exemple, G. GONZALEZ, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme » RFDA, 2010, n° 5, p. 1003 - G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, préf. L. DUBOIS, Economica, 1997 - M. LEVINET « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », in, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC, J.-P. AGRESTI (dir.), *Les rapports parents-enfants en quête de repères*, PUAM, 2011, p. 71 et s.

⁴ Voir par exemple, CEDH, 9 sept. 1992, *Herman Shuijs c. Belgique*, n° 17568/90.

En définitive, faire de la liberté un principe directeur dans le traitement des conflits familiaux suppose qu'on intègre l'idée suivant laquelle, le traitement d'un conflit ne peut avoir pour conséquence de contraindre directement l'une des parties à subir une atteinte physique ou psychique. Partant, ce principe serait mobilisable dans toute configuration conflictuelle dans laquelle les revendications d'une partie nécessiteraient pour leur satisfaction, l'imposition d'une contrainte physique ou psychique à son adversaire.

Après avoir saisi les contours du principe de liberté et précisé son domaine d'application, il convient de renouveler cette démarche pour le principe d'égalité élevé également au rang de principe directeur.

3) Le principe d'égalité dans les relations familiales

228. Il s'agit du principe directeur le mieux fixé aujourd'hui en ce sens qu'il y a un consensus sur ses contours et que sa mise en œuvre ne soulève plus de difficultés insurmontables. Concrètement, le principe d'égalité, qui implique de traiter de la même manière les personnes se trouvant dans des situations équivalentes, se décline dans les rapports familiaux en égalité procédurale et en égalité substantielle.

Pour ce qui est de l'égalité procédurale, il convient de souligner qu'il s'agit en l'espèce d'une transposition au droit de la famille des garanties procédurales reconnues à toute personne partie à un procès¹. En effet, de nombreux textes (art. 6 §-1 de la Conv. EDH, art. 14 et 26 du PIDCP) garantissent aux parties à un procès, le droit à un traitement égalitaire. Concrètement, serait inéquitable, le procès qui se déroulerait « dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse »² par rapport à son adversaire. Cela induit par exemple de ne pas priver injustement une partie du droit d'accès à un tribunal³, ou encore du droit d'obtenir un jugement à l'issue d'une procédure offrant les garanties d'équité,

¹ Voir par exemple, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, V° *Procès équitable* - L. CADIET (dir.) *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, V° *Procès équitable*. - S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, 2014, Chapitre 212, n° 212-10 et s. - S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, 8^e éd., Dalloz, 2015, p. 989 et s. - L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, 2013, p. 561 et s.

² CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers c. Belgique*, n° 12005/86.

³ Voir par exemple, CEDH, 13 oct. 2009, *Selin Asli Östürk c. Turquie*, n° 39523/03, Rev. crit. DIP 2010, p. 498, note F. MARCHADIER.

de célérité et de publicité¹, ou enfin du droit d'obtenir dans un délai raisonnable l'exécution dudit jugement devenu définitif².

Pour ce qui est de l'égalité substantielle, il faut retenir qu'elle se décline à la fois au sein du couple, mais aussi entre enfants.

Au sein du couple tout d'abord, le principe d'égalité se décline dans les rapports conjugaux et dans les rapports parentaux.

En ce qui concerne l'égalité dans les rapports conjugaux, il convient de relever à propos du couple non marié qu'il existe différents textes³ qui assurent aux concubins ou partenaires une égalité de droits et de devoirs dans le cadre de leur vie commune. Pour les couples mariés en revanche, l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme vient spécifiquement faire de l'égalité entre époux un principe « d'ordre public »⁴ ; ce qui implique une égalité de pouvoirs dans la direction du foyer, une égalité de droits et de devoirs issus du mariage lui-même⁵, ainsi qu'une égalité dans l'accès au divorce⁶.

En ce qui concerne l'égalité dans les rapports parentaux, il convient de relever qu'est reconnue aux parents, une égalité de droits dans leurs rapports avec leurs enfants ; ce qui implique une égalité dans la transmission du nom⁷ et une égalité de droits dans la gouvernance de la personne de l'enfant, sauf si son intérêt commande une autre solution¹.

¹ Un jugement étranger de répudiation qui méconnaît le principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage ne peut être exécuté en France. Voir par exemple, CEDH, 8 nov. 2005, *D. D. c. France*, n° 3/02. - Cass. 1^{re} civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.751, Dr. fam. 2014, comm. 174, note M. FARGE.

² Voir par exemple, CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, D. 1997, n° 6, p. 74, note N. FRICERO.

³ Article 1 de la DDHC (égalité de valeur entre les personnes), article 6 de la DDHC (égalité devant la loi) article 13 de la DDHC (égalité devant l'impôt), alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946 (égalité entre homme et femme), article 14 de la Conv. EDH (principe de non-discrimination) combiné avec l'article 8 de la même Convention.

⁴ M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz, V° Mariage*, n° 15.

⁵ Il a été jugé que la législation turque qui impose à la femme mariée le patronyme de l'époux comme nom de famille était contraire aux articles 14 et 8 de la Convention combinés (CEDH, 16 nov. 2004, *Unal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, RTD civ. 2005, p. 343, obs. J.-P. MARGUENAUD). De même, a été jugée discriminatoire la législation britannique sur l'immigration qui opérait une distinction entre les étrangers selon leur sexe quant à l'entrée et au séjour de leur conjoint non national (CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81, JDI 1986, p. 1084, obs. P. ROLLAND). Aussi, la législation suisse qui ne permettait pas au mari d'adopter à son propre le nom de sa femme à titre d'usage a été jugée discriminatoire, car cette différence de traitement manque selon la Cour de justification objective et raisonnable (CEDH, 22 févr. 1994, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90, JCP (G) 1995, I, 3823, n° 31, chron. F. Sudre).

⁶ Il a été jugé qu'une répudiation unilatérale était contraire au principe d'égalité entre époux ; Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), Rev. crit. DIP 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; D. 2004, p. 815, note P. COURBE ; JCP (G) 2004, p. 1481, note H. FULCHIRON. - Cass. 1^{re} civ., 25 oct. 2005, D. 2006, pan. 1503, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE - Cass. 1^{re} civ., 11 mars 1997, D. 1997, p. 400, note M.-L. NIBOYET - Cass. 1^{re} civ., 5 janv. 1999, D. 1999, p. 671, note E. AGOSTINI ; JDI 2001, p. 1293, note J. RUBELLIN-DEVICHI - Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2014, n° 13-17.124.

⁷ La législation italienne, qui ne permet pas au couple marié de transmettre à leur premier enfant le nom de famille de la mère, est jugée discriminatoire au regard des articles 14 et de l'article 5 du protocole n° 7 de la

Dans les rapports entre enfants² ensuite, il convient de souligner que l'égalité est garantie à la fois par le truchement des textes généraux interdisant les discriminations (art. 14 et 8 de la Conv. EDH par exemple), mais aussi par le truchement de textes spécifiques relatifs aux droits des enfants (art. 2 et 16 de la CIDE). En la matière, il convient de rappeler tout d'abord que dans le domaine patrimonial, c'est principalement grâce à la jurisprudence de la Cour EDH que le respect du principe d'égalité entre enfants est devenu quasi absolu³. Dans le domaine extrapatrimonial ensuite, il faut rappeler que depuis la loi du 4 mars 2002, le législateur s'est efforcé d'unifier les règles en matière d'établissement et de contestation de la filiation en ne les faisant globalement plus dépendre des circonstances entourant la conception et la naissance de l'enfant. Cependant, des différences demeurent comme en témoignent la présomption de paternité du mari ou encore l'interdiction d'un double lien de filiation au profit de l'enfant incestueux⁴. Ces différences viennent rappeler fort à propos que le principe d'égalité n'est pas un principe absolu puisqu'il n'empêche pas de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations objectivement différentes.

En fin de compte, il convient de retenir qu'en vertu du principe d'égalité, le traitement des conflits familiaux ne peut, sauf justification objective et raisonnable, aboutir à l'instauration d'une inégalité au sein du couple ou à une inégalité entre enfants, que ce soit sur le plan procédural ou substantiel. Ce qui justifie donc sa mobilisation dans le traitement des conflits, toutes les fois qu'une partie souffrira d'une différence de traitement dans le cadre de ses rapports familiaux.

À présent, il convient de renouveler cette démarche de fixation des contours des principes de traitement des conflits à propos du principe de protection de la confiance légitime.

Convention : CEDH, 7 janv. 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, n° 77/07, JCP (G) 2014, act. 108, obs. H. SURREL ; JCP (G) 2014, doct. 832, chron. F. SUDRE.

¹ CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, D. 1994, p. 327, obs. J. HAUSER. À noter que seul l'intérêt de l'enfant peut justifier la restriction des droits parentaux d'un de ses parents ; ainsi, ni l'orientation sexuelle ni les croyances religieuses d'un des parents (voir par exemple, CEDH, 12 févr. 2013, *Vojnity c. Hongrie*, n° 29617/07, Dr. fam. 2013, comm. 70, obs. K. GARCIN) ne sauraient justifier une différence de traitement dans l'exercice des responsabilités parentales.

² Sur le principe d'égalité entre enfants, voir par exemple, P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2^e éd., op. cit., n° 395 et s.

³ Voir par exemple, CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74 spéc. §-58 ; GACEDH, 2011, n° 51 ; JDI 1982, p. 183, note P. ROLLAND. - CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c. France*, GACEDH, n°51, PUF 2005 ; JCP (G) 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, F. SUDRE ; RTD civ. 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; RTD civ. 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUENAUD. - CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08 ; D. 2013, p. 434, obs. I. GALLMEISTER ; Dr. fam. 2013, focus 11, obs. M. LAMARCHE ; D. 2013, Pan. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2014, étude 12, spéc. n° 5, obs. A. GOUTTENOIRE.

⁴ Voir toutefois, Caen, 8 juin 2017, RG n° 16/01314, AJ. fam. 2017, p. 545, obs. J. HOUSSIER.

4) Le principe de protection de la confiance légitime

229. Considérations générales. — Le principe de protection de la confiance légitime¹ « exprime l'idée que, lorsqu'une autorité publique suscite chez un particulier l'attente d'un comportement, le maintien d'une norme ou l'intervention d'une décision et que cette attente est fondée sur des circonstances qui la rendent justifiée ou légitime, cette autorité doit en tenir compte d'une manière appropriée »². Il s'agit d' « un principe essentiellement conservateur, puisqu'il permet à celui qui a obtenu quelque chose de la maintenir (...) »³ contre toute tentative de remise en cause émanant du législateur, de l'administration ou d'autrui par le truchement d'une action en justice. Ce principe postule donc à une stabilité des rapports juridiques ce qui en fait « une des facettes de la sécurité juridique qui est elle-même une composante de l'État de droit »⁴.

Toutefois, il convient de souligner que ce principe que nous tentons d'élever au rang de principe directeur de traitement des conflits familiaux⁵ n'a pas toujours été reçu avec bienveillance en droit interne⁶, justifiant selon l'expression d'un auteur sa qualité de « passager clandestin »⁷ du système normatif français. Néanmoins, il faut bien reconnaître qu'en dépit de ce manque de consécration légale, il est difficile de nier que notre droit y compris dans les rapports familiaux protège la confiance légitime des particuliers. En effet, l'invocation du mécanisme de la non-rétroactivité des lois nouvelles, ou de l'autorité de la chose jugée aboutit à la protection de la confiance légitime. Ce qui signifie que même si le changement du droit est nécessaire ou si le désir de modification d'un rapport juridique

¹ Sur ce principe, voir par exemple, P. MOUZOURAKI, *Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais : un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens*, Bruylant, 2011. - J. SCHWARZE (dir.), *Droit administratif européen*, 2^e éd., Bruylant, 2009, spéc. Chap. VI. - S. CALMES, *Du principe de confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préf. D. TRUCHET, Dalloz, 2001.

² J.-M. WOEHRLING, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? » in, *Mélanges Jean WALINE*, Dalloz, 2002, p. 749

³ D. TRIANTAFYLLOU, « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », RFDA 2000, p. 246.

⁴ F. MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et Société* 2004, n° 56-57, p. 143 et s., spéc. p. 147.

⁵ Pour une démarche similaire en droit des obligations, voir, C. AMATO, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation » *Revue des contrats* 2013, n° 1, p. 351 et s.

⁶ À propos des arguments invoqués en France à l'encontre de l'adoption du principe de confiance légitime, voir par exemple, J.-M. WOEHRLING « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? » in, *Mélanges Jean WALINE*, *op. cit.*, p. 749 et s. spéc. pp. 765-772 ; S. CALMES, *Du principe de confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, *op. cit.*, p. 481 et s.

De manière succincte, on peut relever qu'il est reproché au principe de confiance légitime d'être d'inspiration subjective et donc peu compatible avec les orientations objectives du droit. En effet, son invocation à l'encontre des intérêts généraux aboutirait à la recherche d'un équilibre raisonnable dans le cas concret ; la démarche se veut donc casuistique et par conséquent génératrice d'incertitude.

⁷ B. MATHIEU, « La sécurité juridique, un principe clandestin mais efficient », in, *Mélanges Patrice GELARD*, Montchrestien 2000, p. 301.

exprimé par les tiers peut être considéré comme légitime, la préservation de la stabilité, parce qu'elle est indispensable au libre épanouissement de l'individu, permet à autrui de poser une limite au dit changement.

Il ressort de ces constatations que le principe de protection de la confiance légitime vient garantir à l'individu à qui l'ordre juridique reconnaît une qualité ou un droit particulier, des conditions de défense de cet acquis, lorsqu'il est menacé par l'autorité publique ou par un tiers, à condition de satisfaire les conditions de protection exigées par le droit.

230. La légitimité de la confiance, condition nécessaire de la protection¹. —

L'évaluation de la légitimité de la prévision à la stabilité d'un droit ou d'une situation juridique n'est pas forcément subjective puisqu'il est possible de la faire reposer sur des critères objectifs.

Ainsi, lorsque la situation ou le droit a été obtenu de façon régulière, c'est-à-dire conformément à la loi — sans fraude ni silence dolosif —, l'espérance en sa stabilité découle directement de l'autorité de la loi. La légitimité de la confiance se trouve présumée et cette présomption devient même irréfragable lorsque la loi empêche la remise en cause du droit ou de la situation, soit en raison de l'écoulement d'un délai d'action, soit en raison de l'épuisement des voies de recours.

En revanche, lorsque la situation ou le droit a été obtenu de façon irrégulière, les manœuvres réalisées en vue de créer l'apparence d'une éligibilité légale, ou plus généralement la connaissance du vice affectant sa régularité, rendent l'espérance en sa stabilité illégitime ; l'illégitimité est alors présumée. Cependant, cette présomption peut être surmontée par la preuve contraire. Et le seul moyen de prouver la légitimité quant à la prévision de stabilité d'un droit ou d'une situation juridique irrégulièrement acquise consiste à exciper un effacement du sentiment d'illégitimité et partant une consolidation du sentiment de légitimité du fait de l'écoulement du temps ; on pense naturellement aux délais de prescription acquisitive. Par exemple, lorsque des futurs époux cachent l'existence d'empêchements à mariage et réussissent à faire célébrer leur union, ils ne peuvent, au nom du principe de protection de la confiance légitime, s'opposer à une remise en cause de cette qualité d'époux

¹ Ce qui signifie qu'on ne peut pas revendiquer la stabilité des rapports juridiques si l'on a conscience de leur précarité ou du vice affectant leur constitution. Pour une illustration, voir par exemple, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08 ; D. 2013, p. 434, obs. I. GALLMEISTER ; Dr. fam. 2013, focus 11, obs. M. LAMARCHE ; D. 2013, Pan. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2014, étude 12, spéc. n° 5, obs. A. GOUTTENOIRE.

irrégulièrement acquise, sauf à justifier d'une jouissance trentenaire de ladite qualité (art. 184 du C. civ.).

En définitive, la confiance étant au cœur des rapports juridiques, on ne peut raisonnablement pas ignorer son importance dans le traitement des conflits familiaux. Elle doit être mobilisée comme principe toutes les fois que la satisfaction d'un intérêt conflictuel est susceptible de remettre en cause un droit ou une situation juridique définitivement fixée. Comme tous les autres principes directeurs, le principe de confiance indique la marche à suivre, un essentiel à préserver qui est loin d'être absolu ; d'où l'intervention de principes correcteurs.

B- LES PRINCIPES CORRECTEURS DU TRAITEMENT DES CONFLITS FAMILIAUX

231. Pour rendre prévisible le traitement des conflits familiaux, il a été proposé une articulation dudit traitement autour de principes directeurs et de principes correcteurs. Si les premiers renseignent sur le traitement à donner aux conflits, les seconds corrigent, dans le cadre d'une configuration conflictuelle précise, les effets non désirables des premiers. Ce rôle de correction ou d'adaptation sera en l'espèce joué par le principe de l'intérêt de l'enfant (1), le principe de proportionnalité (2), et enfin le principe de responsabilité (3).

1) Le principe de l'intérêt de l'enfant

232. Le droit à un environnement sain, à une construction identitaire satisfaisante, à la pérennité de ses liens affectifs constituent dans l'abstrait des besoins essentiels pour tout enfant. Dès lors, une primauté est donnée par le droit à leur satisfaction. Cependant, lorsqu'on descend dans la singularité des situations personnelles, il peut arriver que cette conception commune du bien-être des enfants se révèle inadaptée. Il conviendra alors d'adapter l'application du principe de primauté des besoins de l'enfant à la situation concrète de l'enfant concerné ; tel est le rôle du principe correcteur de l'intérêt de l'enfant. Cela revient à retenir que la priorité devrait être donnée à la satisfaction des besoins de l'enfant dans la limite de ce qu'exige son intérêt dans la situation concrète qui est à juger¹. Par exemple, si la pérennité des

¹ On l'aura compris, les besoins de l'enfant qui constituent selon notre proposition un principe directeur du traitement des conflits familiaux, renverraient à l'abstrait, c'est-à-dire à une norme générale, une référence applicable à l'ensemble des enfants. En revanche, l'intérêt de l'enfant correspondrait à une appréciation concrète d'une situation bien précise ; il constitue pour ainsi dire, un principe correcteur permettant en raison de la situation concrète de l'enfant de ne pas garantir un besoin de l'enfant.

Cette proposition qui tend à faire des besoins de l'enfant un principe directeur et de l'intérêt de l'enfant un principe correcteur a principalement pour avantage d'éviter l'opposition entre les notions d'intérêt de l'enfant appréhendé *in abstracto* et d'intérêt de l'enfant appréhendé *in concreto* (sur cette opposition, voir par exemple, J.-P. SERVEL, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*,

liens affectifs de l'enfant constitue un besoin qu'il convient de lui garantir, il peut arriver au regard de la situation concrète de l'enfant qu'une autre solution soit retenue. En droit interne, ce rôle correcteur transparait de nombre de dispositions légales à l'instar des articles 371-4 et 371-5 du Code civil. En effet, si le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants est un besoin de l'enfant, son intérêt peut faire obstacle à l'exercice de ce droit (art. 371-4 du C. civ.). Dans la même veine, si au rang des besoins de l'enfant figure la nécessité de le maintenir au sein de sa famille et plus précisément au sein de sa fratrie, son intérêt peut constituer un obstacle à la satisfaction de ce besoin (371-5 du C. civ.).

Au regard de ces développements, il convient de retenir que le principe de l'intérêt de l'enfant permet d'apprécier dans une situation concrète, l'opportunité d'une solution tendant uniquement vers la garantie des besoins de l'enfant. Il s'agit donc d'un principe correcteur spécifique qui n'a vocation à s'appliquer que pour adapter l'application pure et simple du principe de primauté des besoins de l'enfant.

À côté de ce principe correcteur spécifique aux conflits concernant l'enfant, il existe d'autres, à l'instar du principe de proportionnalité, qu'on peut qualifier de générique.

2) Le principe de proportionnalité

233. La notion de proportionnalité. — La proportionnalité serait d'après un auteur « un mode normatif, concret et effectif, de régulation juridictionnelle en vue de la détermination du juste équilibre dans la relation entre des intérêts autonomes a priori concurrents »¹. Il s'agit d'un instrument d'arbitrage entre intérêts antagonistes tourné vers la recherche d'une solution juste, adaptée à la particularité de l'espèce². Dès lors, la proportionnalité ne peut être saisie qu'à travers la fonction qu'elle accomplit, les buts concrets qu'elle poursuit puisqu' « en soi, la proportionnalité n'est pas. La proportionnalité sert concrètement à »³. Ainsi, dans le cadre d'une modélisation pragmatique du traitement des

th. dactyl. Aix en Provence, 1978, p. 75 et s. - P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2^e éd., op. cit., n° 96 et s.) qui complexifie le discours juridique plus qu'il ne l'éclaire.

¹ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. SUDRE, t. 1, PUAM, 2005, p. 299.

² Cette recherche d'une solution adaptée et donc circonstancielle vaut à la proportionnalité de nombreux reproches quant à la prévisibilité des traitements. Voir par exemple, E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, préf. J.-F. CESARO, éd. Mare et Martin, 2014, p. 393 et s. - S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. TULKENS, F. OST, PFUSL, 2001, p. 294 et s.

³ P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 299.

conflits familiaux, il peut être retenu pour l'heure¹ que la proportionnalité servira à modérer les conséquences déraisonnables d'une application des principes directeurs. Concrètement, il sera question d'éviter que l'application pure et simple d'un principe directeur éligible ne remette en cause la protection d'un besoin social impérieux² garanti par le législateur. Par conséquent, une prééminence sera accordée à la satisfaction du besoin social impérieux³, sauf si la réalisation du contrôle de proportionnalité débouche sur le constat d'un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts protégés par le truchement du principe directeur éligible.

Reste alors à déterminer la manière dont cette recherche de modération est susceptible d'être réalisée.

234. Le contenu du contrôle de proportionnalité. — Même si le contrôle de proportionnalité peut faire l'objet d'une adaptation en fonction de la juridiction qui y a recours, on s'entend traditionnellement sur le fait qu'il s'opère nécessairement sur le fondement de trois critères cumulatifs⁴ : le critère d'utilité ou d'aptitude de la mesure, le critère de nécessité ou d'intensité de la mesure, et le critère de proportionnalité au sens strict qui consiste à réaliser une pesée concrète des intérêts en présence.

À travers le critère d'utilité tout d'abord, il convient de vérifier s'il existe un but légitime poursuivi par la loi et qui justifierait la dérogation à l'application pure et simple du principe directeur éligible. Si tel est le cas, il faudra alors vérifier si la dérogation à l'application pure et simple du principe directeur éligible constitue un moyen pertinent pour atteindre le but légitime visé. Par exemple, en matière de vaccination obligatoire, la non-concrétisation du principe de liberté pris au sens d'inviolabilité du corps humain peut participer à la préservation de la santé publique considérée ici comme le but légitime antagoniste poursuivi par la loi.

¹ Les développements à venir mettront en lumière la richesse fonctionnelle du principe de proportionnalité dans le traitement des conflits.

² S'il s'agit le plus souvent d'un intérêt général, le besoin social impérieux peut correspondre à la protection d'un intérêt privé (protection de la personne contre elle-même ou protection des intérêts d'autrui). Le plus important c'est que l'intérêt ainsi défendu constitue un objectif légitime dans une société démocratique.

³ Il ne s'agit pas d'un besoin « simple », mais d'un besoin « important » « crucial » pour la sauvegarde de l'organisation économique, politique et sociale d'un pays. L'exigence d'un caractère impérieux du besoin poursuivi par le législateur découle de la jurisprudence de la Cour EDH. Voir par exemple, CEDH, gr. ch., 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France*, n° 24846/94, 34165/96, 34173/96, spéc. §-57, RTD civ. 2000, p. 436, obs. J.-P. MARGUENAUD.

⁴ Voir par exemple, P. MUZNY, « Proportionnalité », in, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 643. - M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, p. 484, n° 827. - F. SUDRE, « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme : De quoi est-il question ? », JCP (G), 2017, I, 289, spéc. p. 512.

À travers le critère de nécessité ensuite, il convient de vérifier si la non-réalisation du principe directeur éligible constitue, parmi les différents moyens aptes à la réalisation des objectifs contraires poursuivis par le législateur, le moyen générant le moins de préjudices, le minimum de contrainte pour la partie dont les intérêts se trouvent ainsi frustrés. Pour procéder à une telle vérification, il suffit de se demander si la non-application pure et simple du principe directeur éligible constitue le moyen le moins grave d'atteindre le but poursuivi. Si la réponse est négative, c'est-à-dire qu'il existe d'autres moyens alternatifs moins graves permettant d'atteindre le même but, la non-application du principe éligible n'est pas considérée comme nécessaire. En termes imagés, il s'agit « *de savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon* »¹. À titre d'illustration, notons que si d'aventure le législateur venait à rendre obligatoire la vaccination contre la grippe saisonnière, il poursuivra certes l'objectif de préservation de la santé publique, mais au regard de la charge de morbidité faible d'une telle maladie (environ 1% en France)², le moyen qui consisterait à obliger les individus à se faire vacciner ne serait pas approprié. D'autres mesures comme la suppression ou la diminution du taux de la prise en charge thérapeutique de cette affection, tout en étant aptes à participer à la réalisation du besoin de santé publique, seraient moins contraignantes pour l'individu.

À travers le critère de proportionnalité au sens strict enfin, il est question de réaliser une pesée concrète des intérêts conflictuels afin de déterminer lequel pèse le plus lourd au regard des circonstances de l'espèce. Concrètement, cela revient dans notre système à évaluer les conséquences — au regard des circonstances de l'espèce — de la non-application pure et simple du principe directeur éligible. Pour ce faire, il faut déterminer — par le biais d'une appréciation *in concreto* — si la non-application du principe directeur éligible, malgré son caractère utile et nécessaire, n'entraîne pas des conséquences déraisonnables au regard des intérêts en cause. Si la réponse apportée est positive, c'est-à-dire que les conséquences de la non-application du principe directeur sont jugées déraisonnables, cela signifie qu'il faudra reconnaître aux intérêts garantis par le truchement dudit principe directeur, un poids supérieur au but légitime antagoniste. Par exemple, en raison de son utilité et de sa nécessité, le besoin de sécurité juridique et de paix des familles constitue, dans l'absolu, un intérêt impérieux qui doit primer sur la liberté d'établissement ou de contestation du lien de filiation. Cependant, il

¹ W. JELLINEK, cité par X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, PUAM, 1990, page de garde.

² Calcul réalisé à partir de la fourchette haute des estimations de décès (2000 par an) et de la fourchette basse des estimations de contamination annuelle (2 millions) fournies par l'Institut Pasteur sur son site internet.

peut arriver qu'au regard d'une configuration factuelle bien précise — accord de toutes les parties pour la contestation du lien de filiation en dépit de la prescription de l'action —, on juge la liberté d'anéantir le lien de filiation, supérieure à l'intérêt général de sécurité juridique¹.

Au terme de cette présentation du principe de proportionnalité, il conviendra ensuite d'appréhender le principe de responsabilité également élevé au rang de principe correcteur.

3) Le principe de responsabilité

235. Issu du terme latin *respondere*, le mot responsabilité renvoie au fait de « se porter garant », de « répondre de »² ses actes. En érigeant la responsabilité en principe correcteur de notre système de traitement des conflits familiaux, il s'agira principalement de tenir compte lors dudit traitement, du comportement socialement inadapté d'une des parties. Par « comportement socialement inadapté » se trouve visé un défaut de diligence ou une violation d'une règle prescriptive de comportement à l'origine d'un désavantage dont se plaint l'une des parties.

Concrètement, l'objectif poursuivi consiste à éviter que la mobilisation des principes directeurs ne conduise à la satisfaction pure et simple des intérêts d'une partie qui se plaint d'une situation qu'elle a elle-même contribué à créer en raison de son manque de diligence ou en raison de la violation d'une règle de droit³. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion de mobiliser cette règle de bon sens à plusieurs reprises en rappelant que, « nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer »⁴. Par exemple, il serait malvenu qu'une partie qui abuse de manœuvres dilatoires au cours d'un procès reproche avec succès à l'État la longueur de cette procédure. De même, il serait malvenu que des parents d'intention, qui recourent à une gestation pour autrui à l'étranger,

¹ Voir par Cass. 1^{re} civ., 10 juin 2015, n° 14-20790, Dr. fam. 2015, comm. 163, obs. C. NEIRINCK.

² Voir par exemple, M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », APD 1977, t. 22, p. 45 et s. - J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'application du mot responsabilité », APD 1977, t. 22, p. 61 et s. - D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° Responsabilité.

³ Il convient toutefois de préciser que la prise en compte du principe de responsabilité n'a pas pour but de rendre purement et simplement l'intérêt de son porteur illégitime. Malgré la survenance du comportement défectueux qui explique en tout ou en partie la survenance du conflit, la satisfaction de l'intérêt de l'auteur du comportement peut encore être envisagée, mais pas dans les mêmes conditions que s'il avait eu un comportement adéquat. En d'autres termes, le principe de responsabilité permet de garantir une certaine éthique dans le traitement des conflits familiaux.

⁴ CEDH, 30 janv. 2003, *Freimanis et Lidums c. Lettonie*, n° 73443/01. - CEDH, 29 avril 2008, *Mc Donald c. France* n° 18648/04. - CEDH, 6 mai 2004, *Hussin c. Belgique*, n° 70807/01.

reprochent avec succès à l'État français, réticent à donner plein effet à cette situation, une violation de leur vie privée¹.

Précisons toutefois que le principe de responsabilité n'a pas pour but d'alourdir le traitement des conflits familiaux avec une action en responsabilité civile ; il s'agit simplement de prendre en compte le comportement des parties dans le contrôle d'adéquation de la solution projetée. Autrement dit, le principe de responsabilité ne constitue pas un principe correcteur autonome. Lorsqu'il est mobilisable, il doit simplement être intégré au contrôle de proportionnalité.

Une fois les principes de traitement des conflits familiaux identifiés, il convient ensuite d'envisager la manière de les articuler en système opérationnel de traitement.

§-2 : L'ARTICULATION DES PRINCIPES EN SYSTEME OPERATIONNEL DE TRAITEMENT

236. Structurer le traitement des conflits familiaux autour des principes identifiés induit un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, il convient de sélectionner le principe directeur applicable. Dans un second temps, il convient d'évaluer la nécessité d'adapter, au regard des circonstances de l'espèce, la solution à laquelle conduit l'application du principe directeur éligible. Cependant, il convient de relever que cette logique intellectuelle n'est pas toujours évidente à réaliser face à la diversité des configurations conflictuelles qu'on retrouve en pratique. Pour la rendre intelligible, il convient d'envisager la manière dont les principes directeurs et correcteurs s'articulent lors de la mise en œuvre du modèle systémique de traitement des conflits proposé. Concrètement, on constate qu'une telle articulation diffère selon qu'on soit en présence d'une configuration conflictuelle idéale (A) ou d'une configuration conflictuelle complexe (B).

A- L'ARTICULATION DES PRINCIPES EN PRESENCE D'UNE CONFIGURATION CONFLICTUELLE IDEALE

237. Qualifier une configuration conflictuelle d'idéale signifie que lui est transposable la logique intellectuelle de traitement des conflits qui suppose, d'identifier tout

¹ Toutefois, il reste possible aux parents d'obtenir indirectement satisfaction en invoquant le « droit à l'identité » des enfants ainsi conçus (CEDH, 26 juin 2014, *Menesson et Labassée c. France*, n° 65192/11 et n° 65941/11, Dr. fam. 2014, comm. 128, note C. NEIRINCK - TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07497, n° 14/07499, et n° 14/07503).

d'abord le principe directeur mobilisable (1) pour évaluer ensuite la nécessité d'adapter la solution projetée au regard des particularités de l'espèce (2).

1) La sélection du principe directeur applicable

238. La sélection du principe directeur applicable suppose au préalable une identification des intérêts familiaux en conflit. En effet, c'est à l'aune des intérêts conflictuels que se réalise le processus de sélection des principes directeurs.

Concrètement, l'agent chargé de trancher le conflit devra se demander s'il n'existe pas de principe directeur rattachable à la satisfaction des intérêts poursuivis. Si ce processus de sélection débouche sur la désignation d'un principe directeur, on parlera de configuration conflictuelle idéale. La configuration conflictuelle est ainsi qualifiée parce que le processus de sélection des principes directeurs débouche sur le constat d'éligibilité d'un ou de plusieurs principes, susceptibles d'indiquer la finalité du traitement qu'il convient de donner.

Pour illustrer nos propos, prenons le cas suivant : une mère souhaite priver les parents de son compagnon décédé de toutes relations personnelles avec leur petite-fille. L'intérêt des grands-parents à entretenir des relations personnelles avec leur petite-fille, l'intérêt de la mère et l'intérêt de l'enfant constituent les intérêts impliqués dans ledit conflit. Or, on sait que lorsque l'intérêt de l'enfant se retrouve impliqué dans un conflit, le principe directeur mobilisable est celui de la primauté des besoins de l'enfant. Donc le conflit devrait normalement être tranché en faveur d'une garantie des besoins de l'enfant au rang desquels figure le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants.

Toutefois, il est important de préciser que lorsque le processus de sélection débouche sur le constat d'une pluralité de principes directeurs éligibles, on reste malgré tout dans le cadre d'une configuration conflictuelle idéale, si un rapport de complémentarité peut être établi entre les principes directeurs éligibles¹. Par exemple, si le principe de primauté des besoins de l'enfant et le principe d'égalité procédurale en sa faveur se retrouvent éligibles, parce que ces deux principes peuvent être conciliés autour d'un but commun de protection de l'enfant, on n'est pas confronté, malgré la pluralité de principes directeurs éligibles, à une situation sans issue.

Il s'infère de ces observations qu'en présence d'une configuration conflictuelle idéale, l'agent chargé de trancher le conflit aura pour directive la concrétisation du principe directeur

¹ En effet, si les principes directeurs éligibles indiquent des directions diamétralement opposées, on se retrouverait dans une impasse faute de pouvoir identifier une direction à prendre. On sort alors du cadre de la configuration conflictuelle idéale.

applicable, à moins que les circonstances de l'espèce ne lui imposent de modérer l'application pure et simple dudit principe.

2) L'évaluation du besoin de correction de la solution projetée

239. Dans le cadre d'une configuration conflictuelle idéale, il convient, après la détermination d'un principe directeur applicable, de se demander si la solution projetée n'a pas besoin d'être adaptée au regard des circonstances particulières de l'espèce. En reprenant l'exemple du conflit portant sur le droit des grands-parents à entretenir des relations personnelles avec leur petite-fille, il convient, après avoir retenu que le principe directeur de primauté des besoins de l'enfant conduit à consacrer un droit aux relations personnelles avec ses ascendants, de se demander ensuite, au regard des circonstances particulières de l'espèce, si l'intérêt de l'enfant ne pourrait pas faire obstacle à l'exercice d'un tel droit. On évalue pour ainsi dire le besoin de correction de la solution projetée.

Cependant, il faut souligner que la généralisation d'une correction de la solution projetée n'est pas compatible avec la recherche d'une sécurité juridique dans le traitement des conflits familiaux, puisqu'il sera à chaque fois possible, sous couvert d'inadaptation de la solution projetée, d'opérer un véritable contrôle d'opportunité et d'écarter *in fine* le principe directeur applicable. Dès lors, pour que le système proposé puisse atteindre de manière satisfaisante l'objectif de sécurité juridique en matière de traitement des conflits familiaux, le besoin a été ressenti de limiter la possibilité d'une modération dans l'application du principe directeur éligible. En d'autres termes, en présence d'une configuration conflictuelle idéale, la possibilité d'adapter aux circonstances de l'espèce la solution issue d'une application pure et simple du principe directeur éligible ne doit pas systématiquement constituer, à la suite de la détermination du principe directeur applicable, une seconde étape du raisonnement. Dans cette optique, il est proposé de limiter la correction de la solution projetée à deux hypothèses : la première renvoie à la situation d'éligibilité du principe de primauté des besoins de l'enfant (a) et la seconde est relative à l'existence d'un besoin impérieux inconciliable avec la solution projetée (b).

a) La nécessaire recherche d'une solution optimale pour l'enfant

240. Lorsque l'enfant est au cœur du conflit familial, il semblerait que le législateur ait inclus un contrôle d'opportunité au sein du contrôle de légalité¹ ; l'opportunité de la

¹ C. POMART, *La magistrature familiale*, préf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, L'harmattan, 2003, p. 337.

mesure deviendrait en quelque sorte un élément de la légalité¹. Ainsi, la loi elle-même, à travers le principe de l'intérêt de l'enfant, laisse au juge le soin d'apprécier la meilleure solution qu'il convient d'adopter au regard de la situation concrète de l'enfant. Un pouvoir souverain est même reconnu au juge en la matière² ; seule une obligation de préciser les éléments sur lesquels il se fonde pour réaliser son appréciation concrète pèse sur lui. Ce qui signifie que le juge doit motiver sa décision en faisant ressortir les faits et circonstances justifiant qu'en l'espèce³, il eût été besoin de se démarquer de l'appréciation générale de l'intérêt de l'enfant réalisée par le législateur à travers le principe directeur de primauté de ses besoins. Pour ce faire, le juge peut par exemple prendre appui sur sa connaissance de l'environnement familial par le truchement des mesures judiciaires d'investigation éducative, se référer à l'âge de l'enfant, ou aux choix éducatifs des parents⁴.

b) La nécessaire prise en compte d'un besoin social « impérieux » antagoniste

241. Lorsque la concrétisation de la solution projetée s'avère contraire à la sauvegarde d'un besoin social impérieux⁵, il convient de donner une prévalence à la garantie de ce besoin, sauf s'il est établi qu'une telle prévalence entraînerait, au regard des circonstances de l'espèce, un « déséquilibre inacceptable »⁶ au détriment des intérêts protégés à travers la solution projetée. Il s'agit, ni plus ni moins, de réaliser un contrôle de proportionnalité. Toutefois, il convient de rationaliser au maximum un tel contrôle de crainte que notre système ne souffre d'une trop grande imprévisibilité. Sachant que c'est surtout la réalisation de la proportionnalité au sens strict ou pondération des intérêts qui est susceptible

¹ I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : l'exemple du bilan coûts-avantages*, th. dactyl. Poitiers, 1995, p. 149. « Le juge est amené à faire de l'opportunité, un élément de la légalité, condition sine qua non d'un contrôle efficace ».

² Voir par exemple, Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 11-28424, AJ fam. 2013, p. 185, obs. A. BOICHE. - Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2010, n° 08-70385.

³ En matière d'autorité parentale par exemple, cette exigence de motivation ne saurait être satisfaite par un renvoi à des motifs généraux et abstraits, tels que l'orientation sexuelle ou religieuse d'un parent. Voir, CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, D. 1994, p. 327, obs. J. HAUSER. - CEDH, 16 déc. 2003, *Palau-Martinez c. France*, n° 64927/01, JCP (G) 2004, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE.

⁴ Sur les techniques d'évaluation de l'intérêt concret de l'enfant, voir par exemple, C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2001, p. 56 et s.

⁵ Il convient d'être souple dans l'appréciation du caractère impérieux du besoin et considérer qu'il existe un besoin social impérieux chaque fois que le législateur poursuit un intérêt légitime de protection des plus faibles ainsi que de protection des valeurs sur lesquelles reposent l'organisation sociale et l'État de droit.

⁶ Un auteur a démontré à raison que la proportionnalité ne traduit pas l'idée d'un équilibre entre les éléments à évaluer, mais plutôt l'idée d'un déséquilibre acceptable. « La proportionnalité par son objet même, permet seule de résoudre un conflit où un des éléments s'impose *a priori* à l'autre (...). Elle entérine un déséquilibre de départ entre l'intérêt abstrait servi par le droit subjectif en cause et l'ensemble des autres intérêts particuliers qui pourraient devenir moins satisfaisants pour leurs porteurs du fait de la reconnaissance de ce droit » T. LEONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005, pp. 630-631.

de faire la part belle à la subjectivité, nos efforts de rationalisation devront alors s'y concentrer.

À ce propos, il convient de souligner que lorsqu'on entreprend une tentative de pondération des intérêts, vient tout de suite le réflexe de mobiliser le critère du consensus européen. En application de ce critère, on devrait retenir que lorsque les intérêts en conflit sont pondérés d'une certaine manière dans la majorité des États membres, la marge d'appréciation de l'État défendeur serait limitée et l'existence d'un déséquilibre inacceptable présumée, lorsque cet État préserve moins bien l'intérêt contradictoire défavorisé. En revanche, si ces intérêts sont pondérés de façon différente dans l'espace européen et que ne se dégage pas une communauté de vues, l'État défendeur serait *a priori* légitime dans sa démarche d'assurer le respect du besoin social impérieux, y compris au détriment d'autres intérêts légitimes.

Cependant, parce que l'usage du consensus européen dans le contrôle de proportionnalité est devenu déroutant¹ et qu'en pratique la Cour européenne des droits de l'Homme en fait un critère non déterminant dans l'élaboration de la solution², il convient également de ne pas faire du consensus européen un référent qui permettrait de basculer de l'atteinte permise à l'atteinte interdite aux intérêts préservés par la solution projetée. D'ailleurs, il semblerait qu'en pratique, « la Cour choisit de privilégier le principe de subsidiarité et de laisser la main au législateur national »³, même lorsqu'elle reconnaît l'existence d'un consensus européen⁴.

En revanche, la Cour de Strasbourg exige des juridictions internes qu'elles procèdent à la vérification de la prise en compte des autres intérêts légitimes par le législateur interne. Une telle prise en compte se déduit, d'une part, de l'existence de mesures destinées à frustrer au minimum les autres intérêts légitimes en jeu⁵, et, d'autre part, de la possibilité laissée à ces

¹ P. MARTENS, « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in, *Dialogues entre juges*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, p. 55 et s. - B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », RTDH 2015 n° 101, p. 92. - G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in, F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Droit et Justice n° 108, Némésis-Anthémis, 2014, p. 117.

² H. SURREL, « La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droits », in, F. SUDRE (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Droit et Justice n° 109, Némésis-Anthémis, 2015, p. 184. - F. SUDRE, « La mystification du consensus européen », JCP (G) 2015, I, 1369.

³ F. SUDRE, « La mystification du consensus européen », JCP (G) 2015, I, 1369.

⁴ CEDH, gr. ch., 3 nov. 2011, *S. H. et a. c. Autriche*, n° 57813/00, spéc. §-96 (reconnaissance d'un consensus européen relatif à l'accès à la FIV), Dr. fam. 2012, étude 6, note A. GOUTTENOIRE. - CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05, spéc. §-235 (reconnaissance d'un consensus européen relatif à l'accès à l'avortement), JCP (G) 2011, n° 3, act. 58, obs. M. LEVINET ; JCP (G) 2011, n° 4, act. 94, obs. F. SUDRE.

⁵ CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, spéc. §- 70-71, JCP (G) 2012, p. 1083, obs. K. BLAY-GRABARCZYK. Dans cette affaire, la Cour relève avec pédagogie que contrairement au système français en cause dans l'affaire *Odièvre c. France*, l'État italien n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts en présence, puisqu'il ne prévoit aucune possibilité d'obtenir des éléments non identifiants sur la mère.

intérêts légitimes de pouvoir, dans des circonstances exceptionnelles ne pas subir de frustration¹.

En définitive, il convient de retenir que lorsque la solution projetée grâce à la mobilisation d'un principe directeur s'inscrit à contre-courant de l'objectif de sauvegarde d'un besoin social impérieux, il convient de donner la priorité à cet objectif, sauf si cette prévalence instaure en l'espèce un déséquilibre inacceptable. Et, on serait en présence d'un déséquilibre inacceptable lorsque le législateur ne prend pas en compte les autres intérêts légitimes.

L'articulation des principes de traitement des conflits familiaux en présence d'une configuration conflictuelle idéale étant ainsi achevée, il convient de renouveler le même effort pour les configurations conflictuelles complexes.

B) L'ARTICULATION DES PRINCIPES EN PRESENCE D'UNE CONFIGURATION CONFLICTUELLE COMPLEXE

242. Par opposition aux configurations conflictuelles idéales, les configurations conflictuelles complexes renvoient à une situation dans laquelle la sélection des principes directeurs se solde par une impasse, soit parce qu'aucun principe directeur n'est mobilisable – conflit négatif de principes directeurs –, soit parce que plusieurs principes directeurs inconciliables le sont – conflit positif de principes directeurs –. Il faudrait donc, en présence d'une configuration conflictuelle complexe, appréhender différemment la question de l'articulation des principes de traitement selon qu'on est en présence d'un conflit négatif de principes directeurs (1) ou d'un conflit positif de principes directeurs (2).

1) L'articulation en présence d'un conflit négatif de principes directeurs

243. Considérations générales. — Puisqu'il est impossible même au législateur de pourvoir à tout, l'humilité est plus que de rigueur dans l'élaboration d'un modèle systémique de traitement des conflits familiaux, à plus forte raison, lorsque le modèle proposé repose sur des principes généraux de traitement. En effet, le grand danger auquel expose un système articulé autour de principes généraux de traitement reste sans doute le risque de voir partout

¹ Voir par exemple, CEDH, 12 janv. 2006, *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02, spéc. §-111. - CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, spéc. § 54 - CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01, spéc. §-43-45. - CEDH, 10 oct. 2006, *Paulik c. Slovaquie*, n° 10699/05, spéc. §-45-47, RJPF 2007, p. 41, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

des principes directeurs¹. Dès lors, il serait plus judicieux — à condition de prévoir une méthode pour appréhender les lacunes du système —, d'accepter la survenance de situations pour lesquelles aucun principe directeur n'est mobilisable, plutôt que de courir le risque d'un catalogue fourni de principes difficiles à articuler en système. Partant, lorsqu'aucun principe directeur n'est mobilisable, il est proposé de départir les intérêts antagonistes à l'aune du principe de proportionnalité. Dans une telle situation, la proportionnalité, à laquelle on avait assigné jadis le rôle de principe correcteur, jouera par substitution le rôle de principe directeur². La seule particularité dans une telle hypothèse tient dans le fait que la mise en œuvre du principe de proportionnalité sera réalisée de façon différente selon que le conflit oppose la sauvegarde d'un besoin social impérieux à un intérêt privé légitime, ou selon que le conflit oppose des intérêts privés entre eux.

244. Conflit opposant un besoin social impérieux et un intérêt légitime. — En l'absence de principe directeur mobilisable, lorsque le conflit familial met aux prises la sauvegarde d'un besoin social impérieux et un intérêt légitime³, il convient de donner la priorité à la sauvegarde du besoin social impérieux, sauf si cette prévalence instaure en l'espèce un déséquilibre inacceptable. Une telle hypothèse conflictuelle avait déjà été envisagée et traitée lorsqu'il s'était agi d'envisager le besoin de correction de la solution projetée en présence d'une configuration conflictuelle idéale. Pour rappel, on serait en présence d'un déséquilibre inacceptable lorsque le législateur, pour imposer le respect du besoin social impérieux, ne prend pas en compte l'intérêt privé antagoniste. Tel est le cas lorsque le législateur ne prend pas des mesures destinées à assurer la frustration minimale de l'intérêt privé antagoniste ou lorsqu'il ne réserve pas, à titre exceptionnel, la possibilité de faire primer ce dernier.

¹ J.-M. PONTIER, « Considérations générales sur les principes en droit », in, J.-M. PONTIER (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 9. « Lorsque l'on se met à parler de principes et à penser aux principes, le risque n'est pas, pour reprendre une formule célèbre appliquée à un tout autre domaine, le vide, mais le trop-plein ».

² Un auteur (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 113.) faisant remarquer à juste titre que « de très nombreux principes sont alternativement des principes directeurs ou des principes correcteurs selon les situations dans lesquelles ils sont invoqués et les autres principes avec lesquels ils sont confrontés : ils n'ont alors qu'un rôle directeur ou correcteur relatif ». En suivant cette analyse, il convient de reconnaître au principe de proportionnalité un rôle directeur à côté du rôle correcteur que nous lui avons au départ assigné.

³ C'est le cas par exemple dans une affaire où le droit au respect de l'identité sexuelle et de la vie privée est opposé au besoin de cohérence et de fiabilité du système d'état civil afin d'exiger le non-rattachement à l'une des deux catégories sexuelles sur les actes de l'état civil. CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, JurisData n° 2016-004932, Dr. famille 2016, étude 8, Note J.-R. Binet ; D. 2016, p. 904, obs. B. MORON-PUECH ; JCP (G) 2016, p. 492, note F. VIALLA, JCP (G) 2016, p. 594, obs. M. JOSEPH-PARMENTIER.

245. Conflit opposant des intérêts privés entre eux. — En revanche, lorsque le conflit oppose des intérêts privés entre eux et qu'il s'avère qu'aucun principe directeur n'est mobilisable, il ne s'agit plus de donner *a priori* la prévalence à un intérêt sur l'autre¹. Le principe de proportionnalité ne tend plus à la vérification d'un déséquilibre acceptable. Sa mobilisation se résout en une pesée concrète des intérêts en présence, à la recherche d'un juste équilibre. Les objectifs de responsabilité et de frustration minimale doivent alors guider cette démarche d'évaluation des intérêts. Ainsi, il convient de donner la priorité au porteur de l'intérêt dont la non-satisfaction exposerait à un plus grand dommage et, le cas échéant, imposer des sacrifices supplémentaires dans la satisfaction de cet intérêt lorsqu'il s'avère que son porteur a eu un comportement inadapté pouvant expliquer en tout ou en partie la survenance du conflit. Il s'agit dans cette dernière hypothèse d'assurer une certaine éthique dans le traitement des conflits familiaux en prenant garde de ne pas laisser sans conséquence les comportements socialement inadaptés.

2) L'articulation en présence d'un conflit positif de principes directeurs

246. Considérations générales. — Contrairement aux situations dans lesquelles aucun principe directeur n'est mobilisable, il peut également arriver que dans une même affaire, plusieurs principes directeurs incompatibles le soient. On est alors en présence d'une configuration conflictuelle dans laquelle la satisfaction des intérêts familiaux antagonistes est susceptible d'être garantie par le truchement d'un même principe directeur — conflit intra-principes directeurs — ou par le truchement de plusieurs principes directeurs — conflit inter-principes directeurs —. Par exemple, dans un conflit relatif au choix du domicile conjugal, la mobilisation du principe d'égalité aboutit à la reconnaissance des mêmes pouvoirs aux époux et ne permet pas d'avoir une indication sur l'intérêt conflictuel à faire prévaloir. Toujours à titre d'illustration, on peut relever que dans un conflit portant sur la vérité de la filiation, le principe de prévalence des besoins de l'enfant permet de tendre vers la satisfaction de son intérêt à connaître ses origines, tandis que le principe de liberté permet également de tendre vers la satisfaction de l'intérêt du parent supposé à ne pas se soumettre à un processus d'identification biologique.

¹ On aurait pu considérer qu'une logique hiérarchisante qui aboutirait à la prévalence de l'intérêt légitime sur l'intérêt illégitime pouvait être mobilisée. Cependant, toute la difficulté réside dans la détermination de la légitimité d'un intérêt. On aurait pu penser à réaliser une telle entreprise en se référant à ce qui est permis ou interdit par la loi. Néanmoins, en raison de la possibilité de travestissement d'un intérêt illégitime en intérêt légitime par le truchement des droits fondamentaux (par exemple, il suffit d'invoquer le droit au respect de la vie privée pour que la démarche du parent d'un enfant incestueux d'établir un double lien de filiation à son égard devienne soudain légitime en dépit de l'interdiction légale), il serait plus judicieux de partir du postulat de respectabilité de tous les intérêts privés et adopter en cas de conflit une démarche pragmatique de pesée des intérêts.

En présence d'un conflit positif de principes directeurs, il convient de trancher cette opposition en ménageant entre ces principes un juste équilibre au regard des circonstances de l'espèce. Il s'agit d'établir entre les principes un rapport de proportionnalité — pris dans le sens de juste équilibre — au moyen d'une pesée concrète des intérêts familiaux en jeu. Ce qui signifie qu'en cas de conflit entre principes directeurs, la finalité à faire prévaloir sera fonction des circonstances de chaque espèce, de façon à ce que soit toujours ménagé concrètement un juste équilibre entre ces principes. Il s'agit donc, au regard de la configuration conflictuelle, de donner ponctuellement la priorité à un principe tout en prenant en compte dans la foulée l'autre. Pour synthétiser, retenons que pour résoudre un conflit de principes directeurs, le raisonnement doit être scindé en deux étapes : l'établissement d'une priorité ponctuelle puis la prise en compte de l'autre principe ayant temporairement cédé.

247. L'établissement d'une priorité ponctuelle entre les principes directeurs. —

En raison de sa valorisation en droit interne et international, la tentation est grande de faire du principe de primauté des besoins de l'enfant un principe prioritaire et de réfléchir dans le même ordre d'idées, à une hiérarchie préétablie entre les principes directeurs ou à une hiérarchie entre les diverses composantes d'un même principe directeur¹. Néanmoins, il convient de résister à cette tentation et garder à l'esprit qu'en dépit de cette valorisation des besoins de l'enfant, il serait juridiquement erroné de conférer à cette finalité ou à toute autre, une priorité systématique en cas de conflit de principes directeurs. Il est proposé de privilégier plutôt une priorité ponctuelle, qui sera déterminée en fonction des circonstances de l'espèce. Sachant qu'à l'origine du conflit de principes directeurs se trouvent des intérêts antagonistes dont les parties souhaitent obtenir la réalisation juridique, on peut sortir de cette situation inextricable en donnant la priorité à l'intérêt dont la satisfaction portera le moins d'atteintes au principe garantissant la réalisation de l'intérêt adverse. En d'autres termes, il convient de se demander au regard des circonstances de l'espèce lequel parmi les intérêts en conflit pourra être satisfait en portant le moins d'atteintes possible à la substance du principe qui promeut l'autre.

Par exemple, soit deux intérêts antagonistes A et B garantis respectivement par les principes 1 et 2. Si en donnant la priorité à l'intérêt A, on porte une atteinte plus substantielle au principe 2 que dans la situation inverse qui consisterait à donner la priorité à l'intérêt B, il convient alors de donner ponctuellement une priorité à l'intérêt B. Il s'agit en quelque sorte de

¹ Une hiérarchie entre les principes directeurs serait destinée à trancher les conflits inter-principes directeurs tandis qu'une hiérarchie entre les différentes composantes d'un même principe serait destinée à trancher les conflits intra-principes directeurs.

préserver jusqu'au maximum possible les principes qui se télescopent, parce qu'aucun n'a dans l'absolu une supériorité sur l'autre.

Illustrons nos propos avec un exemple plus concret. Un enfant souhaite obtenir la vérité sur sa filiation. Il assigne en justice le parent prétendu et demande la réalisation d'une expertise biologique à laquelle le juge fait droit. Le parent prétendu s'y oppose et l'enfant veut qu'on l'y contraigne. Dans cette configuration conflictuelle, on a deux principes directeurs qui se télescopent : d'un côté, le principe de primauté des besoins de l'enfant et plus spécifiquement le droit à l'identité, et de l'autre le principe de liberté et plus spécifiquement le droit à l'intégrité physique. Or, si on donne la priorité au droit à l'identité de l'enfant, on porte atteinte à la substance même du droit à l'intégrité physique. En revanche, si on donne la priorité au droit à l'intégrité physique, on peut quand même prendre en compte le droit à l'identité en se fondant sur des éléments autres que la preuve scientifique pour retenir la paternité ou la maternité. Par conséquent, il convient de donner la priorité au droit à l'intégrité physique du parent prétendu¹. Cependant, pour aboutir à un juste équilibre entre ces deux principes en conflit, il faut également prendre en compte le besoin de satisfaction de l'autre.

248. La prise en compte du principe temporairement écarté. — Après avoir donné une priorité ponctuelle à un intérêt, il convient, pour assurer un juste équilibre entre les principes antagonistes, de prendre des mesures destinées à réduire au maximum le sacrifice imposé au principe qui garantit la satisfaction de l'intérêt écarté. En d'autres termes, la priorité ponctuelle n'autorise qu'un sacrifice minimum du principe écarté. En reprenant notre précédent exemple, il convient de retenir que lorsqu'une priorité ponctuelle est donnée au droit à l'intégrité physique du parent prétendu, pour qu'un juste équilibre soit maintenu entre les principes de liberté et de primauté des besoins de l'enfant, « le principe de proportionnalité exige que le système en question tire les conséquences du refus du père prétendu et statue rapidement sur l'action en recherche de paternité »², sans pour autant faire reposer l'établissement de la filiation sur ce simple constat de refus³. De même, lorsque dans un conflit portant sur l'exercice de l'autorité parentale une priorité ponctuelle est donnée au principe de primauté des besoins de l'enfant au détriment de la liberté de religion de son parent, l'atteinte au principe de liberté doit être limitée à ce qui est nécessaire pour garantir la

¹ Rapp., CEDH, 7 févr. 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, spéc. §-64, RTD civ. 2002, p. 866, note J.-P. MARGUENAUD. - CEDH, 30 mai 2006, *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie*, n° 60176/00, spéc. §-94.

² CEDH, 30 mai 2006, *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie*, n° 60176/00, spéc. §-94.

³ CEDH, 25 juin 2015, *C. Canonne c. France*, n° 22037/13, spéc. §-31, AJ fam. 2015, p. 499, obs. S. LE GAC-PECH ; EDFP 2015, n° 8, p. 2, obs. J.-M. LARRALDE. - Dr. fam. 2015, Alerte 62, obs. J. COUARD.

sécurité de l'enfant comme par exemple, l'interdiction de mettre en contact l'enfant avec les membres de la religion en cause¹.

Il convient alors de retenir que dans un conflit de principes directeurs, le principe écarté n'est jamais intégralement sacrifié. Une fois le conflit de principes directeurs résolu et un traitement envisagé par le truchement du principe directeur auquel une priorité ponctuelle est reconnue, il conviendra ensuite d'évaluer le besoin de correction de la solution projetée.

249. La correction de la solution projetée. — Dans l'hypothèse d'un conflit positif de principes directeurs, la solution projetée ne pourra être modérée qu'en présence d'un besoin social impérieux non garanti par le truchement d'un des principes directeurs en conflit. Et lorsque cette correction doit être réalisée, elle doit en principe conduire à donner la prévalence à la satisfaction du besoin social impérieux. Cependant, la prévalence ne sera pas donnée à la satisfaction du besoin social impérieux, si une telle prévalence engendre un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts que la solution projetée tend à garantir. Tel est le cas lorsque le législateur dans son envie d'assurer la prévalence du besoin social impérieux en cause n'a pas pris en compte les autres intérêts antagonistes en évitant au maximum de les frustrer inutilement ou en ne prévoyant pas leur prévalence à titre exceptionnel.

250. En définitive², le système proposé repose sur une articulation de principes directeurs et de principes correcteurs. En présence d'un conflit familial, il conviendra de rattacher les intérêts antagonistes à l'un des principes directeurs pour connaître la finalité du traitement à apporter à ce conflit. Cette finalité à garantir devient définitivement la solution du conflit lorsqu'il n'existe pas de raison de modérer dans le cas d'espèce, l'application pure et simple du principe directeur retenu. En revanche, lorsqu'un besoin de modération se fait sentir, soit parce que la solution projetée n'est pas compatible avec l'intérêt concret de l'enfant lorsqu'il se retrouve au cœur du conflit, soit parce qu'il existe un besoin social impérieux qu'il convient de ménager, il faudra corriger les conséquences non souhaitables de l'application pure et simple du principe directeur. La proportionnalité s'est révélée être l'instrument de cette correction, mais en fonction de la configuration conflictuelle, sa mobilisation confine, soit à la recherche d'un juste équilibre entre les différents éléments à évaluer, soit à la recherche d'un déséquilibre acceptable.

¹ Cass. 1^{re} civ., 22 févr. 2000, D. 2000, p. 273, obs. A. LEPAGE ; D. 2001, p. 422, obs. C. COURTIN ; RTD civ. 2000, p. 558, obs. J. HAUSER.

² Un tableau analytique et des schémas sont proposés en annexe pour mieux appréhender le modèle proposé.

La méthode pragmatique de systématisation proposée s'inspire de principes autour desquels les conflits familiaux reçoivent une réponse en droit positif. Cependant, si on met à l'épreuve dans une situation conflictuelle déjà jugée le modèle décisionnel proposé, aboutit-on à une identité de solution ? L'intérêt de la démarche étant de tirer du constat de la concordance entre les solutions issues de la mise en œuvre du modèle de systématisation et les solutions juridictionnelles, la capacité de notre modèle systémique à contribuer à la prévisibilité du traitement des conflits en droit extrapatrimonial de la famille.

SECTION II : L'EXPERIMENTATION DU MODELE FONCTIONNEL DE TRAITEMENT DES CONFLITS FAMILIAUX

251. Dans une démarche de confrontation des résultats auxquels aboutit le modèle proposé et les traitements juridictionnels retenus par le droit positif, la difficulté de l'entreprise consiste à choisir les conflits familiaux par lesquels l'expérimentation sera menée. Les choix qui seront opérés seront forcément subjectifs ; mais le souci d'expérimenter le modèle proposé dans toutes les configurations conflictuelles mises en lumière lors de son élaboration servira de critère objectif pour la sélection de certains conflits au détriment d'autres.

252. L'expérimentation du modèle proposé dans le cadre d'un conflit relatif à l'adoption d'un enfant recueilli en Kafala. — Essayons, à l'aune du modèle proposé de résoudre ce conflit qu'a eu à trancher la Cour de cassation¹. Après être née sous X et abandonnée, une enfant est déclarée pupille de l'État algérien et recueillie à l'âge de trois mois par une française dans le cadre d'une Kafala². Les juridictions algériennes procèdent également sur demande du Kafil, à la modification du nom de l'enfant recueilli. L'enfant fut admis au séjour en France dans le cadre d'une demande de regroupement familial. Une fois en France, la kafil sollicita auprès des juridictions françaises l'adoption plénière de l'enfant. Ces dernières, après avoir constaté, d'une part, qu'en vertu de la Kafala, la requérante était titulaire de l'autorité parentale et partant pouvait prendre à l'égard de l'enfant toutes les

¹ Cass. 1^{re} civ., 25 févr. 2009, n° 08-11033, JCP (G) 2009, II, 10072, note A. GOUTTENOIRE ; D. 2009, p. 1918, chron. A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS ; Dr. fam. 2009, comm. 82, note M. FARGE.

² La Kafala est une institution traditionnelle de droit musulman qui permet à une personne (le Kafil) de prendre l'engagement vis-à-vis d'un enfant mineur (le makfoul), de l'entretenir bénévolement, de l'éduquer et de le protéger, sans pour autant que ce recueil ne crée de liens de filiation entre eux.

décisions dans son intérêt, et, d'autre part, que le droit français soumettait entre autres l'adoption d'un mineur étranger à sa loi personnelle qui en l'espèce la prohibait, ont rejeté la demande d'adoption.

Au regard de ces faits, il convient de se demander si le modèle proposé permet de résoudre ce conflit entre, d'une part, les intérêts privés des requérantes qui aspirent à la reconnaissance juridique de leur vie familiale à travers l'établissement d'un lien de filiation et, d'autre part, les intérêts de la société qui aspire à une protection internationale des enfants en matière d'adoption internationale. Concrètement, cela revient à déterminer si on peut, en droit français, faire droit à une demande d'adoption lorsque la loi nationale de l'adoptée la prohibe. Pour ce faire, il faut commencer par identifier les principes directeurs applicables dans cette configuration conflictuelle, en sélectionner un et projeter une solution dont il conviendra d'évaluer ensuite le besoin de correction.

En ce qui concerne tout d'abord, la sélection du principe directeur applicable, il convient de souligner qu'en l'espèce il est possible de rattacher la satisfaction des intérêts privés au principe de primauté des besoins de l'enfant, puisque l'enfant a droit à une famille de substitution afin que lui soit garantie une vie dans un environnement propice à son développement personnel. Son représentant légal peut également invoquer sa liberté notamment celle de fonder une famille par le biais de l'adoption. Ces deux principes directeurs étant conciliables autour de l'objectif de protection des besoins de l'enfant, il n'y a donc pas de conflit de principes directeurs. Par conséquent, garantir les besoins de l'enfant doit être la finalité à donner au traitement du conflit. Ce qui conduit à retenir à titre provisoire que la satisfaction de la demande d'adoption de l'enfant doit être garantie, à moins que cette solution ne soit pas conforme à l'intérêt concret de l'enfant. Au regard des circonstances de l'espèce, rien ne permet de considérer l'adoption comme étant contraire à l'intérêt de cet enfant¹. Donc, la solution projetée consisterait à autoriser cette adoption.

En ce qui concerne ensuite l'évaluation du besoin de modération de cette solution, il convient de retenir qu'en l'espèce, cette solution projetée heurte de front un besoin social impérieux ou but légitime poursuivi par le législateur qui n'est autre que la protection des enfants en

¹ On voit bien que le processus de mise en œuvre du modèle proposé ne doit pas être rigide et qu'en fonction des circonstances factuelles, il est possible pour rendre le raisonnement cohérent d'intégrer, en cas de mobilisation du principe de primauté des besoins de l'enfant, le contrôle de l'opportunité de la satisfaction de ces besoins dans le cas concret, dès l'élaboration de la solution projetée. L'essentiel est que les règles du modèle soient mobilisées.

matière d'adoption internationale conformément aux engagements internationaux. Ainsi, en exigeant que l'adoption d'un enfant étranger soit conforme à sa loi personnelle, le législateur évite de créer à son détriment une situation boiteuse qui verrait son pays d'origine ne pas reconnaître ce lien de filiation. Il est donc nécessaire de modérer la solution projetée. Au regard des règles de fonctionnement du modèle proposé, il convient de donner la priorité à ce besoin social impérieux, sauf si le contrôle classique de proportionnalité débouche sur un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts garantis par le truchement de la solution projetée. Procédons alors au contrôle de proportionnalité.

Pour ce qui est de la vérification du critère d'utilité tout d'abord, il convient de se demander si l'interdiction de l'adoption plénière est un moyen susceptible d'atteindre l'objectif de protection de l'enfant et notamment de le prémunir du risque d'être victime d'une situation boiteuse. À cette interrogation, on ne peut que répondre par l'affirmative. Le critère d'utilité se trouve ainsi satisfait.

Pour ce qui est de la vérification du critère de nécessité ensuite, il convient de se demander s'il existe un moyen alternatif moins grave que le refus de l'adoption plénière pour éviter la survenance d'une situation boiteuse. Objectivement, on a du mal à trouver un moyen alternatif moins grave, puisque même l'autorisation de l'adoption simple ne permet pas d'éviter la survenance de la situation boiteuse. On considère que l'interdiction est nécessaire.

Enfin, la proportionnalité au sens strict nécessite de se demander si en dépit du refus d'autoriser l'adoption des enfants étrangers conformément à la prohibition faite par leur loi nationale, le législateur a quand même pris en compte les autres intérêts légitimes susceptibles d'être heurtés par cette décision. Sachant que cette prise en compte se déduit, soit de l'existence de mesures destinées à frustrer au minimum les autres intérêts légitimes en jeu, soit de la possibilité laissée à ces intérêts légitimes de pouvoir, dans des circonstances exceptionnelles ne subir aucune frustration, on doit reconnaître qu'en permettant au kafil et au makfoul de vivre une vie familiale normale en France, en dépit de l'absence de lien de filiation entre eux¹, d'une part, et, d'autre part, parce que cette interdiction de l'adoption n'est pas absolue, puisque le makfoul recueilli et élevé en France pendant 3 ans par un kafil français peut acquérir la nationalité française par déclaration (art. 21-12 du C. civ.) et devenir de ce fait adoptable, le législateur français fait montre d'une prise en compte de ces intérêts antagonistes. Le déséquilibre ici étant acceptable, il conviendra en fin de compte de faire triompher l'intérêt général justifiant le refus d'adoption. Le résultat auquel aboutit la mise en

¹ Leur situation en France est considérée comme une délégation de l'autorité parentale.

œuvre du modèle proposé a même été jugé conforme aux droits fondamentaux¹. Il appert que la mise en œuvre de notre modèle aboutit, dans cette situation, au même résultat que le traitement juridictionnel donné.

253. L'expérimentation du modèle proposé dans le cadre d'un conflit relatif à la restitution d'un enfant placé en vue d'une adoption. — Une autre situation inextricable qui a été largement médiatisée permet de mettre à l'épreuve le modèle de traitement des conflits proposé. La configuration factuelle était la suivante.

Une femme accouche sous X d'un enfant le 30 avril 2013. Celui-ci est alors admis en qualité de pupille de l'État à titre définitif à compter du 30 juin 2013. Son père alors détenu l'a reconnu le 2 mai 2013. Mais cette reconnaissance ne fut portée sur l'acte de naissance de l'enfant que le 21 octobre 2013, soit après les recherches effectuées par le procureur de la République pour l'identifier (art. 62-1 du C. civ.). Le 12 juillet 2013, l'enfant fut placé aux fins d'adoption au domicile des époux G. Ce même jour, le père biologique fit parvenir un fax suivi d'une lettre recommandée à l'Aide sociale à l'enfance afin que soit sursis à toute décision de placement concernant l'enfant. Pour le président du Conseil général, le placement en vue d'adoption empêchait toute restitution (art. 352 du C. civ.). Face au refus de restituer l'enfant à son père biologique, celui-ci intenta une action en justice le 13 janvier 2014. Il convient de souligner qu'aucun jugement d'adoption n'ayant été prononcé au profit des époux G, le conflit portait uniquement sur la question de savoir si l'enfant devait être restitué à son père biologique ou maintenu au foyer des candidats à l'adoption.

En mettant en œuvre le modèle de traitement proposé, il convient de reconnaître qu'on est en présence d'un conflit opposant les différentes composantes du principe de primauté des besoins de l'enfant. En effet, s'opposent d'un côté la nécessité de doter un enfant d'une famille de substitution afin d'assurer, dans les plus brefs délais, la stabilité de son environnement, et de l'autre les droits du père biologique au respect de sa vie privée qui rejoint également le droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux dans la mesure du possible.

Face à un conflit de principes directeurs, une pesée concrète des intérêts s'impose, afin de déterminer quelle composante des besoins de l'enfant doit primer sur l'autre. Pour ce faire, il conviendra de donner la priorité à la composante des besoins de l'enfant dont la non-satisfaction lui causerait le plus grand dommage tout en réduisant au maximum le sacrifice

¹ CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c. France*, n° 43631/09, D. 2012, p. 2947, note P. HAMMJE ; AJ fam. 2012, p. 546, obs. A. BOICHÉ ; RTD civ. 2012 p. 705, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RJPF 2012/11, p. 41 note T. GARÉ ; Dr. fam. 2012 p. 187, note M. FARGE ; RTD civ. 2013, p. 105, obs. J. HAUSER.

porté à l'autre composante de ses besoins. Or, il ressort des expertises et enquêtes que pour ne pas compromettre le développement personnel de l'enfant qui a déjà éprouvé l'abandon à la naissance, il conviendrait de le maintenir au foyer des candidats à l'adoption, d'autant plus que le père, déjà parent d'une fille de 5 ans dont il s'est désintéressé, n'offrait pas de garanties réelles quant à sa capacité à assumer de manière satisfaisante ses obligations parentales vis-à-vis de son fils encore en bas âge.

Au regard de ces circonstances, il convient de faire primer la stabilité en maintenant l'enfant au domicile des candidats à l'adoption. En revanche, pour ne pas frustrer plus que de raison l'autre composante des besoins de l'enfant, il convient d'encourager le développement des relations entre l'enfant et son père en accordant à ce dernier, un droit de visite et d'hébergement dès que la situation du premier le permettra. La solution projetée n'étant pas incompatible avec un besoin social impérieux qui n'eût été pris en compte jusqu'à présent, elle doit donc être définitivement retenue.

Cette solution proposée rejoint à peu près celle retenue par la Cour d'appel de Rennes dans ladite affaire¹. Toutefois, pour ne pas tomber dans le piège compassionnel tendu par l'excessive médiatisation de cette affaire, il convient de préciser que cette solution n'est pas synonyme d'adoption. D'ailleurs, la reconnaissance étant un acte déclaratif, celle-ci a une portée rétroactive qui établit la paternité du père biologique au jour de la naissance de l'enfant, de sorte que seul son père peut valablement consentir à son adoption (art. 348-1 du C. civ.). Les candidats à l'adoption ne peuvent non plus se prévaloir, du fait du placement, d'une atteinte à leur prévision légitime, car l'adoption n'est pas l'issue automatique du placement ; seul l'intérêt de l'enfant peut la justifier.

Bref, la solution qui est retenue est une solution temporaire semblable à une mesure d'assistance éducative qui aurait été prise en raison de l'abandon originelle de l'enfant. Elle durera tant que la situation de l'enfant l'exige. Dans le cas contraire, l'enfant doit être restitué à son père. Le consentement du père à l'adoption ou la possibilité reconnue au juge de prononcer l'adoption en cas de refus de consentement abusif du père (art. 348-6 du C. civ.), restent les seuls espoirs pour les candidats à l'adoption de voir ce projet — qui à l'origine a motivé leur engagement auprès de l'enfant — aboutir.

254. L'expérimentation du modèle proposé dans le cadre d'un conflit relatif à l'usage d'un titre honorifique. — Une situation conflictuelle originale soumise à la sagacité

¹ CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384, Dr. fam. 2015, comm. 8 obs. C. NEIRINCK, AJ fam. 2014, p. 693, obs. P. SALVAGE-GEREST.

des juges¹ permet d'illustrer le fonctionnement du modèle proposé en présence d'un conflit négatif de principes directeurs. Les faits étaient les suivants :

Après avoir divorcé du Duc de Clermont-Tonnerre, son ex-épouse continue à faire usage du titre nobiliaire de Duchesse de Clermont-Tonnerre, tant dans ses activités mondaines que dans ses activités commerciales. Le Duc, souhaitant faire cesser l'usage de ce titre par son ex-femme, l'assigne en justice. Il convient donc de se demander si l'on pouvait permettre à une femme divorcée non-titrée de faire usage du titre honorifique de son ex-époux.

Dans cette configuration conflictuelle, l'intérêt de la femme divorcée à user du titre nobiliaire de son ex-mari ne pouvait être rattaché ni au principe de liberté – puisque l'usage de ces titres honorifiques n'est pas libre – ni au principe de confiance légitime – puisqu'il s'agissait d'un usage temporaire découlant de son lien matrimonial –. De même, il est difficile de rattacher l'intérêt du Duc à s'opposer à l'usage du titre de Duchesse par son ex-épouse à l'un de nos principes directeurs. Il s'avère donc qu'aucun principe directeur n'est en l'espèce mobilisable. Étant en présence d'intérêts purement privés, il convient de réaliser une pesée concrète entre eux en donnant la priorité au porteur de l'intérêt dont la non-satisfaction est susceptible d'engendrer le plus grand préjudice. Pour ce faire, il convient d'examiner les circonstances de l'espèce. Le Duc fait remarquer de son côté que les règles régissant l'usage des titres nobiliaires interdisent l'emploi simultané à titre d'usage du même titre, par deux personnes non titrées elles-mêmes ; par conséquent, ces règles imposaient en cas de divorce aux personnes non titrées de cesser l'usage du titre honorifique de leur époux ou épouse. De son côté, l'ex-femme fit remarquer que son intérêt à porter le titre de Duchesse, malgré le divorce, n'était pas purement symbolique puisqu'elle a acquis une notoriété professionnelle sous le titre de Duchesse de Clermont-Tonnerre accolé à son nom. On peut donc déduire que l'intérêt particulier de l'ex-épouse devrait l'emporter sur l'intérêt de l'ex-époux à s'opposer à cet usage conformément aux règles traditionnelles régissant les titres nobiliaires. Mais, on peut aussi imaginer que le résultat aurait été tout autre dans l'hypothèse où cet usage par l'ex-épouse aurait empêché en cas de remariage du Duc, sa nouvelle épouse à faire usage du titre, conformément au régime des titres nobiliaires. Toutefois, en raison de l'intérêt particulier reconnu à l'ex-épouse à user de ce titre, une solution originale pourrait être retenue. Elle

¹ Voir, TGI Châteauroux, 26 Sept. 1995, JCP (G) 1996, II, 22605, note L. RUET. Puis en appel, CA Bourges, 24 février, 1998, JCP (G) 1998, II, 10072, note L. RUET, RTD civ. 1998, p. 654, note J. HAUSER.

consisterait à imposer à l'ex-épouse de signaler dans son usage du titre honorifique sa qualité d'ancienne épouse¹.

Cette solution, à laquelle aboutit la mise en œuvre du modèle proposé, correspond à celle prise par le tribunal de grande instance de Châteauroux en première instance. Cependant, elle n'a plus été retenue en appel, puisque les juges de la Cour d'appel de Bourges ont décidé de reconnaître l'autonomie du droit nobiliaire en faisant une application pure et simple de ses règles. Le traitement proposé par le modèle systémique ne correspond pas toujours au traitement juridictionnel...

255. L'expérimentation du modèle proposé dans le cadre d'un conflit relatif à l'établissement du double lien de filiation d'un enfant incestueux. — Éprouvons également notre modèle de traitement des conflits dans le cadre d'une autre configuration conflictuelle jugée par la Cour de cassation². Les faits étaient les suivants :

Un frère et une sœur ayant le même père donnent naissance à une enfant. Cette dernière fut reconnue par sa mère puis par son père. Mais la reconnaissance du père fut annulée en raison de la prohibition de l'établissement d'un double lien de filiation au profit d'un enfant incestueux. Le père déposa alors une requête aux fins d'adoption simple de l'enfant. Celle-ci fut rejetée par les premiers juges du fond. En revanche, les seconds juges du fond intervenant en cause d'appel firent droit à cette demande, justifiant ainsi un pourvoi en cassation du ministère public. Il fallait donc déterminer si l'interdiction de doter un enfant incestueux d'un double lien de filiation était absolue ; ce qui empêcherait également la création de ce double lien par le truchement d'un mécanisme comme l'adoption.

À propos des intérêts en jeu dans cette affaire, on retrouve d'un côté l'intérêt d'une société exogamique à faire respecter un interdit fondateur sur lequel repose son système de parenté — il s'agit donc d'un besoin social impérieux — et de l'autre, le droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation. On se retrouve alors en présence d'une configuration conflictuelle idéale, puisque seul le principe de primauté des besoins de l'enfant est mobilisable. Il convient alors d'autoriser au nom de ce principe directeur l'établissement du double lien de filiation, à moins que cette décision ne soit pas conforme à l'intérêt concret de l'enfant. En l'espèce, les parents sont des collatéraux consanguins. Il est probable qu'ils

¹ « Ex-duchesse, la ci-devant duchesse (...) ? », c'est selon. Voir, les observations du professeur Jean HAUSER à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges (RTD civ. 1998, p. 654).

² Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, D. 2004, p. 1419, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; JCP (G) 2004, II, 10064, obs. C. LABRUSSE-RIOU ; RTD civ. 2004, p. 75, obs. J. HAUSER ; Defrénois 2004, p. 594, obs. J. MASSIP.

portent le même nom. Dès lors, si on permet l'établissement du second lien de filiation, la qualité d'enfant incestueux sera très facilement perceptible par les tiers et on peut douter qu'il soit de l'intérêt de cet enfant d'être ainsi stigmatisé. En plus, l'établissement d'un double lien de filiation entérinerait sur le plan juridique une confusion pour l'enfant dans sa perception des adultes, puisque son père serait à la fois son oncle et sa mère à la fois sa tante. Toutefois, il faut bien reconnaître qu'il ne s'agit que de supputations et que certains enfants s'accommoderont très bien de la situation¹. Si tel est le cas, il faudra projeter l'établissement du double lien de filiation.

Dans l'hypothèse où on projetterait l'établissement du double lien de filiation, on se retrouverait confronté à un conflit entre la satisfaction des intérêts privés et la sauvegarde d'un besoin social impérieux. Il faudrait alors donner la prévalence au besoin social impérieux, sauf si cette prévalence entraîne un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts privés. Dès lors, la difficulté se résoudra par application du principe de proportionnalité.

La vérification du critère d'utilité tout d'abord ; il faut se demander si le refus de doter un enfant incestueux d'un double lien de filiation constitue un moyen susceptible d'inciter les individus à l'exogamie. À n'en pas douter, cette prohibition constitue une mesure de dissuasion susceptible d'assurer l'effectivité de l'interdit de l'inceste.

La vérification du critère de nécessité ensuite ; il faut se demander s'il existe un moyen alternatif moins grave que le refus d'établissement du double lien pour dissuader de manière satisfaisante toute violation de cet interdit fondateur qu'est l'inceste. Objectivement, on peut relever qu'il serait possible de trouver d'autres alternatives moins graves, mais tout aussi efficaces pour dissuader les procréations incestueuses ; la condamnation pécuniaire des parents incestueux ou encore la généralisation d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale lorsque des personnes entre lesquelles il existe un empêchement à mariage procréent peuvent par exemple poursuivre un tel but. Dès lors, on aurait tendance à juger cette interdiction de doter l'enfant incestueux d'un double lien de filiation non nécessaire. Et même si cette interdiction est jugée nécessaire à l'effectivité de l'interdit de l'inceste, la proportionnalité de la mesure au sens strict pose problème en raison de son caractère absolu². Il apparaît ainsi que le législateur n'a pas suffisamment pris en compte le besoin de l'enfant incestueux d'avoir sa filiation établie dans les deux branches. Autrement dit, la mobilisation du modèle proposé,

¹ Voir par exemple, CEDH, 13 Sept. 2005, *B.L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, Dr. fam. 2005, comm. 234, note A. GOUTTENOIRE, M. LAMARCHE ; RTD civ. 2005, p. 758, obs. J. HAUSER.

² Voir, Caen, 8 juin 2017, RG n° 16/01314, AJ. fam. 2017, p. 545, obs. J. HOUSIER.

avec toutes les conditions factuelles posées, tend vers l'autorisation de l'adoption de l'enfant incestueux par le parent à l'égard duquel la filiation n'a pas été établie. Cette solution s'inscrit donc à contrecourant de celle retenue à l'époque par la Cour de cassation dans ladite affaire¹, mais se trouve confortée par de récentes évolutions jurisprudentielles².

¹ Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, précit.

² Caen, 8 juin 2017, précit.

CONCLUSION DU CHAPITRE

256. La méthode pragmatique de systématisation repose sur une observation, qu'on espère honnête, de la régulation des conflits familiaux en droit positif. Il est en effet difficile de nier l'importance attachée par le droit contemporain de la famille à la prise en compte des besoins de l'enfant, à l'exigence d'égalité, à la soif d'autonomie personnelle dans les rapports de famille, et aux besoins contradictoires de stabilité et de flexibilité.

Ce sont toutes ces exigences qu'on a voulu articuler en système de traitement afin d'assurer à la gestion curative des conflits familiaux, un minimum de sécurité juridique.

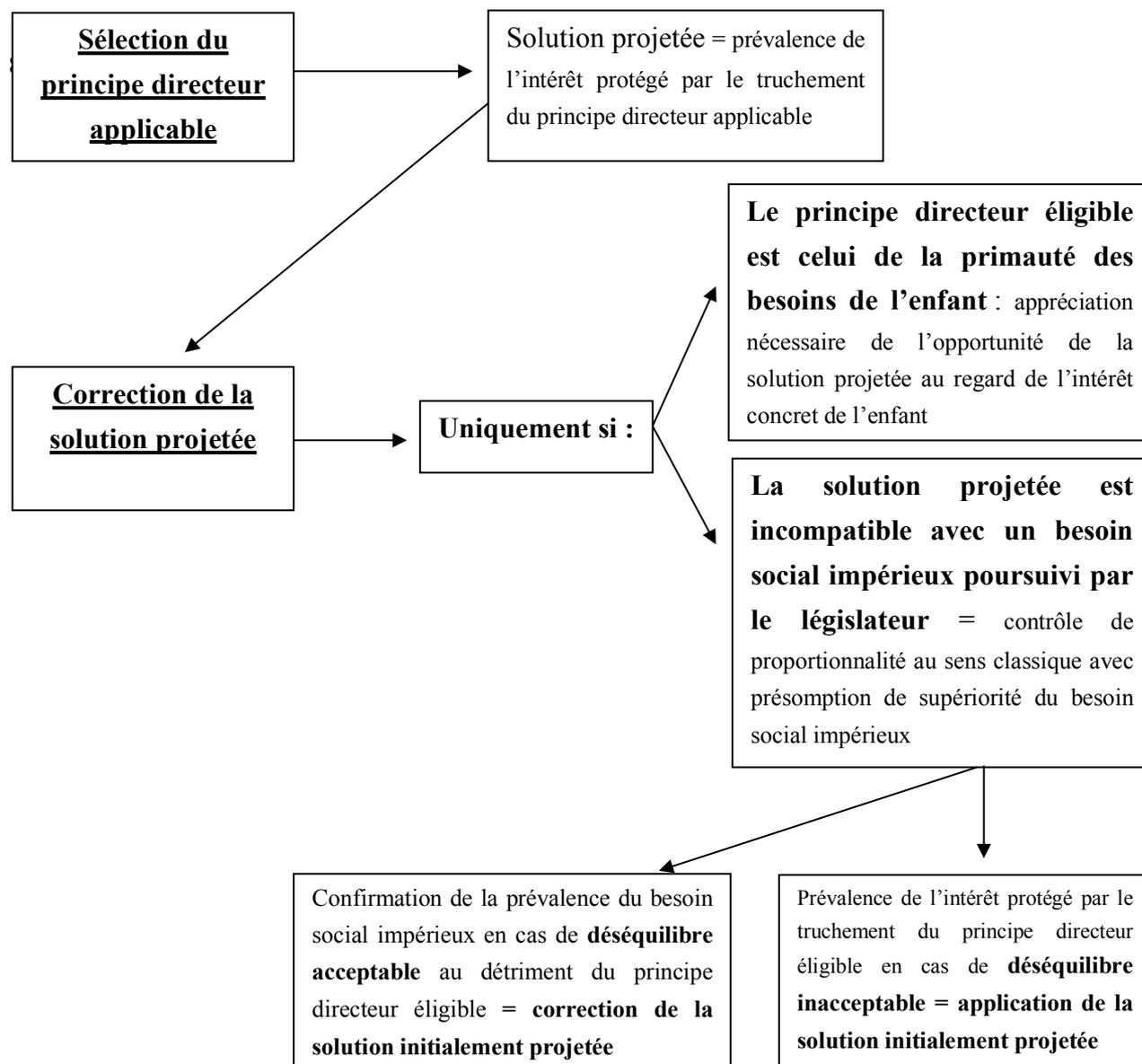
À ce propos, il convient de souligner que la prétention n'était pas de garantir une certitude dans le traitement des conflits familiaux, mais bien une prévisibilité. Ainsi, même si la mise en œuvre de notre modèle fait dans certaines situations la part belle à l'appréciation des circonstances de fait, il n'en demeure pas moins vrai que ce risque de subjectivité reste cantonné par la rationalisation du processus décisionnel. En effet, la démarche d'adaptation des solutions par le truchement des principes correcteurs a été soigneusement balisée dans le dessein de la rendre la plus objective possible. Pour ce faire, des présomptions de supériorité de certains intérêts et des présomptions de déséquilibre acceptables ont été posées.

Le modèle ainsi proposé a été éprouvé par le biais d'un échantillon de conflits familiaux loin d'être significatif. Néanmoins, cette expérimentation a permis de constater que les traitements auxquels tendait le modèle proposé ne correspondaient pas toujours à ceux qui étaient retenus en droit positif. Mais l'essentiel, à nos yeux, se trouve dans la démonstration suivant laquelle la systématisation pragmatique participe assurément à la prévisibilité des traitements. En effet, même si le modèle proposé n'aboutit pas nécessairement au traitement juridictionnel proposé, il a au moins le mérite de mettre au jour l'existence de garanties devant impérativement être conférées aux parties dans le traitement des conflits familiaux. En d'autres termes, même si les litigants ne peuvent prévoir avec certitude que leurs revendications seront satisfaites, le fait de savoir dès le départ qu'on ne pourra, peu importe la configuration conflictuelle, les priver de certaines garanties constitue un acte de prévision non négligeable en la matière.

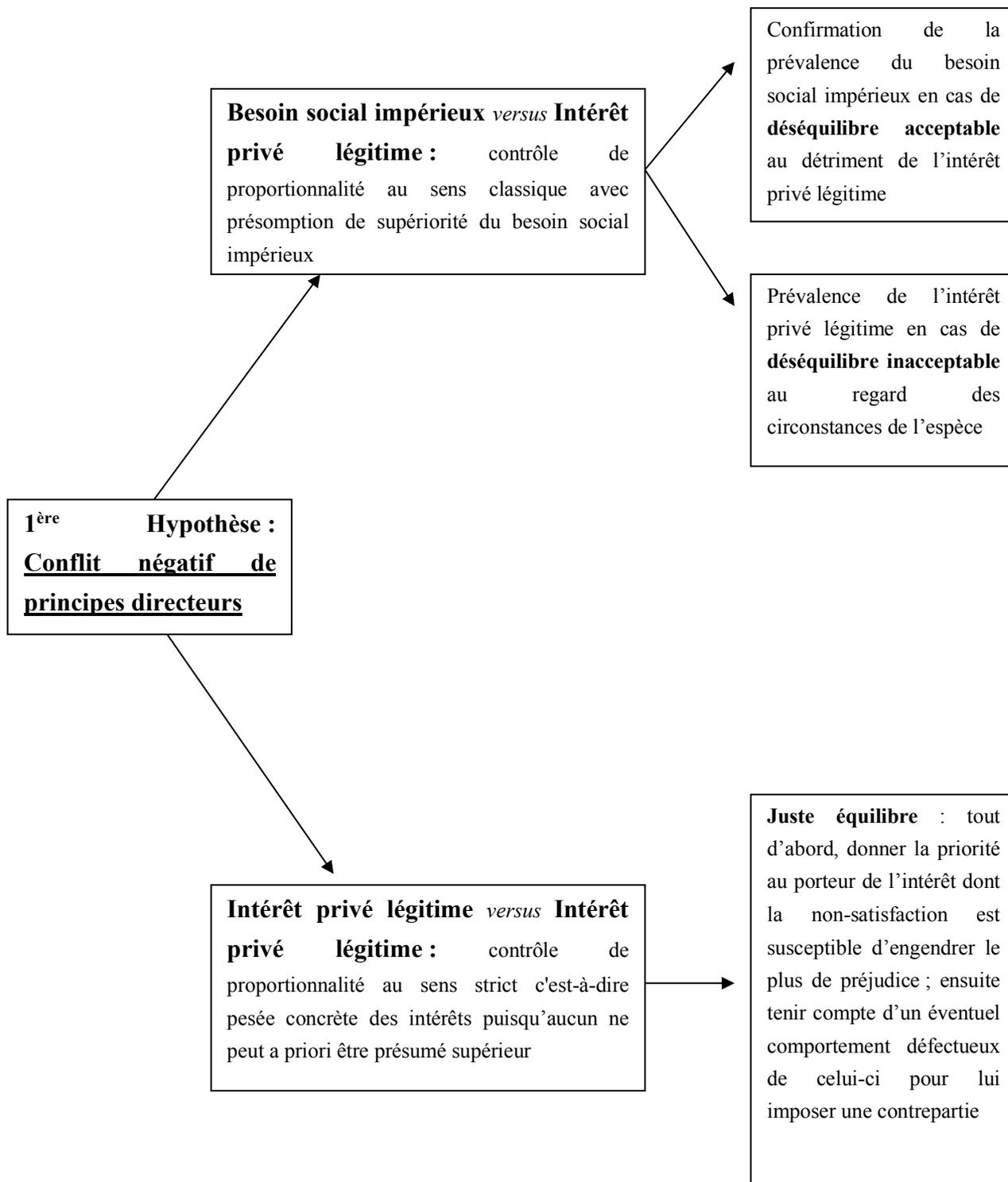
257. Appréhension des principes directeurs et correcteurs

		<u>PRINCIPAUX OBJECTIFS</u>	<u>DOMAINE D'APPLICATION</u>
<u>PRINCIPES DIRECTEURS</u>	Primauté des besoins de l'enfant	<ul style="list-style-type: none"> Garantir une évolution dans un environnement sain Garantir une construction identitaire satisfaisante Assurer la pérennité des liens affectifs 	Assurer la primauté des besoins de l'enfant est un objectif à garantir dans tous les conflits nécessitant une décision concernant l'enfant
	Liberté	<ul style="list-style-type: none"> Garantir à tout individu une maîtrise sur son corps Garantir à tout individu une liberté affective Garantir à tout individu une liberté de croyance et de religion 	Ne pas imposer une contrainte physique ou psychique à une partie est un objectif à atteindre dans le traitement de tous les conflits familiaux
	Egalité	<ul style="list-style-type: none"> Garantir aux parties une égalité procédurale : accès à un tribunal, droit à un procès équitable, droit à l'exécution des jugements définitifs Garantir aux parties une égalité substantielle : égalité dans les rapports de couple, égalité entre enfants 	Ne pas instaurer dans le traitement des conflits une différence de traitement entre les parties est un objectif à atteindre dans le traitement de tous les conflits familiaux
	Confiance légitime	<ul style="list-style-type: none"> Garantir à tout individu, dans un souci de sécurité juridique, le respect de ses prévisions légitimes 	Ne pas remettre en cause les légitimes prévisions des parties est un objectif à atteindre chaque fois que le traitement des conflits familiaux menace la stabilité des droits ou situations définitivement fixés
<u>PRINCIPES CORRECTEURS</u>	Intérêt de l'enfant	<ul style="list-style-type: none"> Garantir à l'enfant des besoins adaptés à sa situation concrète 	Principe à mobiliser chaque fois que le principe de primauté des besoins de l'enfant est éligible
	Proportionnalité	<ul style="list-style-type: none"> Vérifier si la dérogation à l'application pure et simple du principe directeur éligible est un moyen susceptible d'atteindre le but poursuivi Vérifier s'il n'existe pas un moyen alternatif moins grave que la non-application du principe directeur éligible Vérifier si au regard des intérêts en jeu, la non-application pure et simple du principe directeur éligible n'entraîne pas de conséquences déraisonnables 	Toutes les fois qu'un besoin de correction de la solution projetée en application d'un principe directeur se fait ressentir
	Responsabilité	Prendre en compte le comportement inadapté des parties qui engendre en totalité ou en partie la situation conflictuelle à résoudre	Principe non autonome à mobiliser dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité

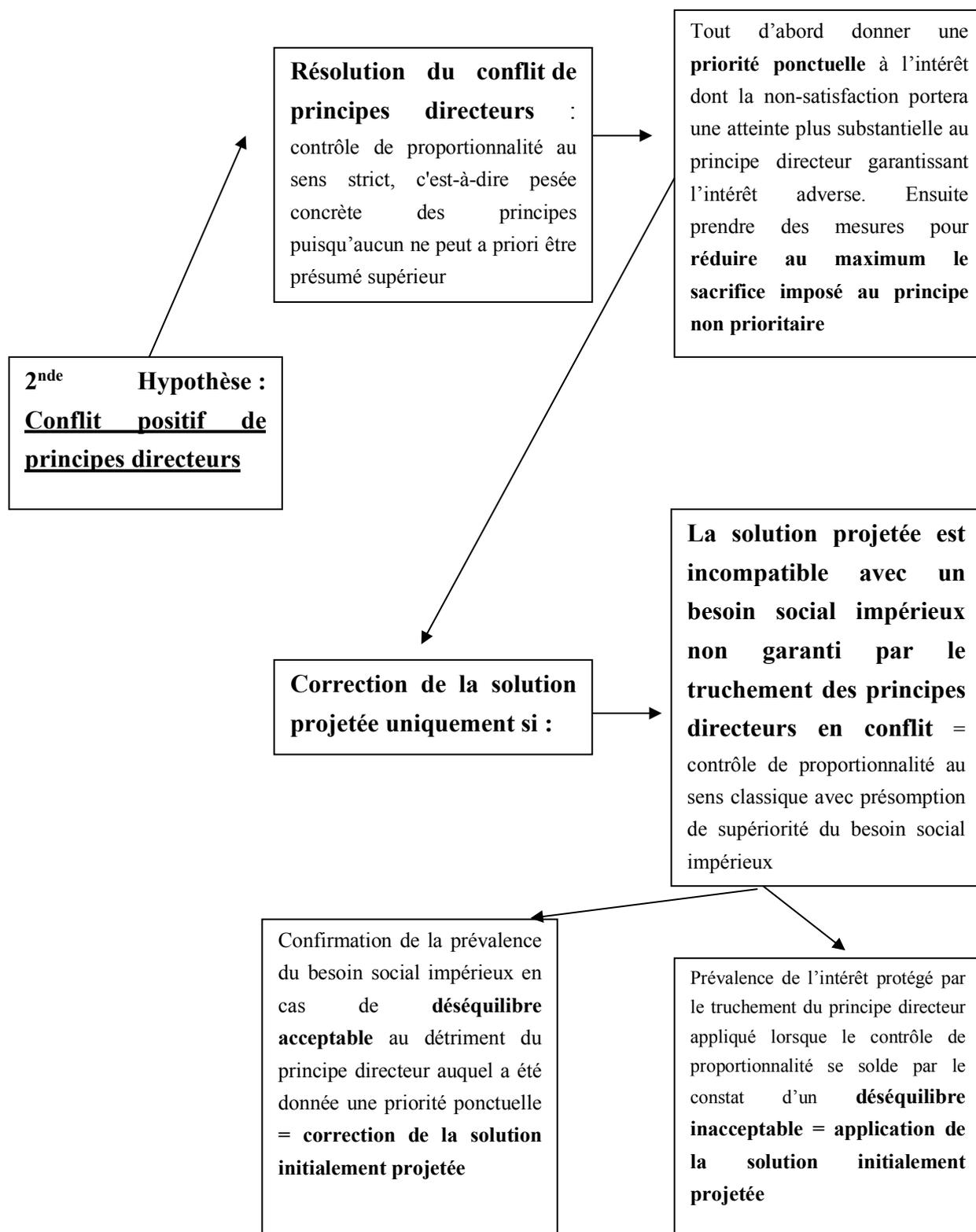
258. Fonctionnement du système proposé en présence d'une configuration conflictuelle idéale



259. Fonctionnement du système proposé en présence d'une configuration conflictuelle complexe (1)



260. Fonctionnement du système proposé en présence d'une configuration conflictuelle complexe (2)



CONCLUSION DU SECOND TITRE

261. À titre prospectif, deux voies de systématisation de la gestion curative des conflits familiaux ont été proposées. Une première consiste à élaborer un modèle théorique de traitement des conflits familiaux à partir d'une hiérarchie des prérogatives juridiques. Une seconde consiste à élaborer un modèle pragmatique de traitement à partir des grands principes qui orientent en droit positif le traitement des conflits en droit extrapatrimonial de la famille. La voie de la modélisation théorique nécessitant un classement des intérêts, on s'est alors référé aux classifications doctrinales des prérogatives juridiques pour établir une pyramide des intérêts. Ainsi, il a été retenu tout d'abord qu'à la périphérie de cette pyramide, se meuvent des intérêts illégitimes dont la satisfaction n'est pas tolérée par le droit ; ces intérêts illégitimes sont donc sacrifiés chaque fois qu'ils entrent en conflit avec les intérêts intégrés au sein de la pyramide. Revenant à cette pyramide des intérêts, il convient de souligner qu'à sa base se trouvent des intérêts simplement légitimes qui ne bénéficient pas pour leur réalisation d'une protection juridique *a priori* ; en effet, le droit à une protection juridique de ces intérêts naît du jugement reconnaissant leur légitimité dans la situation concrète de leurs porteurs. Au-dessus des intérêts simplement légitimes se trouvent les libertés civiles ; il s'agit d'avantages attribués également à tous les sujets de droit et dont la satisfaction est jugée *a priori* légitime par le droit objectif. Au sommet de la pyramide, trônent les droits subjectifs qui sont des avantages distribués inégalement aux sujets de droit et dont la satisfaction bénéficie d'une protection juridique spécifique prévue par le droit objectif.

Une fois cette pyramide des intérêts élaborée, il suffit, en cas de conflit, d'identifier la place occupée par les intérêts antagonistes et de donner la prééminence à l'intérêt de rang supérieur. En cas de conflit entre intérêts de même rang, il convient alors d'imposer aux intérêts antagonistes un égal sacrifice ou faire triompher l'un en application de la théorie de la frustration minimale.

Ce modèle conceptuel, aussi séduisant soit-il, présente de nombreux défauts. L'existence même d'une telle pyramide ne fait pas l'unanimité puisqu'il existerait des prérogatives juridiques comme les droits et libertés fondamentaux qui transcendent cette classification¹.

¹ X. DUPRE DE BOULOIS, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé*, JCP (G) 2007, I, 211, spéc. p. 19 « La catégorie des droit et liberté fondamentaux transcende donc les classifications traditionnelles des prérogatives juridiques élaborées par la doctrine ».

Aussi, il faut remarquer que cette pyramide des intérêts ne permet pas de classer l'intérêt général ; partant, on tombe dans une impasse lorsque le conflit oppose les intérêts privés à l'intérêt général. De même, il a été souligné que la mobilisation du modèle conceptuel de traitement des conflits était susceptible d'aboutir à des résultats imprévisibles en raison du risque de subjectivité, à la fois dans le classement des intérêts en conflit, mais aussi dans la mise en œuvre concrète du traitement. Enfin, pour définitivement remiser le modèle conceptuel au rang des fausses bonnes idées, son inadaptation à la systématisation des conflits familiaux a été mise en exergue.

La modélisation conceptuelle ne pouvant constituer un remède efficace à l'incertitude juridique en matière de traitement des conflits familiaux, a été proposé un autre modèle ; celui-ci s'inspire des grands principes de traitement des conflits familiaux tels qu'ils ressortent du droit positif.

En s'engageant dans la voie d'une modélisation pragmatique, il a fallu tout d'abord découvrir les principes de traitement des conflits familiaux. Certains ont été qualifiés de directeurs parce qu'ils indiquent la finalité du traitement des conflits et d'autres de correcteurs parce qu'ils permettaient de corriger les conséquences indésirables d'une application pure et simple des premiers. La primauté des besoins de l'enfant, la liberté, l'égalité et la confiance légitime ont été érigées en principes directeurs tandis que l'intérêt de l'enfant, la proportionnalité et la responsabilité ont quant à eux été érigés en principes correcteurs. Il a ensuite été précisé que par souci d'éviter que la mobilisation du modèle fonctionnel ne se transforme en contrôle d'opportunité, la correction de la solution projetée suite au choix du principe directeur ne devrait intervenir que dans les hypothèses où cette solution risque de heurter l'intérêt concret de l'enfant lorsque celui-ci est au cœur du conflit, ou un besoin social impérieux.

Le modèle fonctionnel proposé a ensuite été éprouvé à l'aune de conflits familiaux que les juges ont effectivement eus à connaître. Et il ressort des quelques expérimentations menées que même si le modèle proposé ne permettait pas toujours d'arriver à la solution retenue en droit positif, il possédait néanmoins l'avantage de restaurer une certaine visibilité dans le traitement des conflits familiaux.

En fin de compte, que les modèles proposés emportent ou non la conviction, l'apport du présent chapitre réside dans la démonstration suivant laquelle il demeure possible, en mettant à disposition du juge des repères décisionnels, de rationaliser le traitement curatif des conflits en droit extrapatrimonial de la famille.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

262. Il s'infère de ces réflexions prospectives, qu'un système de régulation des conflits familiaux maintenant un équilibre raisonnable entre le besoin d'adaptation des traitements et le besoin de prévisibilité reste possible. Celui-ci s'articulerait autour de techniques de prévention des conflits familiaux et de techniques d'objectivation du traitement des conflits familiaux.

En ce qui concerne la gestion préventive, la démarche proposée consiste à la faire reposer tout d'abord, sur un effort légistique du législateur ; par cet effort, il est principalement demandé au législateur de s'assurer au préalable de l'articulation des prérogatives nouvelles avec le corpus juridique existant, afin que le droit lui-même ne soit pas polémogène. La démarche proposée consiste ensuite, à faire reposer la gestion préventive sur un droit à la continuité dans le temps et dans l'espace des réponses juridictionnelles déjà apportées au conflit. La démarche proposée consiste enfin, à faire reposer la gestion préventive sur une responsabilisation des individus ; l'idée promue est de miser sur la fonction dissuasive des sanctions en attachant systématiquement des conséquences désagréables aux comportements inadaptés conduisant au conflit.

En ce qui concerne la gestion curative, son objectivation devrait reposer sur une modélisation pragmatique du traitement des conflits familiaux. En effet, la modélisation théorique comme technique d'objectivation du processus décisionnel a été écartée, parce qu'en reposant uniquement sur un ordonnancement dogmatique et inflexible des intérêts, cette technique sacrifie le besoin d'adaptabilité des traitements. Dès lors, pour garantir également le besoin d'adaptabilité, la modélisation pragmatique a recueilli nos faveurs. En effet, contrairement à la modélisation théorique, la modélisation pragmatique ménage un équilibre acceptable entre le besoin de prévisibilité et le besoin d'adaptabilité des traitements. Caricaturant le propos, on peut retenir que la prévisibilité des traitements est assurée par la mobilisation des principes directeurs de traitement, tandis que le besoin d'adaptation est utilement pris en compte à travers la mobilisation des principes correcteurs.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« À l'origine d'un effort théorique quelconque, il doit probablement y avoir toujours un certain sentiment d'insatisfaction devant l'état actuel des connaissances ou de leur présentation ».¹

263. La poursuite d'un but. — Partant du constat d'un traitement empirique des conflits familiaux, il a été assigné à cette recherche, l'objectif de déterminer s'il était encore possible de restaurer une vision d'ensemble destinée à rendre moins incertains les traitements juridictionnels en la matière. À l'issue de cette étude, on peut affirmer qu'il est possible de réduire la part d'incertitude dans le traitement des conflits familiaux, en rationalisant au maximum la méthode par laquelle une solution leur est donnée.

264. L'approche retenue pour l'atteindre. — Toutefois, l'approche retenue pour atteindre un tel but se veut pragmatique pour plusieurs raisons.

La première est relative à l'érosion de la force symbolique du droit de la famille. En effet, il a été démontré que les individus revendiquent de plus en plus le droit de déterminer eux-mêmes les finalités familiales qui leur importent et ne reconnaissent plus au législateur une légitimité pour déterminer, et encore moins, pour imposer un ordre précis de valeurs en matière familiale. Dès lors, à défaut de faire un tri entre les valeurs et de fixer par la norme des finalités familiales qui vaudraient pour toutes formes de vie en famille, il serait illusoire de prétendre rationaliser le traitement des conflits familiaux au travers d'une approche dogmatique qui suppose la possibilité de hiérarchiser en amont les différents intérêts personnels et familiaux.

La seconde est relative au besoin contemporain, issu de la logique des droits fondamentaux, qui consiste à atteindre dans le traitement des conflits familiaux l'idéal de justice dans chaque

¹ C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, PUF, 1987, p. 56.

cas particulier. Pour ce faire, il est nécessaire que les règles de conflit ne consacrent pas des arbitrages définitifs et inflexibles. Or, ce besoin de flexibilité s'accommode mal d'une approche dogmatique du traitement des conflits familiaux.

265. La détermination des finalités dominantes en matière de traitement des conflits en droit extrapatrimonial de la famille. — De ces constatations, une approche pragmatique a été privilégiée pour la rationalisation du traitement des conflits familiaux. Concrètement, cette approche pragmatique consiste à systématiser, à partir des arbitrages juridictionnels en la matière, le processus décisionnel. À ce propos, on a pu souligner que des finalités dominantes ressortent de l'analyse des traitements juridictionnels donnés aux conflits familiaux.

Ainsi, il a pu être établi qu'en l'état actuel du droit positif, une importance est attachée au respect des prévisions légitimes des parties. Partant, il doit être assuré aux litigants une certaine continuité des situations régulièrement constituées ou cristallisées dans le temps.

Aussi, il a pu être établi qu'en l'état actuel du droit positif, il est impossible, au nom du respect de la liberté individuelle, d'imposer à une partie, dans la régulation des conflits familiaux, une contrainte physique ou psychique.

De même, il a pu être établi qu'en l'état actuel du droit positif, il est interdit, au nom du respect d'une certaine égalité, d'accorder à une partie, dans le traitement des conflits familiaux, un avantage processuel ou substantiel qui serait refusé à son adversaire pourtant placé dans la même situation.

Également, il ressort du droit positif que doit être garantie aux parties dans le traitement des conflits familiaux, la possibilité d'une révision dudit traitement en présence de circonstances exceptionnelles ; l'instabilité qui se trouve ainsi inoculée au traitement est jugée préférable au trouble que peut engendrer dans le cercle familial, le maintien d'une solution devenue inadaptée au regard des besoins ou de l'évolution de la situation des parties.

Enfin, il ressort du droit positif que lorsque le conflit familial concerne l'enfant, la recherche d'une solution compatible à ses besoins et conforme à son intérêt doit constituer la finalité principale du traitement.

Toutefois, soulignons qu'il ne faudrait pas tenir pour définitive la liste de ces finalités dominantes autour desquelles on construit, en droit de la famille, la solution des conflits familiaux. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le droit vit, se transforme et partant la manière de traiter les conflits aussi ; on peut assister demain à l'apparition de garanties

nouvelles accompagnées peut-être d'une dépréciation des garanties considérées jusqu'alors comme essentielles. Par conséquent, il faut garder sans cesse à l'esprit que les finalités considérées comme dominantes ne constituent que le reflet du traitement des conflits à une époque donnée.

266. Une méthodologie en matière de traitement des conflits en droit extrapatrimonial de la famille. — En définitive, pour répondre concrètement à la question de savoir s'il est encore possible de garantir une prévisibilité du traitement juridictionnel des conflits familiaux, il faudrait retenir que la méthode et le mode de traitement à privilégier pour atteindre ce but dépendent fortement de la configuration conflictuelle.

Pour ce qui est du mode de traitement à privilégier, il convient de souligner qu'exceptée la situation d'affrontement entre l'intérêt général défendu par l'État et les intérêts privés¹, l'action en justice ne doit pas constituer la voie naturelle de traitement des conflits familiaux. En effet, il semblerait qu'aujourd'hui, le législateur ait réellement la volonté d'opérer un changement de culture dans le traitement des conflits familiaux, puisqu'il fait de plus en plus du traitement consensuel, le mode de régulation privilégié des crises familiales.

Pour ce qui est de la méthode de traitement des familiaux à privilégier, il faudrait opérer une distinction selon qu'on soit en présence d'un conflit « intra-prérogatives » ou d'un conflit « inter-prérogatives ».

Face à un conflit « intra-prérogative » qui survient lorsque les litigants invoquent le même droit ou la même liberté pour la satisfaction d'intérêts opposés², la logique de traitement est celle d'une conciliation des positions, car aucune partie ne peut, *a priori*, prétendre tirer un pouvoir supérieur de la prérogative qu'elle invoque au secours de sa prétention. Ainsi, soit les prétentions ne sont pas totalement inconciliables et le juge essaie de les concilier autour d'un objectif commun qui transcende le conflit qui les oppose, soit les prétentions sont totalement inconciliables ; dans ce cas, le juge peut, lorsque la configuration conflictuelle le permet, renvoyer les parties à leurs responsabilités en leur proposant de déconstituer la situation qui engendre le conflit. Par exemple, lorsque de jeunes époux ne

¹ Cette exception s'explique par le fait qu'on ne saurait envisager dans une matière d'ordre public, une tentative de gestion consensuelle du conflit entre l'État et les particuliers qui violent les prescriptions légales. En sus, ces conflits portant souvent des revendications destinées à faire évoluer le droit, les porteurs d'intérêts privés n'ont aucun intérêt à se satisfaire d'une dérogation personnelle aux prescriptions légales.

² Par exemple dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*, chaque partie puise dans l'article 8 de la Conv. EDH. le droit de devenir ou de ne pas devenir parent. CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, RTD civ. 2007, p. 295, note J.-P. MARGUENAUD ; RDSS 2007, n° 5, p. 810, note D. ROMAN.

s'entendent pas sur la fixation du domicile conjugal, le juge peut refuser de trancher concrètement le conflit en leur faisant constater qu'en la matière, ils disposent tous deux des mêmes pouvoirs et qu'il leur appartient de trouver un compromis ou alors de divorcer. Néanmoins, lorsque la configuration conflictuelle ne permet pas au juge de se défaire sur les parties et qu'il doit impérativement faire un choix entre des intérêts totalement inconciliables, il doit avoir à l'esprit la nécessité de garantir, par son traitement, un juste équilibre entre les intérêts en jeu. Il doit tout d'abord donner une priorité à l'intérêt dont la non-satisfaction engendre dans le cas d'espèce le plus de préjudices. Il doit ensuite, en donnant satisfaction à cet intérêt, tenir compte de l'autre en prenant des mesures destinées à réduire le plus possible les sacrifices qu'il compte imposer à son porteur.

Face à un conflit « inter-prérogatives » qui survient lorsque les litigants invoquent des différents droits ou libertés pour la satisfaction d'intérêts opposés, il convient de distinguer le conflit « inter-prérogatives » vertical, du conflit « inter-prérogatives » horizontal.

En présence d'un conflit « inter-prérogatives » vertical caractérisé par l'opposition entre des intérêts individuels et l'intérêt général défendu par l'État, la régulation d'un tel conflit s'inscrit dans une logique de hiérarchisation des intérêts. Une prévalence doit *a priori* être donnée à l'intérêt général sauf s'il apparaît *a posteriori*, au regard des circonstances de l'espèce, qu'une telle régulation consacrerait un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts individuels.

En présence d'un conflit « inter-prérogatives » horizontal caractérisé par l'opposition entre des intérêts individuels, la logique de traitement dépend fortement de la configuration conflictuelle. La hiérarchisation sera privilégiée lorsqu'il apparaît que le législateur n'accorde pas la même importance à la satisfaction des intérêts en jeu, ou lorsqu'il fait de la satisfaction d'un des intérêts antagonistes, une finalité à atteindre. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que le primat ne doit pas être donné à la satisfaction de l'intérêt à l'égard duquel le législateur affiche clairement une préférence lorsqu'il apparaît, à la suite d'un contrôle de proportionnalité, que la consécration d'une telle primauté entérine un déséquilibre inacceptable au détriment du porteur de l'intérêt antagoniste, qui rappelons-le, dispose aussi d'un intérêt dont la légitimité n'est pas contestable.

Toujours en présence d'un conflit « inter-prérogatives » horizontal, la logique de conciliation sera privilégiée pour son traitement, lorsqu'il apparaît que les intérêts sont protégés de façon équivalente par le droit qui répugne, pour leur satisfaction, à afficher une préférence à l'égard de l'un ou de l'autre. Dans une telle situation, le juge devra s'efforcer de maintenir un juste

équilibre entre les intérêts antagonistes en prenant le soin de ne pas frustrer, plus que de raison, l'un ou l'autre. Il réalisera pour ainsi dire une pesée concrète entre les intérêts antagonistes. Néanmoins, pour ne pas tomber dans la casuistique, la réalisation d'une telle pesée doit nécessairement être balisée par les finalités dominantes sus-déterminées. Les parties ne sont certes pas en mesure de prédire l'issue de cette pesée, mais au moins, elles savent que dans le cadre de la résolution du conflit, un minimum de garanties leur est aménagé par le droit. Elles accèdent pour ainsi dire à une prévisibilité négative en étant fixées avec certitude sur ce qui ne pourra jamais être retenu comme solution à leur conflit.

267. Une aventure inachevée. — Avant de clore cette étude, il convient de rappeler que notre recherche est nécessairement imparfaite et incomplète.

Notre recherche est tout d'abord imparfaite, parce que comme toute œuvre de l'esprit, la rationalisation de la méthode de traitement qui y est proposée peut se discuter. Mais notre proposition aura au moins le mérite d'enrichir le débat actuel portant sur la prévisibilité des décisions de justice. À l'heure où les premiers retours d'expérience sur l'utilisation des logiciels de prédiction sont décevants¹, il apparaît fondamental de souligner que la prévisibilité des traitements n'est pas simplement une affaire de statistiques, mais suppose une analyse fine de la *ratio decidendi* d'un échantillon significatif de réponses juridictionnelles.

Notre recherche est ensuite incomplète, parce qu'elle laisse vierge d'exploration l'impact des futurs bouleversements en matière familiale sur la régulation des conflits. Dès lors, elle doit toujours être analysée à l'aune de l'état du droit positif en vigueur au jour de son achèvement.

¹ T. COUSTET, « L'utilisation de l'outil Predictice déçoit la cour d'appel de Rennes », Dalloz actualité, 16 octobre 2017.

INDEX THEMATIQUE

Les numéros renvoient aux paragraphes et non aux pages.

A

Abus

- notion : n° 161
- sanction : n° 164

Action attitrée : n° 37 et s.

Adoption

- intrafamiliale : n° 142
- de l'enfant du conjoint n° 143

Autorité de la chose jugée : n° 47 et s.

B

Besoin

- de protection : n° 63
- de l'enfant : n° 222 et s.
- social impérieux : n° 241

C

Chronologique (critère) : n° 76 et s.

Conciliation (méthode de traitement) n° 208.

Confiance légitime : n° 193 et 229

Configuration conflictuelle complexe : n° 242 et s.

Configuration conflictuelle idéale : n° 237 et s.

Conflit (définition) : n° 3

Continuité (droit à) : n° 187, 189, 192 et s.

Contra non valentem : n° 64 et s.

D

Délai

- de forclusion : n° 49
- de prescription : n° 49

Détournement

- notion : n° 159
- sanction : n° 162

Droit extrapatrimonial de la famille

(définition) : n° 6

E

Égalité (principe de) : n° 228

F

Fiction juridique : n° 84 et s.

Fraude

- notion : n° 160
- sanction : n° 163

I

Intérêt (à agir) : n° 35

Intérêt de l'enfant (principe de) : n° 232

L

Légistique (prévention des conflits) : n° 148

Liberté (principe de) : n° 224 et s.

O

Ordre public : n° 99

Ordre public fonctionnel : n° 101

Ordre public structurel : n° 101

P

Présomption de conformité (intérêt de l'enfant) : n° 83

Présomption de paternité : n° 81

Présomption de volonté : n° 82

Présomption légale : n° 80 et s.

Prévisibilité : n° 2 et s.

Prévision légitime : n° 193 et s.

Principe

- directeur : n° 221 et s.

- correcteur : n° 231 et s.

Proportionnalité (principe de) : n° 233 et s.

Q

Qualité pour agir : n° 36 et s.

R

Responsabilité (principe de) : n° 235

S

Sanction-liquidation : n° 171 et s.

Sanction-réparation : n° 171 et s.

S

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

I- OUVRAGES GENERAUX

I-1. TRAITES ET MANUELS

AMRANI MEKKI (S.) ET STRICKLER (Y.)

- Procédure civile, PUF, 2014.

ARIES (P.) ET DUBY (G.)

- (dir.), Histoire de la vie privée, t. 1, Seuil, 1985.

ASSIER-ANDRIEU (L.)

- Le droit dans les sociétés humaines, éd. Nathan, 1996.

ATIAS (C.)

- Épistémologie juridique, PUF, 1985.

AUBERT (J.-L.)

- Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Dalloz, 14e éd., 2012.

AUBRY (C.)

- Cours de droit civil français, t. 12 par C. ESMEIN, 6e éd., 1958.

AUDIT (B.) ET D'AVOUT (L.)

- Droit international privé, 7e éd., Economica, 2013.

BALZAC (H.)

- Œuvres de H. de Balzac, T. 3, Bruxelles 1837.

- La comédie humaine, t. 1, études de mœurs, éd. Furnes, Paris, 1842.

BARTIN (E.)

- Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française, t. I, Domat-Montchrestien, 1930.

- Études sur les effets internationaux des jugements, LGDJ, 1907.

BATIFFOL (H.)

- La philosophie du droit, PUF, coll. Que sais-je ?, 10e éd., 1997.

- Aspects philosophiques du droit international privé, rééd. Dalloz, 2002.

BELHASSEN (P.)

- La crémation : le cadavre et la loi, LGDJ, 1997.

BERGEL (J.-L.)

- Théorie du droit, 5e éd., Dalloz, 2012.

BERTAULD (A.)

- La liberté civile, 2e éd., Librairies Didier et compagnies, 1864.

BONFILS (P.) ET GOUTTENOIRE (A.)

- Droit des mineurs, 2e éd., Dalloz, 2014.

BOUANICHE (A.) ET WORMS (F.)

- H. BERGSON, Essai sur les données immédiates de la conscience. Edition critique, PUF, 2007.

BOULOC (B.)

- Droit pénal général, 22e éd., Dalloz, 2011.

BUFFELAN-LANORE (Y.) ET LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- Droit civil, Les obligations, 14e éd., Sirey, 2014.

- Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 19e éd., Sirey, 2015.

BUREAU (D.) ET MUIR WATT (H.)

- Droit international privé, t. I, PUF, 2e éd. 2010.

CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) ET REVET (T.)

- (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 16e éd. Dalloz, 2010.

CADIET (L.) ET JEULAND (E.)

- Droit judiciaire privé, 8e éd., LexisNexis, 2013.

CADIET (L.), NORMAND (J.), ET AMRANI MEKKI (S.)

- Théorie générale du procès, 2e éd., PUF, 2013.

CAPITANT (H.)

- De la cause des obligations, Dalloz, 1927.

CARBONNIER (J.)

- Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, PUF, 2002.

- Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996.

- Essais sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois, 1979.

- Flexible droit, 10e éd., LGDJ, 2001.

- Droit civil, Introduction, 27e éd. PUF 2002.

- Droit civil, t. IV, Les obligations, PUF, 1994.

CHASSAGNARD-PINET (S.) ET HIEZ (D.)

- (dir.), Approche critique de la contractualisation, LGDJ, 2007.

- (dir.) Approche renouvelée de la contractualisation, PUAM, 2007.

CHAUNU (P.)

- La liberté, éd. Fayard, 1987.

CHRISTOFF (D.)

- Le temps et les valeurs : essai sur l'idée de finalité, Neuchâtel, éd. De la Baconnière, 1945.

CLAUX (P.-J.) ET DAVID (D.)

- (dir.) Droit et pratique du divorce, Dalloz, 2015.

COLOMBET (C.)

- La famille, PUF, 1999.

COMMAILLE (J.)

- L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit, Paris, PUF, 1994.

CORNU (G.)

- Droit civil : La famille, 9e éd., Montchrestien, 2006.

- L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil, Paris, Les Cours de droit, 1970-1971.

CORNU (G.) ET FOYER (J.)

- Procédure civile, Paris, 1958.

COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.)

- Droit de la famille, Sirey, 2013.

FENOUILLET (D.)

- Droit de la famille, 3e éd. Dalloz, 2013.

FENOUILLET (D.) ET DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)

- (dir.), La contractualisation de la famille, Economica, 2001.

DABIN (J.)

- Le droit subjectif, Dalloz, 1952.

- Théorie générale du droit, 3e éd., Paris, 1969.

DE LA ROCHEFOUCAULD (F.)

- Réflexions ou sentences et maximes morales, 4e éd., P. Compagnon et R. Taillandier, Lyon, 1685.

DE PAGE (H.)

- Traité élémentaire de droit civil, Bruxelles, 1939, t. 3.
- A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit, Sirey-Bruylant, 1931.

DE SINGLY (F.)

- Le soi, le couple et la famille, éd. Nathan, 1996.

DEJEAN DE LA BATIE (N.)

- Responsabilité délictuelle, Librairies techniques, Paris, 1989.

DEMOGUE (R.)

- Les notions fondamentales du droit privé, rééd. 2001, Paris, La mémoire du droit.

DOCKES (E.)

- Valeurs de la démocratie, Dalloz, 2005.

DOUET (F.)

- Le droit patrimonial de la famille, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999.
- Précis de droit fiscal de la famille, LexisNexis 2013.

DREYER (E.)

- Droit pénal général, 2e éd., LexisNexis, 2012.

DUMONT (H.), OST (F.) ET VAN DROOGHENBROECK (S.)

- (dir.), La responsabilité, face cachée des droits de l'homme, Bruylant, 2005.

DUTOIT (B.) ET ALII

- Le divorce en droit comparé, vol. 1 : Europe, Librairie Droz, Genève, 2000.

EKELMANS (M.)

- (dir.), Les conflits d'intérêts, Bruylant, 1997

FABRE-MAGNAN (M.)

- Droit des obligations, t. 1, PUF, 2012.

FENET (P.-A.)

- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I, Paris, 1836.

FLOUR (J.)

- Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil, Coll. Les cours de droit, Paris 1964.

FLOUR (J.) ET CHAMPENOIS (G.)

- Les régimes matrimoniaux, 2e éd, Armand Colin, 2001.

FRANCESCAKIS (P.)

- La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Sirey, 1958.

Francis Lefebvre éd.

- Droit de la famille, Mémento pratique, 2014.

FRICERO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (C.), BENRAÏS (L.), GORCHS-GELZER (B.), PAYAN (G.)

- Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD), Dalloz, 2014.

FULCHIRON (H.)

- (dir.), Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Bruylant, 2005.

GALLUS (N.)

- (dir.), Les aliments, Larcier, 2006.

GARRIGUE (J.)

- Droit de la famille, Dalloz, 2015.

GENY (F.)

- Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 2, LGDJ, rééd. 1995.

GHESTIN (J.)

- Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006.
- (dir.), Traité de droit civil, Les obligations, t. 2, La formation du contrat, LGDJ, 2013.
- (dir.), Traité de droit civil, les biens, LGDJ, 2000.
- (dir.), Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 1996.

GRIMALDI (M.)

- (dir.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz action, 2011.

GRZEGORCZYK (C.)

- La théorie générale des valeurs et le droit, LGDJ, 1982.

GUINCHARD (S.)

- (dir.), Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz-Action, 2014.
- (et alii), Droit processuel, 8e éd., Dalloz, 2015.
- (et alii), Procédure civile, 2e éd., Dalloz, 2011.

GUYON (Y.)

- L'arbitrage, Economica, 1995.

HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.)

- La famille, Dissolution de la famille, LGDJ, 1991.

HERON (J.) ET LE BARS (T.)

- Droit judiciaire privé, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2015.

HILBERER-ROUZIC (P.)

- L'obligation alimentaire dans le cadre de l'action sociale, MB édition, 2003.

HIRSCH (M.)

- Pour en finir avec les conflits d'intérêts, Stock, 2010.

HOLLEAUX (D.)

- Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, LGDJ, 1970.

JESTAZ (P.)

- Le droit, 4e éd., Dalloz, 2002.

JOSSERAND (L.)

- Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, réédition, Dalloz, 2006.
- Cours de droit positif français, t. 3, Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités, 2e éd., Sirey, 1933.
- De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits, 2e éd., Dalloz, 1939.

KELSEN (H.)

- Théorie pure du droit, trad. EISENMANN, Paris, 1962.

KERBAOL (G.)

- La responsabilité des magistrats, PUF, 2006.

LAMBERT (E.)

- La fonction du droit civil comparé, t. 1, Paris, 1903.

LAURENT (F.)

- Principes de droit civil, t. I, Paris, 1869.

LE TOURNEAU (P.)

- (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action 2014.

LECUYER (H.), BEIGNIER (B.) ET MURAT (P.)

- (dir.), Perspectives de réformes en droit de la famille, éd. Juris-classeur, 2000.

LEMOULAND (J.-J.)

- Droit de la famille, éd. Ellipses, 2014

LEVENEUR (L.)

- La famille, 7e éd. Montchrestien, 1995.

LEVY (J.-P.)

- Histoire du droit civil, Dalloz, 2010.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) ET DE VAREILLES-SOMMIERES (P.)

- Droit international privé, Dalloz, 2013.

LOYSEL (A.)

- Institutes coutumières, Paris, 1846.

MABAKA (P.-M.)

- Grands principes juridiques, éd. Espérance, 2015.

MAGNIER (V.)

- (dir.), Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?, PUF, 2006

MAGNON (X.)

- Théorie(s) du droit, Ellipses, 2008.

MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.)

- Droit civil : La famille, 2e éd., Defrénois, 2006.

MALAURIE (P.), AYNES (L.) ET STOFFEL-MUNCK (P.)

- Droit des obligations, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015.

MALINVAUD (P.)

- Introduction à l'étude du droit, 13e éd., LexisNexis 2011.

MARTY (G.) ET RAYNAUD (P.)

- Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, t. 1, 2e éd., Sirey, 1972.

MAYAUD (Y.)

- Droit pénal général, 3e éd., PUF, 2004.

MOLFESSIS (N.)

- (dir.), Les revirements de jurisprudence, Litec, 2005.

MORCHAIN (P.)

- La psychologie sociale des valeurs, Dunod, 2009.

MORET-BAILLY (J.)

- Les conflits d'intérêts : définir, gérer, sanctionner, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

MOUFFE (B.)

- Le droit à l'humour, Larcier, 2011.

MOUGENOT (D.)

- Principes de droit judiciaire privé, Larcier, 2009.

MURAT (P.)

- (dir.), Droit de la famille, 7e éd., Dalloz-Action, 2015.

NIBOYET (M.-L.) ET DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.)

- Droit international privé, 4e éd., LGDJ, 2013.

NIETZSCHE (F.)

- Ainsi parlait Zarathoustra, rééd. Brodard & Taupin, 2005.

OBERDORFF (H.)

- Droits de l'homme et libertés fondamentales, 4e éd., LGDJ, 2013.

OST (F.)

- Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt, vol. 2, éd. PFUSL, 1990.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.)

- De la pyramide au réseau ?, PFUSL 2002.

PASCAL (B.)

- Pensées et opuscules, rééd. Hachette, 1909.

PERROT (R.)

- Institutions judiciaires, 3e éd., Montchrestien, 1989.

PICARD (D.) ET MARC (E.)

- Les conflits relationnels, coll. Que sais-je ? PUF 2012.

PICAVET (E.)

- La revendication des droits : étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme, éd. Classiques Garnier, 2011.

PIERRAT (E.)

- Le sexe et la loi, éd. La Musardine, 2008.

PLANIOL (M.)

- Traité élémentaire de droit civil, 2e éd., t. II, LGDJ, 1902.

POITOU (E.)

- La liberté civile et le pouvoir administratif en France, Librairies Charpentier et Compagnies, 1869.

POLIN (R.)

- La création des valeurs, Librairie philosophique J. Vrin, Paris 1977.

PONTIER (J.-M.)

- (dir.), Les principes et le droit, PUAM, 2007.

POUSSON (A.), POUSSON-PETIT (J.)

- L'affection et le droit, éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990.

QUINTILIEN

- Institution oratoire, t. IV, L. VI-VII, trad. J. COUSIN, Paris, Les Belles Lettres, 1977.

RIGAUX (F.)

- La loi des Juges, Paris, Odile Jacob, 1997.
- La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant, LGDJ, 1990.

RIPERT (G.)

- La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd., LGDJ, 1949.

- Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955.

ROLAND (H.) ET BOYER (L.)

- Introduction au droit, Litec, 2003.

ROUAST (A.)

- Traité pratique de droit civil français, t. II, La famille, 1952.

ROUBIER (P.)

- Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.

- Théorie générale du droit, Dalloz, 2005 (rééd.).

- Le droit transitoire, 2e éd., Dalloz 1960.

SAINT-PAU (J.-C.)

- (dir.), Droits de la personnalité, LexisNexis, 2013.

SALLEILLES (R.)

- De l'abus de droit, rapport présenté à la première Sous-commission de la Commission de révision du Code civil, Bulletin de la Société d'études législatives, 1905.

SAVATIER (R.)

- Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, t. 1, 3 e éd., Paris, 1964.

SCHMIDT (D.)

- Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly, 1e éd., 1999.

SCHWARZE (J.)

- (dir.), Droit administratif européen, 2e éd., Bruylant, 2009.

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H.-A.)

- Éléments d'une introduction à la philosophie du droit, LGDJ, 1976.

SERIAUX (A.)

- Droit canonique, PUF, 1998.

SIMMEL (G.)

- Le conflit, (trad. S. MULLER), Circé poche, 1995.

SIMON (J.)

- La liberté civile, 3e éd., Librairies L. Hachette et compagnies, 1867.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.)

- Obligations, t. 2, Contrats, 5e éd., Litec 1995.

STOETZEL (J.)

- Les valeurs du temps présent : une enquête européenne, PUF, 1983.

STUART MILL (J.)

- L'utilitarisme, trad. P.-L. LEMONNIER, 1925.

SUPIOT (A.)

- L'Esprit de Philadelphie, Seuil, 2010.

TERRE (F.)

- Introduction générale au droit, 9e éd, Dalloz 2012.

TERRE (F.) ET FENOUILLET (D.)

- Droit civil, La famille, Dalloz 2011.
- Droit civil, Les personnes, La famille, les incapacités, Dalloz, 2012.
- La famille, 8e éd., Dalloz, 2011.

TERRE (F.), SIMLER (P.) ET LEQUETTE (Y.)

- Droit civil : Les obligations, 9e éd., Dalloz, 2005.

VIZIOZ (H.)

- Études de procédure, Dalloz, rééd. 2011.

VON IHERING (R.)

- Des restrictions imposées au propriétaire foncier dans l'intérêt des voisins, Œuvres choisies, trad. O. de MEULENAERE, t. II, Paris, Librairie A. Marescq, 1893.

- L'évolution du droit (Zweck im Recht), trad. O. de MEULENAERE, éd. A. Marescq, Paris, 1901.

I-2. <u>DICIONNAIRES</u>

ALLAND (D.) ET RIALS (S.)

- (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.

ALPE (Y.)

- (dir.), Lexique de sociologie, Dalloz 2010.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) ET ALII

- Dictionnaire des droits de l'homme, PUF, 2008.

ARNAUD (A.-J.)

- (dir.) Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993.

BLOCH (O.) ET VON WARTBURG (W.)

- Dictionnaire étymologique de la langue française, PUF, 2008.

BOUDON (R.) ET BOURRICAUD (F.)

- Dictionnaire critique de la sociologie, PUF 1994.

CADIET (L.)

- (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.

CORNU (G.)

- Vocabulaire juridique, PUF, 2014.

DUBOIS (J.), MITTERAND (H.), DAUZAT (A.)

- Dictionnaire étymologique, Larousse, 2007.

GODEFROY (F.)

- Dictionnaire de l'ancienne langue française, éd., Classiques Garnier numérique.

LALANDE (A.)

- Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 1999.

LITTRE (P.-E.)

- Dictionnaire de la langue française, t. 2, 1991.

ROLAND (H.)

- Lexique juridique, expressions latines, 5e éd., Litec, 2010.

ROLAND (H.) ET BOYER (L.)

- Adages du droit français, Litec, 1999.

I-3. <u>ENCYCLOPÉDIES</u>

ALBIGÈS (C.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Équité ».

DUVERT (C.)

- « Bigamie », J.-Cl. pénal, fasc. 20.

BINET (J.-R.)

- « La protection de la personne : principes », J.-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-14, fasc. 10.

BOSSE-PLATIERE (H.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Actes de l'état civil ».

BOUTY (C.)

- « Chose jugée », Rép. pr. civ. Dalloz, 2012.

BRENNER (C.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Acte juridique ».

CADIET (L.) ET LE TOURNEAU (P.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Abus de droit ».

KAUFMANN (P.)

- « Intérêt », in, Encyclopaedia universalis.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- « Autorité de la chose jugée », J.-Cl. civil, fasc. 20.

- Rép. pr. civ. Dalloz, V° « Filiation ».

DOUCHY-OUDOT (M.) ET JOLY-HURARD (J.)

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Médiation et conciliation ».

EUDIER (F.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Adoption ».

FRICERO (N.)

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Procédure participative assistée par avocat ».

FULCHIRON (H.) ET GOUTTENOIRE (A.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Autorité parentale ».

GRANET-LAMBRECHTS (F.)

- « Filiation », J.-Cl. civil, fasc. Unique : art. 310-3 à 311-2.

GUINCHARD (S.)

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Procès équitable ».

HAUSER (J.)

- « Cas de divorce : généralités », J.-Cl. civil, fasc. Unique : art.229.

HAUSER (J.) ET LEMOULAND (J.-J.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Ordre public et bonnes mœurs ».

LAMARCHE (M.) ET LEMOULAND (J.-J.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Mariage ».

LARRIBAU-TERNEYRE (V.) ET AZAVANT (M.)

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Autorité parentale ».

LATINA (M.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Contrat ».

LEMOULAND (J.-J.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Famille ».

LEMOULAND (J.-J.) ET VIGNEAU (D.)

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Régimes matrimoniaux ».

ROCHFELD (J.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « Cause ».

TOPOR (L.)

- Rép. civ. Dalloz, V° « État et capacité des personnes ».

II- <u>OUVRAGES SPECIAUX</u>

II-1 <u>MONOGRAPHIES, THESES</u>

ABDEL-KHALEK OMAR (M.)

- La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, LGDJ, 1967.

ALBIGES (C.)

- De l'équité en droit français, Préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000.

AFROUKH (M.)

- La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Préf. M. LEVINET, Bruylant, 2011.

ALFANDARI (E.)

- Le droit aux aliments en droit privé et en droit public, th. dactyl. Poitier, 1958.

ASSI (E.)

- L'intérêt de la famille, th. dactyl. Montpellier, 1993.

AUNE (A.-C.)

- Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2007.

BALLOT (E.)

- Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux, préf. J.-F. CÉSARO, éd. Mare et Martin, 2014.

BAREÏT (N.)

- Le droit transitoire de la famille, Préf. J.-J. LEMOULAND, Defrénois, 2010.

BEAUDEUX (C.)

- La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile, th. dactyl. Strasbourg, 2006.

BENET (A.)

- Analyse critique du droit au respect de la vie privée : contribution à l'étude des libertés civiles, th. dactyl., Paris II, 1985.

BERTHET (P.)

- Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, préf. J. Rubellin-Devichi, L'Harmattan 2000.

BIGOT (A.)

- L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé, Préf. H. FULCHIRON, PUAM, 2003.

BOLARD (V.)

- L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé, th. dactyl. Paris 1, 2006.

BONNEAU (P.)

- La cour de cassation et l'application de la loi dans le temps, Préf. M. GOBERT, PUF, 1990.

BONNET (D.)

- Cause et condition dans les actes juridiques, préf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, LGDJ, 2005.

BOUDOT (M.)

- Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé, th. dactyl. Aix-Marseille III, 1999.

CADET (F.)

- L'ordre public en droit international de la famille, L'harmattan, 2005.

CALMES (S.)

- Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, préf. D. TRUCHET, Dalloz, 2001.

CATTAND (G.)

- La clause " rebus sic stantibus " du droit privé au droit international, th. dactyl., Paris 1929.

CERMOLACCE (A.)

- Cause et exécution du contrat, PUAM, 2001.

CHABERT (C.)

- L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2001.

CHAINAIS (C.)

- La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Préf. S. GUINCHARD, Dalloz 2007.

CHAZAL (J.)

- Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal, th. dactyl. Lyon, 1929.

CLEMENT (C.)

- Présomptions et fictions en droit de la filiation, th. dactyl. Paris 10, 2006.

CORDIER-DUMONNET (N.)

- Le détournement d'institution, th. dactyl. Dijon, 2010.

CRESP (M.)

- Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013.

DABIN (J.)

- La théorie de la cause, éd. Van Fleteren, Bruxelles, 1919.

DAUMAS (M.)

- Valeurs et pouvoirs. Essai sur les conflits familiaux en France au XVIIIe siècle, th. dactyl. Paris, 1986.

DAVID (S.)

- La prestation compensatoire, th. dactyl, Paris XII, 2001.

DE BOIS-JUZAN (G.)

- De la cause en droit français, éd. Delmas, Bordeaux 1939.

DE BOYSSON (B.)

- Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, 2012.

DE VALICOURT DE SERANVILLERS (H.)

- L'erreur judiciaire, préf. Y. SCHULIAR, L'Harmattan, 2006.

DELFOSE-CICILE (M.-L.)

- Le lien parental, préf. F. TERRÉ, éd. Panthéon-Assas, 2003.

DESBOIS (H.)

- La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, Dalloz, 1927.

DESNOYER (C.)

- L'évolution de la sanction en droit de la famille, L'Harmattan 2001.

DESSENS (A.)

- Essai sur la notion d'équité, th. dactyl. Toulouse, 1934.

DOURNAUX (F.)

- La notion de fraude en droit privé français, th. dactyl. Paris, 2008.

DOUVILLE (T.)

- Les conflits d'intérêts en droit privé, préf. C. ALLEAUME, Institut Universitaire Varenne, 2014.

DUARD-BERTON (C.)

- L'ordre public dans le droit de la famille, th. dactyl. Paris 2, 2004.

DUCOULOMBIER (P.)

- Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2011.

DUMAS (R.)

- Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires, préf. E. GARAUD, L'Harmattan, 2008.

ÉGEA (V.)

- La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010.

ENGEL-CREACH (A.)

- Les contrats judiciairement formés, préf. A. BÉNABENT, Economica, 2002.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- Libre disponibilité des droits et conflits de lois, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996.

FISCHER (J.)

- Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, préf. P. Le TOURNEAU, PUAM, 2004.

FLEURY-LE GROS (P.)

- Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne, Préf. L. BACH, P. MAYER, Postf. J. PETIT, Dalloz, 2005.

FOHRER-DEDEURWAERDER (E.)

- La prise en considération des normes étrangères, préf. B. AUDIT, LGDJ, 2008.

FOURNIER-GRUMBACH (I.)

- Présomptions et vérité en droit de la filiation, th. dactyl. Montpellier, 2002.

FOYER (J.)

- De l'autorité de la chose jugée en matière civile, th. dactyl. Paris, 1954.

GABORIAU (B.)

- L'action collective en droit processuel français, th. dactyl. Paris II, 1996.

GALLANT (E.)

- Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé, Préf. P. LAGARDE, Defrénois, 2004.

GARCIA (K.)

- Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept, préf. J.-P. MARGUÉNAUD, Larcier, 2008.

GARRIGUE (J.)

- Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial, préf. L. LEVENEUR, éd. Panthéon-Assas, 2012.

GIRARD (B.)

- Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2015.

GONZALEZ (G.)

- La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions, préf. L. DUBOUIS, *Economica*, 1997.

GRATALOUP (S.)

- L'enfant et sa famille dans les normes européennes, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, 1998.

GRIMALDI (C.)

- Quasi-engagement et engagement en droit privé, *Deffrénois*, préf. Y. LEQUETTE, *Deffrénois*, 2007.

HAÏD (F.)

- Les notions indéterminées dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal, th. dactyl. Aix-Marseille, 2005.

HAMADI (H.)

- Recherches sur l'ordre public familial, th. dactyl. Toulon, 2008.

HAUSER (J.)

- Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à une théorie générale de l'acte juridique, LGDJ, 1971.

HENRIOD (V.)

- L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, th. dactyl. Lausanne, 1999.

HISQUIN (J.-M.)

- Liberté de religion et droit de la famille, th. dactyl. Lyon 3, 2012.

IONESCU (O.)

- La notion de droit subjectif dans le droit privé, 2e éd., Bruylant, 1978.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)

- L'apparence en droit international privé, LGDJ, 1984.

JOLY-HURARD (J.)

- Conciliation et médiation judiciaires, préf. S. GUINCHARD, PUAM, 2003.

LASSERRE-KIESOW (V.)

- La technique législative : étude sur les Codes civils français et allemand, préf. M. PEDAMON, LGDJ, 2002

LAUDE (A.)

- La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, préf. J. Mestre, PUAM, 1992.

LAUTOUR (J.)

- La possession d'état, th. dactyl., Paris II, 1975.

LECOCQ (L.)

- De la fiction comme procédé juridique, th. dactyl. Paris, 1914.

LEMAY (P.)

- Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Marre et Martin, 2014.

LEONARD (T.)

- Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005.

LEROYER (A.-M.)

- Les fictions juridiques, th. dactyl. Paris II, 1995.

LESUEUR (J.)

- Conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM 2009.

LEVEL (P.)

- Essai sur les conflits de lois dans le temps, préf. H. BATIFFOL, LGDJ, 1959.

LOPEZ DE TEJADA

- La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen, Préf. B. ANCEL, LGDJ, 2013.

LUXEMBOURG (F.)

- La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, éd. Panthéon-Assas, 2008.

MALAURIE (P.)

- L'ordre public et les contrats, th. dactyl. Paris 1953.

MATTEI (G.)

- Fonction du juge et médiation familiale : étude des systèmes français et anglo-saxon, th. dactyl. Strasbourg, 2002.

MEKKI (M.)

- L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004.

MIGUET (J.)

- Immutabilité et évolution du litige, LGDJ, 1977.

MILLARD (E.)

- Famille et droit public, LGDJ, 1995.

MONTAGNE (H.)

- De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile, th. dactyl. Paris, 1912.

MOREAU (P.)

- L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale, préf. G. DE LEVAL, Larcier, 2008.

MORGAND-CANTEGRIT (V.)

- La possession d'état d'enfant, th. dactyl. Lille, 1993.

MORVAN (P.)

- Le principe de droit privé, préf. J.-L. SOURIOUX, éd. Panthéon-Assas, 1999.

MOTULSKY (H.)

- Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey, 1948.

MOUZOURAKI (P.)

- Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais : un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens, Bruylant, 2011.

MUZNY (P.)

- La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, préf. F. SUDRE, PUAM, 2005.

NERSON (R.)

- Les droits extrapatrimoniaux, éd. Bosc & Riou, 1939.

NICOLAU (G.)

- L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, préf. F. VOUIN, PUB, 1991.

OGIER (C.)

- Le conflit d'intérêts, th. dactyl. Saint-Etienne, 2008.

PELISSIER (J.)

- Les obligations alimentaires, unité ou diversité, th. dactyl. Lyon, 1961.

PEROZ (H.)

- La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, Préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005.

PHILIPPE (C.)

- Le devoir de secours et d'assistance entre époux : essai sur l'entraide conjugale, LGDJ, 1981.

PHILIPPE (X.)

- Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, *Economica*, PUAM, 1990.

PIAZZON (T.)

- La sécurité juridique, préf. L. LEVENEUR, Defrénois, 2009.

PICHARD (M.)

- Le droit à : Étude de législation française, préf. M. GOBERT, *Economica*, 2006.

POMART (C.)

- La magistrature familiale, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'Harmattan, 2003.

QUETAND-FINET (C.)

- Les présomptions en droit privé, préf. E. JEULAND, Iris éditions, 2013.

QUEZEL-AMBRUNAZ (C.)

- Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, préf. P. BRUN, Dalloz, 2010.

REIGNE (P.)

- La notion de cause efficiente en droit privé français, th. dactyl. Paris II, 1993.

RIALS (S.)

- Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, LGDJ, 1980.

ROCHFELD (J.)

- Cause et type de contrat, LGDJ, 1999.

RUFFIEUX (G.)

- Les sanctions des obligations familiales, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014.

SAINT-PAU (J.-C.)

- L'anonymat et le droit, th. dactyl. Bordeaux IV, 1998.

SALVAT (O.)

- Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais, th. dactyl., Paris 2, 1983.

SANDRAS (C.)

- L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille, th. dactyl. Paris 2, 2000.

SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)

- La fraude paulienne, LGDJ, 2008.

SAVARIT-BOURGEOIS (I.)

- Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : l'exemple du bilan coûts-avantages, th. dactyl. Poitiers, 1995.

SAYAG (A.)

- Essai sur le besoin créateur de droit, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1969.

SERVEL (J.-P.)

- La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales, th. dactyl. Aix en Provence, 1978.

SINOPOLI (L.)

- Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux, Recherche sur le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé, th. dactyl. Paris 1, 2000.

STOFFEL-MUNCK (P.)

- Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, Avant-propos de A. SÉRIAUX, Préface de R. BOUT, PUAM, 1994.

TAVERNIER (P.)

- Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles de droit international public (Problèmes de droit intertemporel et de droit transitoire), LGDJ, 1970.

TERRE (F.)

- L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1957.

THERY (I.)

- La référence à l'intérêt de l'enfant dans les procédures de divorce : usage judiciaire et ambiguïtés, th. dactyl. Paris V, 1983.

THIBIERGE (L.)

- Le contrat face à l'imprévu, Préf. L. AYNÈS, Economica, 2011.

TOMASIN (D.)

- Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, LGDJ, 1975.

TRIKI (S.)

- La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille, th. dactyl. Paris 1, 2013.

VALEMBOIS (A.-L.)

- La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, Préf. B. MATHIEU, LGDJ, 2004.

VAN DROOGHENBROECK (S.)

- La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, préf. F. TULKENS, F. OST, Bruylant, PFUSL, 2001.

VASSAUX (J.)

- Liberté individuelle et devoirs personnels des époux, th. dactyl. Lille, 1989.

VASSEUR-LAMBRY (F.)

- La famille et la convention européenne des droits de l'homme, L'harmattan, 2000.

VERGES (E.)

- Les principes directeurs du procès judiciaire : étude d'une catégorie juridique, th. dactyl. Aix-Marseille, 2000.

VERMOTTE (T.)

- L'unification des filiations, th. dactyl. Pau, 2005.

VIAL (G.)

- La preuve en droit extrapatrimonial de la famille, Préf. P. MURAT, Dalloz, 2008.

VIDAL (J.)

- Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe " fraus omnia corrumpit ", Dalloz, 1957.

WICKER (G.)

- Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, 1997.

WOODLAND (P.)

- Le procédé de la fiction dans la pensée juridique, th. dactyl. Paris II, 1981.

YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS (A.)

- Les mobiles du délit, LGDJ, 1974.

II- 2. RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS.

BOYER ET ALII

- Proposition de loi visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, ass. nat., n° 2706, 8 avr. 2015 ; Dr. fam. 2015, n° 6, Alerte 46.

CONSEIL D'ETAT

- (Section du rapport et des études) Régler autrement les conflits, La documentation française, 1993.

COULON (J.-M.)

- (dir.), Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 1997.

DELMAS-GOYON (D.)

- (dir.) Le juge au XXI^e siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice, La documentation française, 2013.

GINCHARD (S.)

- (dir.), L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, La documentation française, 2008.

HYEST (J.-J.) ET ALII

- Rapport d'information n° 518, Sénat, S.O. 2010-2011.

JUSTON (M.) ET GARGOULLAUD (S.)

- (dir.), Médiation familiale et contrat de coparentalité, La documentation française, avr. 2014.

MAGENDIE (J.-C.)

- (dir.), Médiation familiale et contrat de coparentalité, La documentation française, avr. 2014.

- (dir.), Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de justice, La documentation française, 2010.

MARSHALL (D.)

- (dir.), Les juridictions du XXI^e siècle, déc. 2013.

SAUVE (J.-M.), MIGAUD (D.), MAGENDIE (J.-C.)

- (dir.), Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, La Documentation française, 2011.

TASCA (C.), MERCIER (M.)

- (dir.), Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, Sénat, rapport d'information n° 404, 26 févr. 2014.

VALLINI (A.), HOUILLON (P.)

- Rapport Ass. nat., n° 3125, 6 juin 2006.

III- ÉTUDES DOCTRINALES ET ARTICLES

ADAM (A.)

- « Sur les valeurs juridiques fondamentales », in, Mélanges Slobodan MILACIC, Bruylant 2008, p. 25 et s.

AFROUKH (M.)

- « La pertinence discutable du critère exclusif du mode de conflit de droits », in, F. SUDRE (dir.), Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Nemesis, Anthemis, 2014, p. 37 et s.

AGOSTINI (E.)

- « L'équité », D. 1978, chron. 2, p. 7 et s.

AMATO (C.)

- « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation » *Revue des contrats* 2013, n° 1, p. 351 et s.

AMIEL-COSME (L.)

- « La fonction d'homologation judiciaire », *Justices* 1997, n° 5, p. 135 et s.

AMRANI MEKKI (S.)

- « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », *JCP (G)*, 2008, I, 160.

AMSELEK (P.)

- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue de droit public et de la science politique*, 1982, n° 98, p. 275 et s.

- « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in, C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant 2009, p. 3 et s.

- « Lois juridiques et lois scientifiques », *Droits : revue française de théorie juridique*, 1987, n° 6, p. 131 et s.

ANCEL (B.)

- « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », *LPA* 2014, n° 62, p. 6 et s.

ANDREO (G.)

- « Bigamie et double ménage », *RTD civ.* 1991, p. 263 et s.

ARDANT (P.)

- « Aspects de l'évolution récente du droit de la famille ; rapport français », in, *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t. XXXIX, 1988, p. 81 et s.

ATIAS (C.)

- « La distinction du droit et de la loi en droit privé contemporain », in, *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : Droit et Loi*, PUAM, 1987, p. 57, spéc. p. 61.

ATIAS (C.) ET LINOTTE (D.)

- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *chron. XXIV, D.* 1977, p. 251 et s.

AUDEOUD (C.)

- « Nature, liberté, égalité dans la famille », in, J.-L. CHABOT, P. DIDIER, J. FERRAND (dir.), *Le Code civil et les Droits de l'homme*, L'harmattan, 2005, p. 213 et s.

AYNES (L.)

- « L'imprévision en droit privé », *RJ com.* 2005, n° 5, p. 397 et s.

- « A propos de la force obligatoire du contrat », *Revue des contrats*, oct. 2003, p. 323 et s.

AZZI (T.)

- « Les relations entre responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227 et s.

BACH (E.-L.)

- « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTD civ.* 1969, p. 405 et s.

BAILLON-WIRTZ (N.)

- « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », *JCP (G)* 2016, p. 1114 et s.

BALENSI (I.)

- « L'homologation judiciaire des actes juridiques », *RTD Civ.* 1978, 42, spéc. p. 61, n° 35.

BATIFFOL (H.)

- « Existence et spécificité du droit de la famille », APD, t. 20, 1975, p. 7 et s.

BATTEUR (A.)

- « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », RTD civ. 2000, p. 759.

- « L'équité a-t-elle sa place dans le droit du divorce ? », in, Mélanges J. SAINTE-ROSE, Bruylant, 2012, p.189 et s.

BEAUPRUN (M.)

- « La sécurité des règlements successoraux à l'épreuve de l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état », D. 1997, chron. p. 387.

BEIGNIER (B.)

- « Vie privée et vie publique », APD 1997, t. 41, p. 167.

BELLET (P.)

- « Le juge et l'équité », in, Etudes offertes à René RODIÈRE, Dalloz, 1981, p. 9 et s., spéc. p. 11.

BENABENT (A.)

- « L'ordre public en droit de la famille », in, T. REVET (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, p. 27 et s.

- « La liberté individuelle et le mariage », RTD civ. 1973, p. 440.

BENICHOU (M.)

- « L'accès à la justice, un droit menacé », Gaz. Pal. 2014, n° 256, p. 9 et s.

BLERY (C.)

- « Les tribulations de la cause et de l'objet au regard de l'autorité de la chose jugée en jurisprudence », Procédures, 2011, alerte 5.

- « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », Procédures, 2007, étude 11.

BOICHE (A.)

- « La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la convention de La Haye ? », AJ fam. 2012, p. 97 et s.

BOLARD (G.)

- « Les jugements "en l'état" », JCP (G), 1997, I, 4003.

BONNEAU (P.)

- « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », D. 1995, chron., p. 24.

BONNET (V.)

- « Réflexions sur la présomption de paternité du XXIe siècle dans ses rapports avec le mariage », D. 2013, p. 107.

BORE (L.)

- « L'autorité provisoire de la chose jugée », in, L. CADIET, D. LORIFERNE (dir.), L'autorité de la chose jugée, éd. IRJS, 2012, p. 61 et s.

BOREL (J.-P.)

- « Aperçu rapide sur le choix et le changement de nom de famille depuis le 1er juillet 2006 », LPA 2012, n° 40, p. 3.

BORRICAND (J.)

- « L'adultère cause péremptoire de divorce », JCP (G) 1955, I, 1237.

BOUCARON-NARDETTO (M.)

- « La réforme du droit de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011: Premier bilan d'étape après un an d'application », Cahiers de l'arbitrage 2012, n° 3, p. 735.

BOULANGER (F.)

- « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », JCP (N) 1993, p. 282 et s.

- « Principes généraux du droit et droit positif », in, Études offertes à Georges RIPERT, LGDJ, 1950, t. I, p. 51 et s.

BOURRIER (C.) ET COUTANT (C.)

- « Le non-respect de la volonté du défunt quant à la destination de ses cendres », LPA 1999, n° 197, p. 10 et s.

BOUTY (C.)

- « Pour une suppression du préalable obligatoire de conciliation en matière de divorce », D. 2008, p. 2728 et s.

BRAIVE (G.)

- « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt », in, P. GÉRARD, F. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Droit et intérêt, vol. 1, PFUSL, 1990, p 27 et s.

BRETON (A.)

- « Le nom de l'épouse divorcée », in, Etudes René RODIÈRE, Dalloz, 1981, p. 17 et s.

BRIAND (L.)

- « Convention de la Haye : les exceptions au retour des enfants déplacés », AJ. fam. 2012, p. 391.

BRUGGEMAN (M.)

- « Crise(s) de la famille : prévention et gestion par le droit », in, J. LARRIEU (dir.) Crise(s) et Droit, LGDJ, 2012, p. 123 et s.

- « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », JCP (G) 2015, dossier 8.

BRUGGEMAN (M.) ET NEIRINCK (C.)

- « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », RRJ 2009-1, p. 97.

BRUGUIERE (J.-M.)

- « Le devoir conjugal, Philosophie du Code et morale du juge », D. 2000, chr., p. 10 et s.

BRUN (J.-M.)

- « Les dangers d'une descendance naturelle ignorée », Defrénois 1999, p. 460.

BRUNETTI-PONS (C.)

- « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », 1re partie, Dr. Famille 2003, chron. 15.

- « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? » RLDC 2011, supplément n° 87, p. 27 et s.

BUCHER (A.)

- « La famille en droit international privé », RCADI 2000, t. 283, p. 98.

CADIET (L.)

- « L'équité dans l'office du juge civil », Justices 1998, n° 9, p. 87 et s.

- « Le spectre de la société contentieuse », in Mélanges G. CORNU, PUF, 1994, p. 29 et s.

CARBONNIER (J.)

- « L'hypothèse du non-droit », APD, n°8, Sirey, 1963, spéc. p. 55 et s.

- « Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux », Mc Gill Law Journal 1968, vol. 14, n° 4, p. 590 et s.

- « Terre et ciel dans le droit du mariage », in, Etudes offertes à G. RIPERT, Le droit privé français au milieu du XXe siècle, t. 1, LGDJ, 1950, p. 335.

- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in, Les notions à contenu variable en droit, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruylant 1984, p. 99 et s.

- « La règle *contra non valentem agere non currit praescriptio* », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1937, p. 155 et s.

CASEY (J.) ET MULON (E.)

- « L'aléa judiciaire : un peu, mais pas trop... », *Gaz. Pal.* 28 mai 2011, n° 148, p. 3 et s.

CATALA (P.)

- « La métamorphose du droit de la famille », in, *Le Code civil un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341 et s., spéc. n° 17 et s.

CHAINAIS (C.) ET FENOUILLET (D.)

- « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique : présentation et conclusions de la recherche collective », in, C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. XXII.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.)

- « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », *D.* 1995, chron. p. 323.

CHANTEPIE (G.)

- « L'efficacité attendue du contrat », *Revue droit des contrats* 2010, p. 347.

CHAPELLE (A.)

- « Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale », *RTD civ.* 1984, p. 411.

CHEDLY (L.)

- « Arbitrage et médiation », in, F. OSMAN (dir.) *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012, p. 93 et s.

CHESNAUX (J.)

- « Droit et temps », *Temporalistes*, n° 41, juin 2000, p. 4 et s.

CHEVALLIER (J.)

- « L'interprétation des lois », in, G. FAURÉ, G. KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, *Economica*, 2003, p. 140.

CHEYNET DE BEAUPRE (A.)

- « Homme et femme il les créa », *Retours sur l'égalité dans le droit de la famille*, Dalloz 2008, n° 18, p. 1216.

COHEN (D.)

- « Le droit à... », in, *Mélanges François TERRÉ*, Dalloz, PUF, éd. Jurisclasseur, 1999, p. 393 et s.

COMMAILLE (J.)

- « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus », in, *Des concubinages, Droit interne droit international droit comparé, mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI*, Litec 2002, p. 19 et s.

- « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in, *Mélanges M.-T. MEULDERS-KLEIN*, Bruylant, 1998, p. 83 s.

CONTAMINE-RAYNAUD (M.)

- « Le secret de la vie privée », in, P. LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé : Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, 1978, p. 432.

CORDIER-VASSEUR (C.) ET CASSAVETTI (C.)

- « Clauses de règlement amiable : gare à l'insécurité juridique ! », *JCP (G)* 2012, n° 11, p. 343 et s.

CORNU (G.)

- « Regard d'un civiliste », in, Mélanges Pierre CATALA, Litec, 2001, p. 21 et s.

- « Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », Travaux Capitant, t. XIV, 1965, p. 87 et s.

- « La refonte dans le Code civil du droit des personnes et de la famille », in, L'art du droit en quête de sagesse, PUF, 1998, p. 371 et s.

- « La réforme des régimes matrimoniaux : le pouvoir de la volonté des époux », JCP (G) 1967, I, 2128, n° 23.

- « Les modes alternatifs de règlement des conflits : rapport de synthèse », RIDC 1997, n° 2, p. 313 et s.

CORPART (I.)

- « Le nom d'usage des époux dans tous ses états », Dr. fam. 2013, étude 13.

- « L'inceste en droit français », Gaz. Pal. 1995, II, doct., p. 888.

COUTURIER (G.)

- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in, Mélanges J. FLOUR, Defrénois, 1978, p. 95.

CRESENT (A.) ET ALII.

- « Fiche pratique : le droit collaboratif de A à Z », AJ fam. 2010, p. 260 et s.

CUIF (P.-F.)

- « Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD Com., 2005, p.1.

D'AVOUT (L.)

- « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in, E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques, éd. A. Pédone, 2010, p. 165 et s.

DE BECHILLON (D.)

- « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », Mélanges F. MODERNE, Dalloz 2004, p. 5.

DE BELVAL (B.)

- « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », Gaz. Pal. 2012, n° 129, p. 11 et s.

DEJEMEPPE (B.)

- « La responsabilité civile des juges entre passé et avenir », in, La responsabilité professionnelle des magistrats, Bruylant, 2007, p. 27 et s.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in, Mélanges CHRISTIAN MOULY, Litec 1998, p. 298.

- « Réflexions à verser au dossier du "droit à l'enfant" », Rev. Lamy Droit civil 2010, n° 76, p. 65 et s.

- « Imprécisions de recherche sur les fautes causes de divorce », D. 1985, chr., p. 221.

- « Préface », in, C. DESNOYER, L'évolution de la sanction en droit de la famille, L'Harmattan 2001, p. 9.

- « Divorce et contrat », in, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), La Contractualisation de la famille, Economica, 2001, p. 67 et s.

- « Le lien parental », LPA 2004, n° 131, p. 70.

- « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », RLDC 2009, p. 37.

DENQUIN (J.-M.)

- « Sur les conflits de libertés », in, Mélanges R.-E. CHARLIER, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 545 et s.

DEPADT-SEBAG (V.)

- « L'obligation de respect dans l'article 212 du Code civil », RJPF 2014, n° 1, p. 9 et s.

DEROUSSIN (D.)

- « Eléments pour une histoire de l'identité individuelle », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), L'identité, un singulier au pluriel, Dalloz, 2015, p. 7 et s.

DESDEVISES (Y.)

- « Remarques sur la conciliation dans les textes récents de procédure civile », D. 1981, Chron. 241.

DIAKHATE-FAYE (M.)

- « L'obligation de fidélité », Revue de droit des pays d'Afrique 1994, n° 815, p. 162 et s.

DIENER (P.)

- « Idée nominaliste et déconstruction du droit », APD, 1983, p. 232.

DONDERO (B.)

- « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », D. 2012, p. 1686.

- « De la condition potestative licite », RTD civ., 2007, p. 677.

DONNIER (M.)

- « L'intérêt de l'enfant », D. 1959, chron. 26, p. 179 et s.

DORAIS (L.-J.)

- « La construction de l'identité », in, D. DESHAIES, D. VINCENT (dir.), Discours et constructions identitaires, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 1 et s.

DOUCHY-OUDOT (M.)

- « L'office du juge dans le contentieux familial », Procédures 2015, n° 1, dossier 4.

DREIFUSS-NETTER (F.)

- « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Economica 2001, p. 111 et s.

DROSS (W.)

- « L'introuvable nullité des conditions potestatives », RTD civ., 2007, p. 701.

DU PONTAVICE (E.)

- « Droit de la famille et droit au bonheur », in, Mélanges Pierre Voirin, LGDJ 1967, p. 678 et s.

DUPRE DE BOULOIS (X.)

- « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », JCP (G) 2007, I, 211.

DUTRIEUX (D.)

- « Liberté des funérailles, crémation et destination des cendres », Droit et patrimoine 2000, n° 79, p. 28 et s.

ÉGEA (V.)

- « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », RLDC 2011, n°88, p. 53 et s.

ESTOUP (P.)

- « Études et pratique de la conciliation », D. 1986, Chron. 161.

FABRE-MAGNAN (M.)

- « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », D. 2015, p. 224 et s.

FARGES (A.)

- « La notion Bergsonienne du Temps », in, Revue néo-scholastique de philosophie, 19e année, n° 75, p. 337 et s.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- « Le changement des circonstances », RDC 2004, p. 67 et s.

FENOUILLET (D.)

- « Le droit civil de la famille hors le Code civil », LPA 2005, n° 188, p. 3 et s.

- « Les sanctions en droit de la famille », in, C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, Dalloz 2012, p. 151 et s.

- « Le lien conjugal », LPA 2004, n° 131, p. 58.

- « Le détournement d'institution familiale », in, Mélanges P. MALAURIE, Defrénois, 2005, p. 237 et s.

FORIERS (P.)

- « Présomptions et fictions », in, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), Les présomptions et les fictions en droit, Bruylant, 1974, p. 7 et s.

FORTIER (V.)

- « La fonction normative des notions floues », RRJ 1991, p. 755 et s.

FOULON (M.) ET STRICKLER (Y.)

- « Accords et force exécutoire en France », Gaz. Pal. 2013, n° 246, p. 8 et s.

FRAISSINIER-AMIOT (F.)

- « L'intérêt de la famille, une notion standard à contenu variable » LPA 2007, n° 260, p. 4 et s.

FRANK (R.)

- « Individualisme et droit de la famille », in, Annales de Droit de Louvain, vol. 59, 1999, p. 175 et s.

FREMEAUX (S.)

- « Les notions indéterminées en droit de la famille », RRJ 1998, n° 3, p. 865

FRICERO (N.)

- « Obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine d'un juge », Revue Procédures 2015, n° 5, p. 14 et s.

- « La convention de procédure participative : un nouveau règlement amiable assisté par avocat », Droit et patrimoine 2011, n° 202, p. 30.

- « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », D. 2015, p. 1201.

- « Convention de procédure participative et médiation : des instruments concurrents ? », Droit et patrimoine 2012, n° 214, p. 52 et s.

- « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge », RJPF 2010, n° 1, p. 8 et s.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

- « L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence », RRJ 1993, n° 4, p. 1271 et s.

FROMONT (M.)

- « Le principe de sécurité juridique », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 178.

FULCHIRON (H.)

- « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in, H. FULCHIRON (dir.), Mariage-conjugalité, Parenté, parentalité, Dalloz 2009, p. I et s.

- « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI^e siècle », in, Mélanges JACQUES FOYER, Economica 2008, p. 395 et s.

- « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », D. 2014, p. 153 et s.

- « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits

de logiques ? », in, F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 353 et s.

- « 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, p. 117.

GALLMEISTER (I.)

- Le principe de coparentalité, AJ famille 2009, p. 148.

GANANCIA (D.)

- « Quand la médiation familiale entre dans le Code civil », AJ. Fam. 2003, p. 48.

GANNAGE (L.)

- « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Travaux du comité français de droit international privé*, 2006-2008, p. 205 et s.

- « A propos de "l'absolutisme" des droits fondamentaux », in, *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 265 et s.

- « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », APD, t. 57, Dalloz, 2014, p. 229 et s.

GASNIER (F.)

- « Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint », LPA 2011, n° 121, p. 4.

GAUDEMET (S.)

- « L'intérêt de la famille, élément d'un ordre public familial », in, *Mélanges G. CHAMPENOIS*, Defrénois, 2012, p. 287 et s.

GAUTIER (P.-Y.)

- « Contre la balance des intérêts : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015, p. 2189.

- « Éloge du syllogisme », JCP (G) 2015, p. 1494.

GEBLER (L.)

- « La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques », AJ famille 2009, p. 150.

GENICOT (G.)

- « La maîtrise de son corps par la personne : concept et applications. Deuxième partie », in, J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 29 et s.

GERVAIS (A.)

- « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s.

GHESTIN (J.)

- « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in, *Les notions à contenu variable en droit*, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruylant 1984, p. 77.

- « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil », in, *Mélanges WEILL*, Dalloz, 1983, p. 243.

GOBERT (M.)

- « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », in, *Génétique, procréation et droits*, Actes Sud, 1985, p. 162 et s.

GONZALEZ (G.)

- « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », RFDA, 2010, n° 5, p. 1003.

- « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in, F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Cour européenne des droits*

de l'homme, Droit et Justice n° 108, Némésis-Anthémis, 2014, p. 117.

GOUTTENOIRE (A.)

- « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in, Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 147 et s.

- « La coparentalité imposée : l'interdiction de sortir l'enfant du territoire national », Lexbase Hebo (G) 2010, n° 387.

- « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », Dr. fam. 2002, chron. 24.

- « Le droit européen des droits de l'homme », in, I. MARIA, M. FARGE (dir.), Le lien familial hors du Code civil de la famille, Institut universitaire Varenne, 2014, p. 167 et s.

- « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », AJ fam. 2008, p. 138.

GRANET-LAMBRECHTS (F.)

- « La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé », in, H. FULCHIRON (dir.), Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité, Dalloz 2009, p. 3 et s.

- « La réforme du droit de la filiation », AJ fam. 2005, p. 424 et s.

- « La présomption de paternité », Dr. fam. 2006, étude 3.

GRANET-LAMBRECHTS (F.) ET HAUSER (J.)

- « Le nouveau droit de la filiation », D. 2006, chron. p. 17.

GRANET-LAMBRECHTS (F.) ET HILT (P.)

- « Mariage, pacs, concubinage ; le guide : Que choisir entre ces trois modes concurrents de conjugalité ? », AJ. fam. 2014, p. 658.

GRIGNON (P.)

- « L'obligation de ne pas agir en justice », in, Mélanges C. MOULY, Litec, 1998, p. 115 et s.

GROS (M.)

- « Conflit entre normes constitutionnelles classiques et normes constitutionnelles environnementales : conciliation, prévalence, ignorance ? », in, F. PERALDI-LENEUF, S. SCHILLER (dir.), Les conflits de normes, Rapport de recherche, 2012, p. 335.

GROULIER (C.)

- « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » in, C. THIBIERGE et alii, La force normative, naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant 2009, p. 199 et s.

GUEVEL (D.)

- « La famille incestueuse », Gaz. Pal. 2004, n° 290, p. 2.

GUIMBELLOT (R.)

- « La convention définitive de divorce, en cas de divorce sur requête conjointe, peut-elle donner lieu à une action en rescision pour lésion ? », D. 1981, Chron. 277.

GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), MOUSSA (T.)

- « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », D. 2015, p. 278.

GUYON (Y.)

- « De l'obligation de sincérité dans le mariage », RTD civ. 1964, p. 473.

HAMMJE (P.)

- « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé »,

in, Mélanges Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 365 et s.

HAUSER (J.)

- « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in, Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Montchrestien, 2012, p. 161 et s.

- « La démocratie dans les rapports familiaux », in, Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC : démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation, Bruylant 2008, p. 501 et s.

- « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », in, Mélanges JEAN-CLAUDE GAUTRON, A. Pedone, 2004, p. 116.

- « L'individu, la famille et le droit », in, G. EID (dir.), La famille, le lien et la norme, L'harmattan, 1997, p. 39 et s.

- « Rapport français », in, L'ordre public, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1998, p. 475 et s.

- « Décadences et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in, Mélanges D. HUET-WEILLER, LGDJ, 1994, p. 241.

- « Dieu nous garde de l'équité des parlements », in, Mélanges M. VIDAL, PUB, 2010, p. 594.

- « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli », RTD civ. 2008, p. 93 et s.

- « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir.), Parenté, Filiations, Origines, Bruylant, 2013, p. 321 et s.

- « L'enfant naturel rétroactif (suite) : relire Roubier, Nerson et Rubellin-Devichi avant de légiférer ! », RTD civ. 2002, p. 278.

- « Les limites d'ordre public », AJ fam. 2011, p. 292.

- « Le juge homologateur en droit de la famille », in, P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, 2001, p. 114 et s.

- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in, Mélanges F. TERRÉ, Dalloz, 1999, p. 442 et s.

- « Détournements, abus ou fraudes ? », Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, p. 36 et s.

- « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel », Revue Defrénois 2005, n° 5, p. 357.

HEBRAUD (P.)

- « Le juge et la jurisprudence », in, Mélanges P. COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s.

HENRIOT (J.)

- « Note sur la date et le sens de l'application du mot responsabilité », APD 1977, t. 22, p. 61 et s.

HERITIER (F.)

- « La filiation, état social », Le Monde, 19-20 avril 2010, p. 14 et s.

HERON (J.)

- « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps », RTD civ. 1985, p. 227 et s.

HOUIN (M.)

- « Le problème des fictions en droit civil », Travaux de l'association Henri CAPITANT, 1947, t. III, p. 242.

HUET-WEILLER (D.)

- « Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation », D. 1978, chron. p. 233.

HUGLO (J.-G.)

- « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, n° 11, p. 82.

HUGON (C.)

- « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », *LPA* 2003, n° 247, p. 4 et s.

IZORCHE (M.) ET DELMAS-MARTY (M.)

- « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », *RIDC*, 2000, n° 4, p. 753 et s.

JARROSSON (C.)

- « Le législateur peut-il avoir tort ? », in, *Mélanges Bruno OPPETIT*, p. 349 et s.

- « La portée des clauses de recours au règlement amiable », in, P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, P. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003, p. 145 et s.

JEAMMAUD (A.)

- « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. 34, p. 199.

JESTAZ (P.)

- « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in, *La personne humaine, sujet de droit*, 4e Journées SAVATIER, 1994, p. 159 et s.

- « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in, *Mélanges F. TERRÉ*, Dalloz 1999, p. 417 et s.

- « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », *D.* 1987, chron. III.

- « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. 32, p. 197.

- « La qualification en droit civil », *Droits : revue française de théorie juridiques*, n°18, PUF, 1994, p. 46.

JESTAZ (P.), JAMIN (C.), MARGUENAUD (J.-P.)

- « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2061 et s.

JEULAND (E.)

- « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455 et s.

JUSTON (M.)

- « L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ? », *Dr. fam.* 2010, n° 1, Etude 2, p. 15 et s.

- « L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant », *Dr. fam.* 2008, étude 10.

KAYSER (P.)

- « L'évolution de la communauté réduite aux acquêts dans la pratique notariale », in, *Mélanges G. RIPERT*, t. I, LGDJ, 1950, p. 488.

- « Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques », *RTD. civ.* 1971, p. 445.

KENFACK (H.)

- « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », *D.* 2015, p. 384 et s.

KINSCH (P.)

- « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in, P. LAGARDE (dir.), *Reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone 2013, p. 44.

KOVACS (S.)

- « La Grèce, l'eldorado de la GPA », *Le Figaro*, 4-5 octobre 2014, p. 19.

LABBEE (X.)

- « La contractualisation du droit familial : et après ? », in, *Mélanges C. NEIRINCK*, LexisNexis, 2015, p. 264.

- « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.* 2012, n° 334, p. 5 et s.

LABRUSSE-RIOU (C.)

- « Le juge et la loi : De leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in, *Etudes René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 151 et s.

- « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in, M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et justice : justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 28 et s. spéc. pp. 39-42.

LAFOND (J.)

- « Conventions de divorce sur requête conjointe et rescision pour lésion », *JCP (N)* 1980. I. 285 et 1988. I. 87.

LAGARDE (P.)

- « La reconnaissance mode d'emploi », in, *Mélanges H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 481 et s.

- « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in P. LAGARDE (dir.), *Reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone 2013, p. 19 et s.

LAGARDE (X.)

- « Jurisprudence et insécurité juridique », *D.* 2006, n° 10, p. 681.

- « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Revue de l'arbitrage* 2000, n° 3, p. 377 et s.

LAMARCHE (M.)

- « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », *Dr. fam.* 2014, alerte 29.

LAMBERT (P.)

- « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in, F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 63 et s.

LAPOYADE-DESCHAMPS (A.)

- « Les renonciations en droit de la famille », *D.* 1993, p. 259 et s.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- « La réception des principes de liberté et d'égalité, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p. 83 et s.

- « L'intérêt de l'enfant comme critère d'attribution du droit au bail du logement après divorce », *Dr. fam.* 2008, comm. 68.

- « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? » *Dr. fam.* 2012, n° 5, étude 12.

- « Les conventions de rupture : état des lieux », *Dr. fam.* 2015, dossier 4.

- « Le mythe du sang en droit de la filiation », *LPA*, 1994, n° 32, p. 141 et s.

LASBATS (M.)

- « Les grands parents dans notre société », *AJ fam.* 2008, p. 147 et s.

LATOURNERIE (D.)

- « La qualité de la règle de droit », *Revue administrative* 1981, p. 593.

LE BARS (T.)

- « Autorité positive et négative de la chose jugée », *Procédures*, 2007, étude 12.

LE BOURSICOT (M.-C.)

- « Le droit de connaître son ascendance - et celui de le faire reconnaître - et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in, *Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso, 2012, p. 175, spéc. p. 190 et s.

LE BRIS (R.-F.)

- « L'effet du divorce sur le nom des époux », *D.* 1965, chron. 141.

LE BORGNE (A.)

- « Plaidoyer en faveur de la médiation familiale pour une justice familiale apaisée », *RJPF* 2015, n° 5, p. 7 et s.

- « La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux », *RLDC* 2005, n° 132, p. 63 et s.

- « Le rôle du ministère public dans le contentieux familial », in, L. WEILLER (dir.), *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, 2012, p. 41 et s.

- « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in, *Mélanges Jerry SAINTE-ROSE*, Bruylant, 2012, p. 675.

LEFORT (C.)

- « La dissolution des repères et l'enjeu démocratique », in, P. BUHLER et alii, *Humain à l'image de Dieu*, éd. Labor et Fides 1989, p. 89.

LEFRANC-HAMONIAUX (C.)

- « L'entraide entre époux à l'épreuve du temps », *Dr. famille*, 1999, n° 7-8, p. 4.

LEMOULAND (J.-J.)

- « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in, *Mélanges J. SAINTE-ROSE*, Bruylant, 2012, p. 729 et s.

LEMOULAND (J.-J.) ET MURAT (P.)

- « Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial », *Rev. Droit & Patrimoine* 2011, n° 209, p. 52 et s.

LEQUETTE (Y.)

- « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 550.

- « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », in, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 9 et s.

- « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2011, n° 213.

LEROYER (A.-M.)

- « Autorité parentale et contrat », in, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La Contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 153 et s.

- « La notion d'état des personnes », in, *Mélanges M. GOBERT*, Economica, 2004, p. 247 et s.

- « Interdiction de sortie du territoire », *RTD civ.* 2012, p. 783.

LEROYER (A.-M.) ET NICOD (M.)

- « La contrainte en droit de la famille », in, L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Economica, 2007, p. 106.

LEVINET (M.)

- « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », in, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC, J.-P. AGRESTI (dir.), Les rapports parents-enfants en quête de repères, PUAM, 2011, p. 71 et s.

LOISEAU (G.)

- « L'identité... finitude ou infinitude », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), L'identité, un singulier au pluriel, Dalloz, 2015, p. 29 et s.

LOUVEL (B.)

- « Pour une juridiction à l'écoute de son temps », D. 2014, p. 1632.

- « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015, p. 1326.

- « Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », JCP (G) 2015, p. 1906.

MACHEFERT (T.)

- « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in, J.-M. LARRALDE (dir.), La libre disposition de son corps, Bruylant, 2009, p. 19 et s.

MADIOT (Y.)

- « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in Mélanges Jean SAVATIER, PUF, 1992, p. 353 et s.

MALAUURIE (P.)

- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », JCP (G) 2002. I. 143, n° 22.

- « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », JCP (G) 2016, n° 12, p. 318.

- « Notre droit est-il inspiré ? », Defrénois 2002, art. 37545, p. 638 et s.

- « L'effet prophylactique du droit civil », in, Mélanges Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 669 et s.

- « Rapport de synthèse », in, T. REVET (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, p. 105 et s.

MALAUURIE (P.) ET FULCHIRON (H.)

- « Évolutions du droit français de la famille », Defrénois 2009, n° 13, p. 1347.

MARCHAL (P.)

- « L'individu, devenu valeur suprême ? », R.T.D.F 2008, n° 3, p. 673.

MARINESE (V.)

- « Légistique et effectivité », in, V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, PUPO, 2008, p. 89 et s.

MARTENS (P.)

- « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in, Dialogues entre juges, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, p. 55 et s.

MARTIN (L.)

- « Le secret de la vie privée », RTD. civ., 1959, p. 227.

MARTIN (X.)

- « De l'incapacité des rédacteurs du Code civil à concevoir le désintéressement », in, L. RICHER (dir.), L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?, Economica, 1983, p. 35 et s.

MARTIN-HOCQUENGHEM (E.)

- « L'obligation de tenter une résolution amiable du litige préalablement à l'exercice d'une action en justice contentieuse : un encombrant tigre de papier », LPA 2015, n° 129, p. 5 et s.

MASSIP (J.)

- « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », Defrénois 1990, n° 3, p. 149 et s.

- « Le nouveau droit de la filiation », Defrénois 2006, art. 38324.

- « Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille », Defrénois 2013, n° 13-14, p. 737.

- « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », Defrénois, 2009, p. 591.

MASSON (A)

- « Le bonheur est dans le Code civil », RLDC 2004, n° 11, p. 53 et s.

MATHIEU (B.)

- « La sécurité juridique, un principe clandestin, mais efficient », in, Mélanges Patrice GÉLARD, Montchrestien 2000, p. 301.

MAYER (P.)

- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in, Mélanges P. LAGARDE, Dalloz, 2005, p. 547 et s.

- « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », RCADI, 2007, t. 327, p. 23 et s.

MAZEAUD (D.)

- « La cause », in, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 452.

MAZEAUD (H.)

- « L'enfant adultérin et la " super-rétroactivité " des lois », D. 1977, Chron. p. 1.

MAZEAUD (L.)

- « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », RTD civ. 1929, p. 17 et s.

MEGDICHE (C.)

- « Essai sur la notion de besoin », Sociétés, revue des sciences humaines et sociales, 2002, n° 75, p. 85-90.

MELIN (P.)

- « Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile », Gaz. Pal. 2002, 1, Doctr. p. 645 et s.

MELIN-SOUCRAMANIEN (B.)

- « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, Mélanges J. HAUSER, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 373 et s.

MELLERAY (F.)

- « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », Droit et Société 2004, n° 56-57, p. 143 et s.

MESTRE (J.)

- « L'ordre public dans les relations économiques », in, T. REVET (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996.

MEULDERS-KLEIN (M.-T.)

- « Conclusions générales », in, J.-L. RENCHON (dir.), L'enfant et les relations familiales internationales, Bruylant, 2003, p. 410.

MIGNOT (M.)

- « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », RRJ 2003, p. 667 et s.

MILLET (F.-X.)

- « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », RFDA, 2012, p. 307 et s.

MIMIN (P.)

- « L'intention et le mobile », in, La Chambre criminelle et sa jurisprudence, mélanges M. PATIN, éd. Cujas, 1965, p. 113 et s.

MOLFESSIS (N.)

- « Conflits d'intérêts : vers un changement de culture », JCP (G), supplément au numéro 52, p. 1.

- « Discontinuité du droit et sécurité juridique », Louisiana Law Review 2003, vol. 63, n° 4, p. 1309 et s.

MONEGER (F.) ET PLUYETTE (G.)

- « Exequatur et principes essentiels du droit français », in, Mélanges Patrick Courbe, Dalloz, 2012, p. 447 et s.

MOQUET-ANGER (M.-L.)

- « Intérêt général et droit à la santé publique », in, Mélanges Didier TRUCHET, Dalloz 2015, p. 387 et s.

MORAND (C.-A.)

- « La sanction », APD 1990, p. 304.

- « Éléments de légistique formelle et matérielle », in, C.-A. MORAND (dir.), Légistique formelle et matérielle, PUAM, 1999, p. 18.

- « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in, Mélanges J.-F. AUBERT, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 57.

MORAND-DEVILLER (J.)

- « Plaidoyer pour les docteurs angéliques », Conseil d'État, Etudes et documents, La Documentation française, 1996, n° 47, p. 522.

MOREAU (M.)

- « Le droit qui passe... », in, Mélanges J. SAINTE-ROSE, Bruylant, 2012, p. 1071 et s.

MOTULSKY (H.)

- « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », D. 1968, chron. I

- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », D. 1964, chron., p. 235.

MOULY (C.)

- « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », LPA, 1994, n° 33, p. 15.

MOURY (J.)

- « De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio en droit judiciaire privé », in, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges R. PERROT, Dalloz 1996, p. 299 et s.

MOUTARDIER (H.)

- « Plaidoyer pour une nouvelle lecture de la procédure participative », Gaz. Pal. 2015, n° 83, p. 7 et s.

MULON (E.)

- « Dommages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil », Gaz. Pal. 2014, n° 21, p. 6 et s.

MURAT (P.)

- « Individualisme, libéralisme, légistique », in, H. FULCHIRON (dir.), Mariage-conjugalité, parenté-parentalité, Dalloz, 2009, p. 239 et s.

- « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », in, Mélanges D. HUET-WEILLER, LGDJ, 1994, p. 341.

- « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in, B. MALLET-

BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), L'identité, un singulier au pluriel, Dalloz, 2015, p. 51 et s.

- « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », LPA 2010, n° 200, p. 17 et s.

NEIRINCK (C.)

- « Le couple et la contractualisation de la rupture », RRJ 2009-1, p. 107 et s.

NOREAU (P.)

- « De la force symbolique du droit », in, C. THIBIERGE et alii, La force normative, naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant 2009, p. 137 et s.

NORMAND (J.)

- « La portée de la chose jugée : un renouvellement des critères ? », RTD civ. 1995, p. 177.

OLINGA (A.-D.) ET PICHERAL (C.)

- « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », R.T.D.H. 1995, p. 567 et s.

OPPETIT (B.)

- « Les principes généraux en droit international privé », APD 1987, vol. 32, p. 179 et s.

OST (F.)

- « L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit », Revue internationale de sémiotique juridique, 1993, Vol. VI, n° 18, p.227 et s.

- « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in, J. CLAM, G. MARTIN (dir.), Les transformations de la régulation juridique, LGDJ, 1998, p. 428.

OST (F.) ET LENOBLE (J.)

- « Les implicites de la théorie du juge raisonnable », Annales de droit de Louvain, 1976, p. 321 et s.

LOUDIN (F.)

- « Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », RJPF 2006, n°2, p. 12.

PACTEAU (B.)

- « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 151.

PAMBOUKIS (C.)

- « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », Rev. crit. DIP 2008, p. 513 et s.

PASCAL (A.) ET TRAPERO (M.)

- « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in, La vérité, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, La documentation française, 2005, p. 101 et s.

PASTRE-BELDA (B.)

- « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », RTDH 2015 n° 101, p. 92.

PAVIA (M.-L.)

« Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », LPA 1994, n° 54, p. 6 et s.

PENA (M.)

- « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », RRJ 1992, p. 499.

PERELMAN (C.)

- « L'usage et l'abus des notions confuses », in, Le raisonnable et le déraisonnable en droit, C. PERELMAN (dir.), LGDJ, 1984, p. 153.

PERI (A.)

- « Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ? », LPA, 31 août 2007, n° 175, p. 3 et s.

PERREAU-SOSSINE (L.) ET ALII

- « Les prenuptial agreement et les contrats de mariage », Dr. fam. 2015, dossiers 29, 30, 31, 32.

PETEV (V.)

- « Temps et transmutation des valeurs en droit », in, F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), Temps et Droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ?, Bruylant 1998, p. 179.

- « Réflexions sur la postmodernité et les limites du législateur », in, C.-A. Morand (dir.), Légistique formelle et matérielle, PUAM, 1999, p. 299 et s.

- « Jurisprudence et philosophie du droit », RRJ 1993, n° 4, p. 1265.

PIGACHE (C.)

- « La clause de conciliation préalable », Gaz. Pal. 2015, n° 225, p. 12 et s.

PIOTRAUT (J.-L.)

- « La notion de gravité dans le Code civil », Gaz. Pal. 2000, n° 263, p. 4.

POIVEY-LECLERC (H.)

- « La convention de procédure participative : un pacte de non-agression à durée déterminée », JCP (G) 2011, actu. 70.

POMART (C.)

- « Les techniques législatives de résolution des conflits familiaux », in, S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, A. DEPERCHIN, T. LE MARC'HADOUR (dir.), La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante, Rapport de recherche, Lille 2008, p. 183 et s.

- « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », Dr. fam. 2010, n° 9, Etude 20.

PONCELA (P.)

- « Introduction à une approche philosophique de la sanction », in, Archives de politique criminelle, 1984, n° 7, p. 58.

POPU (H.)

- « La destination des cendres funéraires », Defrénois, 15 septembre 2007, n° 17, p. 1209 et s.

PORTALIS (J.-E.-M.)

- « Discours préliminaire sur le projet de Code civil » in, Le discours et le Code, Litec 2004, p. LVI.

POUSSON-PETIT (J.)

- « Chronique de droit belge : le droit de l'enfance ou le droit à l'enfant », Dr. famille 2010, n° 7, p. 20 et s.

PRIEUR (M.)

- « Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement », in, *Incertitude juridique, Incertitude scientifique* (Actes du Séminaire de l'Institut Fédératif Environnement et Eau. Limoges, 5 avril 2000), PULIM, 2001, p. 9 et s.

RACINE (J.-B.)

- « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? (Contribution à la définition du terme alternatif) », LPA 2001, n° 105, p. 16 et s.

RADBRUCH (G.)

- « Le relativisme dans la philosophie du droit », APD 1934, p. 106.

RAYNAUD (P.)

- « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », in, *Etudes de droit contemporain, contributions françaises aux IIIe et IVe congrès internationaux de Droit Comparé*, Sirey, 1959, p. 377 et s.

REBEYROL (V.)

- « Une réforme à la Cour de cassation ? », *JCP (G)* 2015, p. 1583.

REBOURG (M.)

- « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », *Dr. fam.* 2004, étude 17.

REMOND-GUILLOUD (M.)

- « La possession d'état d'enfants », *RTD civ.* 1975, p. 459.

RENCHON (J.-L.)

- « Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme », in, F. KRENC, M. PUÉCHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 145 et s.

- « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in, A. WIFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et le droit privé européen*, Bruylant 2005, p. 269 et s.

- « Les causes des mutations de l'ordre public », *Dr. fam.* 2015, dossier 46.

- « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA* 2010, n° 200, p. 29 et s.

- « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », in, J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 131 et s.

RIALS (S.)

- « Ouverture : L'office du juge », *Droits*, 1989, n° 9, p. 3 et s.

RIGAUX (F.)

- « Les situations juridiques dans un système de relativité générale. Cours de droit international privé », *RCADI* 1989, t. 213, p. 9 et s.

RITLENG (D.)

- « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD eur.*, 2013, p. 267 et s.

RIVERO (J.)

- « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, *Chron.*, p. 99.

- « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », *AJDA*, 1968, p. 15.

- « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, p. 675 et s.

- « Synthèse », in, L. RICHER (dir.), *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, *Economica*, 1983, p. 137 et s.

RODIERE (R.)

- « L'écoulement du temps et la recevabilité de l'action en responsabilité contre le transporteur aérien », *D.* 1976, *chron.* p. 265.

- « La notion de cause péremptoire en matière de divorce », *JCP (G)* 1937, I, p. 12.

- « Les principes généraux du droit privé français », *RIDC* 1980, n° spéc., vol. II, p. 309 et s.

ROGUE (F.)

- « Le nom de famille dans la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *LPA* 2013, n° 133, p. 44.

ROMAIN (J.-F.)

- « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in, Les conférences du centre de droit privé et de droit économique, vol. 3, L'ordre public ; concept et applications, Bruylant, 1995, p. 8 et s.

ROPERS (C.)

- « Reste-t-il un ordre public familial ? », in, Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation), Publications de l'université de Rouen 2004, p. 89 et s.

ROUVIERE (F.)

- « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA 2009, n° 152, p. 7.

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », JCP, G, 1994, I, 3739, p. 87 et s.

- « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in, Mélanges Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Bruylant, 1998, p. 661 et s.

- « Du caractère " définitif " de la convention dans le divorce sur requête conjointe », RTD civ. 1987, p. 287.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

- « La sexualité dans le droit civil contemporain », Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 23, 1985, p. 7 et s.

SAINT-PAU (J.-C.)

- « La distinction des droits de la personnalité et l'action en responsabilité civile », in, Mélanges H. GROUDEL, Litec 2006, p. 405 et s.

SAUPHANOR (S.)

- « La convention de procédure participative : aspects pratiques », Gaz. Pal. 2011, n° 18, p. 10.

SCHMIDT (D.)

- « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », D. 2013, p. 446.

SERRA (G.)

- « De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile », RLDC 2007, n° 42, p. 38 et s.

SIFFREIN-BLANC (C.)

- « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », in, E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), Le lien familial, lien obligationnel, lien social, t. II, PUAM 2014, p. 133 et s.

SILANCE (L.)

- « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante », in, C. PERELMAN (dir.) Le problème des lacunes en droit, Bruylant, 1968, p. 489 et s.

SPITZ (J.-F.)

- « L'État et la famille », Droits, 1993, n° 16, p. 59 et s.

STOETZEL (J.)

- « Les changements dans les fonctions familiales », in, R. PRIGENT (dir.), Renouveau des idées sur la famille, Travaux et documents, Cahier n° 8, PUF 1954, p. 343.

SUDRE (F.)

- « La mystification du consensus européen », JCP (G) 2015, I, 1369.

SURREL (H.)

- « La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droits », in, F. SUDRE (dir.), Les conflits de droits dans la

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Droit et Justice n° 109, Némésis-Anthémis, 2015, p. 184.

TALARICO (L.)

- « L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents : exigence légale ou pouvoir du juge ? », Dr. fam. 2011, Etude 11.

TERRE (F.)

- « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 16e éd. Dalloz, 2010, p. 3.

- « La crise de la loi », APD 1980, t. 25, p. 17 et s.

- « Temps sociologiques et temps juridiques », Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1996, p. 160 et s.

- « Propos introductifs théoriques sur les conflits de normes », in, F. PERALDI-LENEUF, S. SCHILLER (dir.), Les conflits de normes, Rapport de recherche, 2012, p. 8 et s.

THERON (S.)

- « L'effet déclaratif d'un acte ou d'un jugement », AJDA 2011, p. 2100.

THERY (R.)

- « L'intérêt de la famille » JCP (G) 1972, I, 2485.

THIBIERGE (C.)

- « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », RTD Civ. 2003, p. 599 et s.

TISSERAND (A.)

- « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », in, Mélanges D. HUET-WEILLER, 1994, LGDJ, p. 497 s.

TISSERAND-MARTIN (A.)

- « Devoir de loyauté et obligation d'information entre époux divorçant », in Mélanges P. SIMLER, Litec-Dalloz, 2006, p. 207 et s.

TOPORKOFF (M.)

- « Les droits reposant sur la common law permettent-ils une meilleure prévision judiciaire que ceux reposant sur le droit écrit ? », Les Annonces de la Seine, supplément au n° 35 du 18 mai 2000, n° 6.1.1.3.

TRESCASES (A.)

- « Les délais préfix », LPA 2008, n° 22, p. 6.

TRIANAFYLLOU (D.)

- « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », RFDA 2000, p. 246.

TULKENS (F.)

- « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2006, p. 3 et s.

TUNC (A.)

- « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in, L'hypothèse du non-droit : XXXe séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978, p. 284 et s.

VALEMOIS (A.-L.)

- « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, n° 17, p. 127 et s.

VAN BOGAERT (E.)

- « Le sens de la clause "rebus sic stantibus" dans le droit des gens actuel », RGDIP, 1966, p. 49 et s.

VAN GYSEL (A.-C.)

- « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », Revue générale de droit civil belge, 1988-2, p. 186 et s.

- « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in, N. GALLUS (dir.), Droit des familles, genre et sexualité, LGDJ, 2012, p. 261 et s.

VERNIERES (C.)

- « Conditions du changement de régime matrimonial », in, M. GRIMALDI (dir.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz-action, 2014, n° 123.50 et s.

VIAL (G.)

- « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », Dr. fam. 2009, étude 18.

VIDAL (D.)

- « L'actualité des clauses encadrant la réalisation du risque », Journal des sociétés 2013, n° 105, p. 48 et s.

VIER (C.-L.)

- « La notion de conflit d'intérêts », AJDA 2012 p. 869.

VILLA-NYS (M.-C.)

- « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », Revue Droit et Patrimoine 2000, n° 85, p. 96 et s.

VILLEY (M.)

- « Esquisse historique sur le mot responsable », APD 1977, t. 22, p. 45 et s.

WACHSMANN (P.)

- « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », RUDH 2004, n° 1-4, p. 40 et s.

- « Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 1017 et s.

WALTER (J.-B.)

- « La vie privée et familiale : refuge européen de l'illégalité ou réceptacle de la tragédie humaine ? », Dr. fam. 2015, étude 11.

WEILLER (L.)

- « La médiation familiale », in, L. WEILLER (dir.), Les transformations du contentieux familial, PUAM, 2012, p. 59 et s.

WIEDERKEHR (G.)

- « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », R.I.D.C. 1998-2, p. 449 et s.

- « L'évolution de la justice gracieuse », in, Mélanges Pierre DRAI, Dalloz, 2010, p. 483 et s.

WITZ (C.)

- « Force obligatoire et durée du contrat », in, Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2004, p. 175 et s.

WOEHLING (J.-M.)

- « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? » in, Mélanges Jean WALINE, Dalloz, 2002, p. 749.

WYLLEMAN (A.)

- « L'homme et la création des valeurs », Revue Philosophique de Louvain 1960, t.58, n° 57, p. 88 et s.

ZAKI (M.-S.)

- « Définir l'équité », A.P.D., t. 35, 1990, p. 87 et s.

ZEIDENBERG (S.)

- « Le droit de la famille face à la contrariété d'intérêts », RRJ, 2003, p. 631 et s.

ZENATI (F.)

- « La jurisprudence », Dalloz, 1991, p. 155.

IV- NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET
RAPPORTS

AGOSTINI (E.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, D. 1999, p. 671.

AMRANI MEKKI (S.)

- Obs. sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Dr. et patrimoine, févr. 2007, p. 113.

ANCEL (B.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, Rev. crit. DIP 2007, p. 420.
- Note sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 1998, Rev. crit. DIP, 1998, p. 659.

AUDIT (M.)

- Obs. sous, CE, 24 nov. 2006, Dr. adm. 2007, comm. 60.
- Note sous, CJCE, 2 oct. 2003, Garcia Avello, C-148/02, D. 2004, p. 1476.

AVENAT-ROBARDET (V.)

- Obs. sous, Cass. Com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383, D. 2011, n° 40, p. 2235.

BAHUREL (C.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, Defrénois 2014, n° 3, p. 140.

BARBIER (H.)

- Obs. sous, Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, RTD civ. 2014 p. 655.
- Obs. sous, Cass. 2e civ., 25 janv. 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, 505.

BARRIERE-BROUSSE (L.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, JDI (Clunet) 2011, p. 124.

BATIFFOL (H.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 7 janv. 1964, Rev. crit. DIP 1964, p. 344.

BEIGNIER (B.)

- Obs. sous, Cass., Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, JCP (G) 2007, I, 210.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 2 déc. 2000, n° 98-19.147, Dr. fam. 2001, comm. 32.
- Obs. sous, CA Paris, 1er ch., 27 mars 1998, Cts X c/ Madame Y et autres, Dr. fam. 1998, n° 6, pp. 23-25.

BELLET (P.)

- Note sous, CA Paris, 7 nov. 1957, J.-B. ; Rev. crit. DIP, 1959, p. 319.

BENABENT (A.)

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 27 juin 1985, n° 84-14663, D. 1986, IR. 112.

BENOIT-ROHMER (F.)

- Note sous, CEDH, gr. ch., 18 janv. 2001, Chapman c. Royaume-Uni, n° 27238/95, RTDH 2002, p. 999.

BERTHIAU (D.) ET BRUNET (L.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), D. 2011, p. 1522.

BICHERON (F.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2004, AJ fam. 2004, p. 241.

BINET (J.-R.)

- Note sous, CE, 31 mai 2016, n° 396848, Dr. fam. 2016, n° 9, étude 15.

- Note sous, CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281, JurisData n° 2016-004932, Dr. fam. 2016, étude 8.

- Note sous, Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002, Dr. fam. 2015, repère 8.

- Note sous, CEDH, 21 juill. 2015, Oliari et autres c. Italie, n° 18766/11 et 36030/11, Dr. fam. 2015, repère 11.

- Note sous, CA Rennes, 28 sept. 2015, n° 14/07321, JurisData n° 2015-021767 et n° 14/05537, JurisData n° 2015-021765, Dr. fam. 2015, comm. 201.

- Note sous, Cass. 1re civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296, Dr. fam. 2016, comm. 20.

- Obs. sous, CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939, Dr. fam. 2015, n° 3, comm. 44.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041, Dr. fam. 2013, comm. 148.

BLAY-GRABARCZYK (K.)

- Obs. sous, CEDH, 25 sept. 2012, Godelli c. Italie, n° 33783/09, JCP (G) 2012, p. 1083.

BOICHE (A.)

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 26 nov. 2013, X c. Lettonie, n° 27853/09, AJ fam. 2014, p. 58.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 13 févr. 2013, n° 11-28424, AJ fam. 2013, p. 185.

- Obs. sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, AJ fam. 2012, p. 546.

- Obs. sous, Cass. civ., 1re, 8 juill. 2010, n° 09-66.406, AJ fam. 2010, p. 482.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, n° 41615/07, AJ famille 2012, p. 97.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, AJ fam. 2008. 401.

- Obs. sous, CEDH, 6 déc. 2007, Maumousseau et Washington c. France, n° 39388/05, AJ fam. 2008 p. 83.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 déc. 2006, n° 06-13.177, AJ fam. 2006, p. 180.

- Obs. sous, Cass. civ., 1re, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, AJ fam. 2006, p. 252.

BOMHOFF (J.) ET ZUCCA (L.)

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni, n° 6339/05, European Constitutional Law Review, 2006, p. 424.

BONFILS (P.) ET GOUTTENOIRE (A.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 08-11033, D. 2009, p. 1918.

BORGHETTI (J.-B.)

- Obs. sous, CEDH, 11 mars 2014, Howald Moor et autres c. Suisse, n° 52067/10 et 41072/11, D. 2014, p. 1019.

BOULANGER (F.)

- Obs. sous, Cass. civ., 1re, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, JCP (G) 2008, II, 10001.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 oct. 2001, D. 2002, p. 1097.

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 juill. 1995, D. 1996, p. 233.

BOURRIER (C.) ET COUTANT (C.)

- Note sous, CA Paris, 1er ch., 27 mars 1998, Cts X c/ Madame Y et autres, LPA 1999, n° 197, p. 10.

BRUGGEMAN (M.)

- Obs. sous, CEDH, 14 déc. 2010, O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni, n° 34848/07, Dr. fam. 2011, alerte 8.

BRUNET (L.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 juin 1996, D. 1998, p. 453.

BRUSORIO-AILLAUD (M.)

- Note sous Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 07-14849, JCP (G) 2009, II, 10076.

CASEY (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, Gaz. Pal. 10-11 sept. 2010, p. 43.

- Note sous, CA Bordeaux, 14 janv. 2003, n° 99/03465, RJPF 2003, n° 9, p. 27.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 2 déc. 2000, n° 98-19.147, JCP (G) 2001, II, 10478.

CATALA (P.)

- Note sous, CA Paris, 6 nov. 1997, n° 1997-023051, Dr. fam. 1997, chron. 12.

CHAMPENOIS (G.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, Defrénois 2011, n° 4, p. 375.

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-22914, Defrénois 1999, art. 37017.

- Note sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, Defrénois 1997, p. 420.

CHENEDE (F.)

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, D. 2014, p. 1797.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, AJ fam. 2015, p. 54.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, AJ. fam. 2013, p. 663.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, D. 2014, p. 179

- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, AJ fam. 2011, p. 429.

- Obs., sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2008, n° 06-11294, AJ fam. 2008, p. 431.

- Note sous, CEDH, 10 janv. 2008, Kearns c. France, n° 35991/04, AJ. Fam. 2008, p. 78.

- Note sous, Cass. 1re civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, AJ fam. 2007, p. 398.

CHEVALIER (P.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), Rev. crit. DIP 2014, p. 1.

CHEYNET DE BEAUPRE (A.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, RJPF 2014/2, p. 23.

CHRISTIANS (L.-L.)

- Note sous, CEDH, 20 juill. 2001, Pellegrini c. Italie, n° 30882/96, Rev. crit. DIP 2004, p. 106.

CLAY (T.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014 p. 2004, et 2541.

- Obs. sous, Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2014 p. 1044 et 2541.

- Obs. sous, Cass. 3e civ., 28 mars 2007, Bull. civ. III, n° 43, p. 37, JCP (G) 2007, I, 200.

- Obs. sous, Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, JCP (G) 2005, I, 183.

CORNU (G.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 9 juin 1976, JCP (G) 1976, II, 18494.

CORPART (I.)

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, RJPF 2015, n° 4, p. 11.

- Obs. sous, CEDH, 5 déc. 2013, Henry Kismoun c. France, n° 32265/10, RJPF 2014 - 2, p. 10.

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), RJPF 2013, n° 10, p. 20.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 17 mars 2010, RJPF 2010, n° 9, p. 12.

COUARD (J.)

- Note sous, CEDH, 21 juill. 2015, Oliari et autres c. Italie, n° 18766/11 et 36030/11, Dr. fam. 2015, alerte 68.

- Obs. sous, CEDH, 25 juin 2015, C. Canonne c. France, n° 22037/13, Dr. fam. 2015, Alerte 62.

COURBE (P.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), D. 2004, p. 815.

COURBE (P.) ET JAULT-SESEKE (F.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, D. 2006, pan. 1503.

COURTIN (C.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 févr. 2000, D. 2001, p. 422.

COUSTET (C.)

- Obs. sous, TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07499, Dalloz actualité, 8 juin 2015.

DAVID (S.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, AJ. fam. 2012, p. 47.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, AJ. fam. 2008, p. 476.4

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 10 mars 2005, n° 02-14268, AJ. fam. 2005, p. 143.

- Obs. sous, Cass. 3e civ., 3 févr. 2004, n° 01-17.094, AJ. fam. 2004, p. 101.

D'AVOUT (L.)

- Note sous, CEDH, 6 juill. 2010, Green et Farhat c. Malte, n° 38797/07, Rev. crit. DIP 2011, p. 665.

- Note sous, CJCE, 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, JDI 2009, p. 203.

- Note sous, CEDH, 28 juin 2007, Wagner c. Luxembourg, n° 76240/01, JDI 2008, p. 183.

- Note sous, Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, D. 2007, p. 115.

DE LA MARNIERE (E.-S.)

- Note sous, Cass. crim. 8 mars 1988, D. 1989, p. 528.

- Note sous, Cass. 1re civ., 10 juill. 1973, JCP (G) 1974, II, 17689 (5e esp.).

DE LAMY (B.)

- Obs. sous, CA Paris, 9 nov. 2000, D. 2001, Somm. 2345.

DE VREGILLE (A.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n° 08-70214, Gaz. Pal. 2010, n° 141, p. 30.

DEKEUWER (A.)

- Note sous, Cons. Const., 19 et 20 janv. 1981 ; D. 1982, p. 441.

DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)

- Obs. sous, CEDH, 10 oct. 2006, Paulík c. Slovaquie, n° 10699/05, RJPF 2007, p. 41.

DEVERS (A.)

- Note sous, CJCE, 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, JCP (G) 2009, II, 10071.

- Note sous, Cass. 2e civ., 10 juill. 2008, n° 07-15390, Dr. fam. 2008, comm. 149.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, Dr. fam. 2007, comm. 160.

DIONISI-PEYRUSSE (A.)

- Note sous, CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, Negreponitis-Giannisis c. Grèce, JDI 2012, comm. 7, p. 215.

DOMINO (X.)

- Concl. sous, CE, 12 déc. 2014, n° 365779, RFDA 2015, p. 163.

DOUBLEIN (C.)

- Obs. sous, CEDH, 5 déc. 2013, Henry Kismoun c. France, n° 32265/10, AJ fam. 2014, p. 194.

DOUCHY-LOUDOT (M.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, D. 2015 p. 649.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-19839, D. 2012, p. 1033.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, D. 2011, p. 1107.

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 6 mai 2004, n° 02-13689, D. 2005, p. 1821.

DOURIS (M.)

- Note sous, CA d'Aix-en-Provence du 28 octobre 2011, LPA 2012, n° 195, p. 5 et s.

DOUVILLE (T.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, Dalloz actualité 02 mai 2014.

DUBARRY (J.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, RJPF 2015, n° 2, p. 20.

DUPIN (A.)

- Concl. sous, Cass. civ., 28 févr. 1860, Bulkley c. Defresne, S. 1860, 1, p. 210.

ÉGEA (V.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296, Dr. fam. 2016, chron. 1, n° 10.

- Obs. sous, CEDH, 25 févr. 2014, Ostace c. Roumanie, n° 12547/06, Dr. fam. 2014, alerte 15.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041, RJPF 2013, n° 12, p. 24.

- Note sous Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 07-14849, D. 2009, AJ, p. 811.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, D. 2008, p. 2078.

- Note sous, Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n°02-20613, D. 2005, p. 1909.

EUDIER (F.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, RJPF 2008-11, p. 29.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 déc. 2006, n° 06-13.177, RJPF 2007-3, p. 38.

FARGE (M.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.751, Dr. fam. 2014, comm. 174.

- Note sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, Dr. fam. 2012 p. 187.

- Note sous, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, Dr. fam. 2012, comm. 19.

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 08-11033, Dr. fam. 2009, comm. 82.

FAVIER (Y.)

- Obs. sous, CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, JCP (G) 2003, I, 101, n° 1.

FERGANI

- Note sous, CA Paris, 16 févr. 1972, D. 1972, p. 449.

FERRAND (F.) ET MOUSSA (T.)

- Note sous, Cass. 3e civ., 27 mars 1991, Gaz. Pal. 1992, somm., p. 281.

FLAUSS (J.-L.)

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, n° 45036/98, AJDA 2005, p. 1886.

- Note sous, CEDH, 20 juill. 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, LPA 18 avr. 2002, n° 78, p. 11.

- Obs. sous, CEDH, 8 sept. 1993, *Bernard et autres c. Luxembourg*, n° 17187/90, AJDA 1994, p. 30.

FOHRER-DEDEURWAERDER (E.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 20 juin 2012, n° 11-30120, JDI 2013, p. 3.

FRICERO (N.)

- Obs. sous, Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, D. 2015, p. 287.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2015, p. 287.

- Obs. sous, Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2015, p. 287.

- Obs. sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Dr. et proc. 2006, p. 348.

- Note sous, CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, D. 1997, n° 6, p. 74.

FULCHIRON (H.)

- Note sous, CEDH, 21 juill. 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, n° 9063/14 et n° 10410/14, Dr. fam. 2016, comm. 201.

- Note sous, CE, 31 mai 2016, n° 396848, D. 2016, p. 1472

- Note sous, CEDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, D. 2015, p. 2160.

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, D. 2015, p. 1070.

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, D. 2014, p. 153.

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), JCP (G) 2004, p. 1481.

FULCHIRON (H.) ET GOUTTENOIRE (A.)

- Obs. sous, CEDH, 25 janv. 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, Dr. fam. 2000, chron. 26.

GALLANT (E.)

- Note sous, Cass. civ., 1re, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, Rev. crit. DIP 2007, p. 96.

GALLMEISTER (I.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, D. 2015, p. 464.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08, D. 2013, p. 434.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, D. 2010, p. 2062.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, D. 2006, p. 1065.

GALLOIS (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, RLDC 2011, n° 78, p. 46.

GANNAGE (L.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, JCP (G) 2015, p. 525.

GARRAUD (E.)

- Note sous, CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, RJPF 2002, n° 7 et 8, p. 11.

GARCIN (K.)

- Obs. sous, CEDH, 12 févr. 2013, *Vojnity c. Hongrie*, n° 29617/07, Dr. fam. 2013, comm. 70.

GARE (T.)

- Note sous, CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c. France*, n° 43631/09, RJPF 2012/11, p. 41.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, RJPF 2012, n° 1, p. 22.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, RJPf 2009, n° 2, p. 18.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 10 mars 2005, n° 02-14268, RJPf 2005-6, p. 20.
- Note sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2002, JCP (G) 2003, II, 10053.
- Note sous, Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, RJPf 2002, n° 5, p. 38.
- Note sous, Cass. 1re civ., 12 déc. 2000, n° 98-19.147, D. 2001, p. 1496.
- Note sous, Cass. 1re civ., 28 mars 2000, D. 2000, p. 731.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, n° 95-13029, JCP (G) 1997, II, 22820.
- Note sous, CA Bordeaux, 19 nov. 1996, n° 95-2280, D. 1997, p. 523.
- Note sous, Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, JCP (G) 1991, II, 21752.

GAUDEMET-TALLON (H.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 20 juin 2012, n° 11-30120, Rev. crit. DIP 2012, p. 900.
- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, D. 2012, p. 1228.

GAUDEMET-TALLON (H.) ET JAULT-SESEKE (F.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), D. 2014, p. 1059.
- Note sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), D. 2012, p. 1228.

GHESTIN (J.) ET ALII

- Note sous, Cass. 3e civ., 20 janv. 2010, n° 09-65.272, JCP (G) 2010, n° 18, p. 966 et s.

GOBERT (M.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 nov. 1981, JCP (G) 1982, II, 19842.

GOMAA (N.)

- Note sous, Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, D. 1970, chron. p. 145.

GONZALEZ (G.)

- Note sous, CEDH, 6 déc. 2011, Iyilik c. Turquie, n° 2899/05, JCP (G) 2011, p. 1424.

GONZALEZ (G.) ET GOUTTENOIRE (A.)

- Note sous, CEDH, 6 déc. 2011, Iyilik c. Turquie, n° 2899/05, JCP (G) 2012, p. 296.

GOUTTENOIRE (A.)

- Note sous, Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002, JCP (G) 2015, p. 965.
- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, Dr. fam. 2015, chron. 2.
- Obs. sous, CE, 12 déc. 2014, n° 365779, JCP (G) 2015, p. 32.
- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, JCP (G) 2014, p. 877.
- Obs. sous, CEDH, 25 févr. 2014, Ostace c. Roumanie, n° 12547/06, Dr. fam. 2014, étude 12, n° 3.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, Fabris c. France, n° 16574/08, Dr. fam. 2014, étude 12, spéc. n° 5.
- Obs. sous, CEDH, 27 nov. 2012, V. K. c. Croatie, n° 38380/08, Dr. fam. 2013, étude 3.
- Note sous, CEDH, gr. ch., 3 nov. 2011, S. H. et a. c. Autriche, n° 57813/00, Dr. fam. 2012, étude 6.
- Obs. sous, CEDH, 3 mai 2011, n° 56759/08, Negrepointis-Giannisis c. Grèce, Dr. fam. 2012, étude n° 8.
- Note sous, Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 08-11033, JCP (G) 2009, II, 10072.
- Obs. sous, CEDH, 13 juill. 2006, Jaggi c. Suisse, n° 58757/00, Dr. fam. 2008, étude 14.

- Note sous, Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n°02-20613, Dr. fam. 2005, comm. n° 156.

- Obs. sous, CEDH, 2 sept. 2003, Guichard c. France, n° 56838/00, Dr. fam. 2004, comm. 98.

- Note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, JCP (G), 2003, II, 10049.

GOUTTENOIRE (A.) ET BONFILS (P.)

- Cass. 1re civ., 6 avril 2011, arrêts n° 09-66486, n° 09-17130 et n° 10-19053, D. 2011, p. 1995 (Panorama Droits de l'enfant).

GOUTTENOIRE (A.) ET LAMARCHE (M.)

- Note sous, CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, Dr. fam. 2006, comm. 234.

GOUTTENOIRE (A.) ET SUDRE (F.)

- Obs. sous, CEDH, 16 déc. 2003, Palau-Martinez c. France, n° 64927/01, JCP (G) 2004, II, 10071.

- Note sous, CEDH, 1er févr. 2000, Mazurek c. France, n° 34406/97, JCP (G) 2000, II, 10286.

GRANET-LAMBRECHTS (F.)

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, D. 2015, p. 702.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, D. 2014, p. 1171.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, Fabris c. France, n° 16574/08, D. 2013, Pan. 1436

- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, D. 2012, p. 1432.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264, D. 2010, pp. 1442-1449.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 3 déc. 2008, n° 07-12.042, D. 2009, p. 773 et s.

- Note sous, Cass. 1re civ., 19 sept. 2007, n° 06-21061, D. 2008, p. 1371.

- Obs. sous, CA Nancy, 23 févr. 2004, n° 03/01484, D. 2004, Somm. p. 1422.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, D. 2004, p. 1419.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 99-14644, D. 2002, p. 2019.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 juin 1998, D. 1998, somm., p. 355.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, D. 1997, somm., p. 157.

- Obs. sous, CA Dijon, 19 avr. 1994, D. 1995, somm. p. 223.

- Obs. sous, CA Paris, 13 mars 1992, D. 1993, p. 43.

- Obs. sous, TGI Paris, 26 mars 1991, D. 1993, Somm. 326.

GRANET-LAMBRECHTS (F.) ET STRICKLER (Y.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n°02-20613 JCP (G) 2005, p. 1183.

GRIDEL (J.-P.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 01-12.574, D. 2004, p. 21.

GRIMALDI (M.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 14 nov. 2007, n° 06-13.806, RTD civ., 2008, p. 333.

GUILLAUME (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), JDI 2014, p. 134.

- Note sous, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, JDI 2012, p. 176.

GUTMANN (D.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 juin 1998, JCP (G) 1998, II, 10157.

HAMMJE (P.)

- Note sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, D. 2012, p. 2947.
- Note sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), Rev. crit. DIP 2011, p. 722
- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), Rev. crit. DIP 2004, p. 423.

HAUSER (J.)

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, RTD civ. 2014, p. 616.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, RTD civ 2014, p. 353.
- Obs. sous, CEDH, 5 déc. 2013, Henry Kismoun c. France, n° 32265/10, RTD civ. 2014, p. 332.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 4 déc. 2013, n° 12-26066, RTD civ. 2014, p. 88.
- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), RTD civ. 2013, p. 816.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027, RTD civ. 2013, p. 590.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, n° 11-25.205, RTD civ., 2012, p. 520.
- Obs. sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, RTD civ. 2013, p. 105.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-19839, RTD civ. 2012, p. 101.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, RTD civ. 2012, p. 98.
- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, RTD civ. 2011 p. 526.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 10-25285, RTD civ. 2012, p. 94.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 17 mars 2010, RTD civ. 2010, p. 521.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 30 sept. 2009, Dr. fam. 2009, RTD civ. 2009, p. 703.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 1er juill. 2009, n° 08-17825, RTD civ. 2009, p. 705.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264, RTD civ, 2009, p. 518.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 3 déc. 2008, n° 07-12.042, RTD civ. 2009, p. 105.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 nov. 2007, n° 06-13.806, RTD civ., 2008, p. 90.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, RTD civ. 2007, p. 756.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 mars 2007, n° 05-21882, RTD civ. 2007, p. 762.
- Obs. sous, CA Reims, 12 déc. 2006, RTD civ. 2007, p. 558.
- Obs. sous, CEDH, 13 juill. 2006, Jaggi c. Suisse, n° 58757/00, RTD civ. 2007, p. 99.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, RTD civ. 2006, p. 292.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 14 févr. 2006, RTD civ. 2006, p. 297.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, RTD civ. 2005, p. 769.
- Obs. sous, CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, RTD civ. 2005, p. 758.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 11 janv. 2005, n° 02-19016, RTD civ 2005, p. 375.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 mai 2004, n° 02-17.441, RTD civ. 2004, p. 494.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2004, RTD civ. 2004, p. 496.
- Obs. sous, CA Nancy, 23 févr. 2004, n° 03/01484, RTD civ. 2004, p. 275.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 6 janv. 2004, n° 01-01600, RTD civ. 2004, p. 76.
- Obs. sous, sous, Cass. 1re civ, 23 avr. 2003, RTD civ. 2003, p. 693.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, RTD civ. 2003, p. 276.

- Obs. sous, CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, RTD civ. 2002, p. 782.

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 11 avr. 2002, n° 00-15819, RTD civ. 2002, p. 800.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 19 févr. 2002, n° 99-18928, RTD civ. 2002, p. 489.

- Obs. sous, Cass. soc. 15 févr. 2001, n° 99-17199, RTD civ. 2001, p. 563.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 déc. 2000, n° 98-19.147, RTD civ. 2001, p. 120.

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 13 juill. 2000, n° 98-13673, RTD civ. 2000, p. 822.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 févr. 2000, RTD civ. 2000, p. 558.

- Obs. sous, CEDH, 1er févr. 2000, *Mazurek c. France*, n° 34406/97, RTD civ. 2000, p. 311.

- Obs. sous, CA Paris, 1er ch., 27 mars 1998, *Cts X c/ Madame Y et autres*, RTD Civ. 1998, p. 655

- Note, sous, CA Bourges, 24 février, 1998, RTD civ. 1998, p. 654.

- Note sous, Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1988, p. 453.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, RTD civ., 1997, p. 111.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 20 févr. 1996, RTD civ. 1996, p. 356.

- Cass. 1re civ., 4 juill. 1995, RTD civ. 1995, p. 866.

- Obs. sous, CA Pau, 13 févr. 1995, RTD civ., 1996, p. 376.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823, RTD civ. 1995, p.337.

- Obs. sous, CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, D. 1994, p. 327.

HILT (P.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 13 mai 2015, n° 14-10501, AJ. fam. 2015, p. 350.

HOLLEAUX (D.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 19 déc. 1972, Rev. crit. DIP, 1975, p. 83.

- Note sous, Cass. 1re civ., 29 avril 1960, D. 1960, p. 429.

HUET (A.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 6 févr. 1985, *Simitch c. Fairhurst*, JDI 1985, p. 460.

HUET-WEILLER (D.)

- Note sous, CA Toulouse 21 sept. 1987, D. 1988, p. 184.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 29 juin 1977, D. 1977, IR 436.

ISSA (F.)

- Obs. sous, CEDH, 6 mai 2013, *Garnaga c. Ukraine*, n° 20390/07, JDI (Clunet) 2014, n° 3, chron. 6.

J.M.

- Note sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 1982, n° 80-80014 et n° 80-80015, D. 1983, p. 294.

JACQUE (J.-P.)

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, n° 45036/98, RTD eur. 2005, p. 749.

JAULT-SESEKE (F.)

- Obs. sous, CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, D. 2012, p. 1239.

- Obs. sous, Cass. civ., 1re, 8 juill. 2010, n° 09-66.406, D. 2011, p. 1374.

JEANDIDIER (W.)

- Note sous, Cass. crim. 8 mars 1988, JCP (G) 1989, II, 21162.

JEULAND (E.)

- Note sous, Cass. 3e civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272, JCP (G) 2010, n° 43, p. 1993 et s.

JOLY

- Note sous, Cass. 1re civ, 19 mars 1985, JCP (G) 1986, II, 20665.

JOSEPH-PARMENTIER (M.)

- Note sous, CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, JCP (G) 2016, p. 594.

KESSLER (G.) ET SALAME (G.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 10 mai 2006, n° 05-10299, D. 2006, p. 2890.

KINSCH (P.)

- Note sous, CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, Negrepontis-Giannisis c. Grèce, Rev. crit. DIP 2011, p. 817.

- Note sous, CEDH, 29 avril 2008, n°18648/04, Rev. crit. DIP 2008, p. 830.

- Note sous, CEDH, 28 juin 2007, Wagner c. Luxembourg, n° 76240/01, Rev. crit. DIP 2007, p. 807.

LABRUSSE-RIOU (C.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, JCP (G) 2004, II, 10064.

LAGARDE (P.)

- Note sous, CJCE, 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, Rev. crit. DIP 2009, p. 80.

- Note sous, CJCE, 2 oct. 2003, Garcia Avello, C-148/02, Rev. crit. DIP 2004, p. 192.

LAMARCHE (M.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041, JCP (G) 2014, p. 43.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, Fabris c. France, n° 16574/08, Dr. fam. 2013, focus 11.

- Note sous, Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, n° 02-15.586, D. 2006, p. 207.

LARRALDE (J.-M.)

- Obs. sous, CEDH, 25 juin 2015, C. Canonne c. France, n° 22037/13, EDFP (L'essentiel du droit de la famille et des personnes) 2015, n° 8, p. 2.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, Dr. fam. 2012, n° 1, p. 28.

- Note sous, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 10-25285, Dr. fam. 2012, comm. 2.

- Obs. sous, CEDH, 5 janv. 2010, Frasier c. Pologne, n° 22933/02, Dr. fam. 2010, comm. 37.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 30 sept. 2009, Dr. fam. 2009, comm. n° 150.

- Note sous, Cass. 1re civ., 1er juill. 2009, n° 08-17825, Dr. fam. 2009, comm. 103.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, Dr. fam. 2008, n° 11, comm. 153.

- Note sous, Cass. 2e civ., 10 juill. 2008, n° 07-15390, Dr. fam. 2008, comm. 137.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 19 juin 2007, n° 05-18735, Dr. fam. 2007, comm. 168.

- Obs. sous, CA Rennes, 6 mars 2007, n° 06/07971, Dr. fam. 2008, comm. 8.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 21.

- Note sous, Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 01-12.574, Dr. fam. 2004, comm. 15.

LEBORGNE (A.)

- Obs. sous, CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, RJPf 2002, n° 11, p. 14 et s.

LE BOURSICOT (M.-C.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), RJPf 2011, n°6, p. 14.

- Note sous, CA Nancy, 23 févr. 2004, n° 03/01484, RJPf 2004, n° 4, p. 21.

LE GAC-PECH (S.)

- Obs. sous, CEDH, 25 juin 2015, C. Canonne c. France, n° 22037/13, AJ fam. 2015, p. 499.

LE GUIDEC (R.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027, JCP (N) 2013, n° 38, p. 34.

LECUCQ (O.)

- Note sous, CE, 24 nov. 2006, AJDA 2007, p. 638.

LECUYER (H.)

- Note sous, CA Rouen, 29 janv. 2003, Dr. fam. 2003, n° 6, comm. 69.

- Note sous Cass. 2e civ., 28 mars 2002, n° 00-18.050, Dr. fam. 2002, comm. 113.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 26 juin 2001, n° 98-16490, Dr. fam. 2002, comm. n° 28.

- Note sous, Cass. 2e civ., 24 févr. 2000, n° 98-19177, Dr. fam. 2000, comm. 57.

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 nov. 1999, n° 97-17541, Dr. fam. 2000, comm. n° 19.

- Note sous, Cass. 2e civ., 2 déc. 1998, n° 96.22313, Dr. fam. comm. 28.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, n° 95-13029, Dr. fam. 1997, comm. n° 56.

LEGRAND (V.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), LPA 2013, n° 196, p. 7.

LEMOULAND (J.-J.)

- Obs., sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2008, n° 06-11294, D. 2008, p. 140.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, D. 2006. Pan. 1421.

- Obs. sous, CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, D. 2006, p. 1418.

- Obs. sous, CA Paris, 14 févr. 2003, D. 2003, Somm. p. 1939.

LEPAGE (A.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 févr. 2000, D. 2000, p. 273.

LESBATS (C.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, JCP (N) 2013, n° 21, p. 42.

LEVINET (M.)

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, A, B et C c. Irlande, n° 25579/05, JCP (G) 2011, n° 3, act. 58.

LINDON

- Concl. sous, Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, JCP (G) 1970, II, 16305.

MAHINGA (J.-G.)

- Note sous, Cass. 1re civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, LPA 2015, n° 37, p. 6.

MALAUURIE (P.)

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, JCP (G), 2003, I, 120.

MALLET-BRICOUT (B.)

- Note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, D. 2003. chron. 1240.

MARCHADIER (F.)

- Note sous, CEDH, 13 oct. 2009, Selin Asli Östürk c. Turquie, n° 39523/03, Rev. crit. DIP 2010, p. 498.

- Note sous, CEDH, 28 juin 2007, Wagner c. Luxembourg, n° 76240/01, D. 2007, p. 2700.

MARGUENAUD (J.-P.)

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, RTD civ. 2015, p. 325.

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, RTD civ. 2014, p. 835.

- Obs. sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, RTD civ. 2012 p. 705.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, n° 41615/07, RTD civ. 2010, p. 735.
- Obs. sous, CEDH, 5 mai 2009, Menendez Garcia c. Espagne, n° 21046/07, RTD civ. 2009, p. 679.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni, n° 6339/05, RTD civ. 2007, p. 295.
- Obs. sous, CEDH, 13 juill. 2006, Jaggi c. Suisse, n° 58757/00, RTD civ. 2006, p. 727.
- Obs. sous, CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, RTD civ. 2005, p. 735.
- Obs. sous, CEDH, 5 sept. 2005, Boso c. Italie, n° 50490/99, RTD civ. 2003, p. 371 et s.
- Obs. sous, CEDH, 16 nov. 2004, Unal Tekeli c. Turquie, n° 29865/96, RTD civ. 2005, p. 343.
- Note sous, CEDH, 7 févr. 2002, Mikulic c. Croatie, n° 53176/99, RTD civ. 2002, p. 866.
- Note sous, CEDH, gr. ch., 18 janv. 2001, Chapman c. Royaume-Uni, n° 27238/95, RTD civ. 2001, p. 448.
- Obs. sous, CEDH, 1er févr. 2000, Mazurek c. France, n° 34406/97, RTD civ. 2000, p. 429.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 28 oct. 1999, Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France, n° 24846/94, 34165/96, 34173/96, RTD civ. 2000, p. 436.
- Obs. sous, CEDH, S. W. c/ Royaume-Uni, 22 nov. 1995, RTD Civ. 1996, p. 512, spéc. n° 4.

MASSIP (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n° 08-70214, JCP (N) 2010, p. 1250.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, Defrénois 2009, p. 547

- Note sous, Cass. 1re civ., 19 sept. 2007, n° 06-21061, Defrénois 2007, n° 22, p. 1637.
- Obs. sous, CA Reims, 12 déc. 2006, Defrénois 2007, p. 795.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 11 janv. 2005, n° 02-19016, Gaz. Pal. 2005, n° 149, p. 2.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, Defrénois 2004, p. 594.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 99-14644, Defrénois 2002, p. 188
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823, Defrénois 1995, p. 723.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 20 mars 1989, n° 87-15818, Gaz. Pal., 1989.2.765.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 déc. 1988, D. 1989, p. 317.
- Note sous, Cass. 2e civ., 21 mars 1988, Bull. civ. II, n° 74, Defrénois 1988, art. 34309, n° 76.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 21 juill. 1987, D. 1988, p. 225.
- Obs. sous, Cass. 2e civ., 6 mai 1987, n° 86-10107, Defrénois 1987, p. 1069.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 19 mars 1985, n° 83-16.858, D. 1986, p. 34.
- Note sous, Cass. 1re civ, 13 févr. 1985, D. 1985, p. 462.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 1er févr. 1984, D. 1984, p. 388.

MAYER (M.) ET PINON (R.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 9 déc. 1986, Gaz. Pal. 1987, I, 187.

MAZEAUD (H.)

- Note sous, Cass. 1re civ, 9 déc. 1980, n° 79-12236, D. 1981, Jurisprudence, p. 136.

MBALA MBALA (F.)

- Note sous, Cass. 1re civ, 3 mars 2010, n° 08-21059, AJ fam. 2010, p. 326.

MEYZEAUD-GARAUD (M.-C.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, RJPJF 2011, n° 1, p. 23.

MILANO (L.)

- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19535/08, JCP (G) 2011, act. 797.

MORON-PUECH (B.)

- Obs. sous, CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, D. 2016, p. 904.

MORY (B.) LABBEE (X.)

- Note sous TGI Lille 23 septembre 1997, LPA, 27 janvier 1999, n° 19, pp. 17-21.

MUIR WATT (H.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, Rev. crit. DIP 2008, p. 841.

MURAT (P.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 17 mars 2010, Dr. fam. 2010, Comm. 102.

- Obs. sous, Cass. 1re civ, 3 déc. 2008, n° 07-12.042, Dr. fam. 2009, comm. 28.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 mars 2007, n° 05-21882, Dr. fam. 2007, comm. 141.

- Obs. sous, Cass. 1re civ, 11 juill. 2006, n° 04-14.185 ; Dr. fam. 2006, comm. 203.

- Note sous trois arrêts, Cass. 1re civ., 7 juin 2006, 25 avr. 2006, 4 juill. 2006, Dr. fam. 2006, comm. n° 185

- Note sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, Dr. fam. 2006, comm. 124.

- Obs. sous, Cass. 1re civ, 14 févr. 2006, n° 05-13.738, Dr. fam. 2006, comm. 87.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, Dr. fam. 2005, comm. 239.

- Note sous 6 arrêts, Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 04-13901, n° 03-12641, n° 04-15.445,

n° 02-18.654, n° 03-19.582, n° 03-19.325, Dr. fam. 2005, comm. 182.

- Obs. sous, CA Caen, 8 janv. 2005, Dr. fam. 2004, comm. 198.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 mai 2004, n° 02-17.441, Dr. fam. 2004, comm. 143.

- Note sous, Cass. 1re civ, 23 avr. 2003, Dr. fam. 2003, comm. 143.

- Note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, Dr. fam. 2003, comm. 58.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2002, Dr. fam. 2003, comm. 25.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 99-14644, Dr. fam. 2002, comm. 56.

- Note sous, Cass. 1re civ., 12 juin 2001, Dr. fam. 2002, comm. 2.

- Note sous, Cass. 1re civ., 28 mars 2000, Dr. fam. 2000, comm. n° 72.

NEIRINCK (C.)

- Note sous, Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002, Dr. fam. 2015, comm. 166.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 10 juin 2015, n° 14-20790, Dr. fam. 2015, comm. 163.

- Obs. sous, CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384, Dr. fam. 2015, comm. 8.

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, Dr. fam. 2015, comm. 9.

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, Dr. fam. 2014, comm. 128.

- Note sous, CEDH, 10 janv. 2008, Kearns c. France, n° 35991/04, RDSS 2008, p. 353.

NERSON (R.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 9 juin 1976, RTD civ., 1976, p. 340.

NIBOYET (J.-P.)

- Note sous, Cass., req., 3 mars 1930, Hainard, Rev. crit. DIP 1931, p. 329.

NIBOYET (M.-L.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 11 mars 1997, D. 1997, p. 400.

PAILLET (M.-S.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, JCP (G) 1997, II, 22912.

PARLANGE

- Note sous, Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, JCP (G) 1970, II, 16305.

PATUREAU (N.) ET PERROT-REBOUL (C.)

- Note sous, Cass. Com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671, Revue des procédures collectives, 2011, n° 1, p. 40.

PELLETIER (C.)

- Obs. sous, Cass. com. 20 janv. 2015, n° 13-12127, RDC 2015, n° 2, p. 311.

- Obs. sous, CA Rouen, 21 oct. 2008, RDC 2009, p. 1160.

PERROT (R.)

- Obs. sous, Cass. 3e civ., 14 nov. 2012, n° 11-21.901 ; RTD civ. 2013, p. 175.

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 16 déc. 2010, n° 09-71.575, RTD civ. 2011, p. 170.

- Note sous, Cass. Com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671, Procédures, 2010, n° 10, p. 10.

- Note sous, Cass. 3e civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272, Procédures, 2010, n° 3, p. 11.

- Obs. sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, RTD civ. 2006, p. 825.

- Obs. sous, Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, RTD civ. 2005, p. 450.

PICHERAL (C.)

- Obs. sous, CEDH, 14 déc. 2010, O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni, n° 34848/07, JCP (G) 2010, p. 1321.

POILLOT-PERUZZETTO (S.)

Note sous, CJCE, 2 oct. 2003, Garcia Avello, C-148/02, JDI 2004, p. 1225.

PRETOT (X.)

- Obs. sous, Cass. soc. 15 févr. 2001, n° 99-17199, D. 2001, p. 2451.

QUEZEL-AMBRUNAZ (C.)

- Note sous, Cass. 1re civ, 18 janv. 2012, n° 11-10959, Gaz. Pal. 2012, n° 75, p. 10.

RAYNAUD (P.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 9 juin 1976, D. 1976, Jur. p. 593.

RENOUX (T.)

- Note sous, Cons. Const., 18 janv. 1985, D. 1986, p. 425.

ROLLAND (B.)

- Note sous, Cass. Com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383, Procédures, 2012, n° 1, p. 22.

ROLLAND (P.)

- Obs. sous, CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81, JDI 1986, p. 1084.

- Note sous, CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, n° 6833/74, JDI 1982, p. 183.

ROMAN (D.)

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni, n° 6339/05, RDSS 2007, n° 5, p. 810.

ROUSSEAU (E.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027, Defrénois 2014, p. 14.

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, JDI 2001, p. 1293.
- Note sous, Cass. 1re civ., 19 juill. 1989, RTD civ., 1990, p. 260.
- Obs. sous, CA Bordeaux, 21 janv. 1988, RTD civ. 1988, p. 713.
- Note sous, CA Toulouse 21 sept. 1987, RTD civ. 1987, p. 726.
- Cass. 1re civ, 1er févr. 1984, RTD civ. 1984, p. 700.

RUET (L.)

- Note sous, CA Bourges, 24 février, 1998, JCP (G) 1998, II, 10072.
- Note sous, TGI Châteauroux, 26 Sept. 1995, JCP (G) 1996, II, 22605.

SAINTE-ROSE (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ, 6 janv. 2004, n° 01-01600, D. 2004, p. 362.

SALVAGE-GEREST (P.)

- Obs. sous, CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384, Dr. fam. 2015, AJ fam. 2014, p. 693.
- Note sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, D. 2007, p. 879.
- Note sous, Cass. 1re civ., 19 juill. 1989, JCP (G) 1990, II, 21443.

SAVATIER (X.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, D. 1997, p. 273.

SIALELLI (J.-B.)

- Obs. sous, CA Paris, 7 nov. 1957, JDI (Clunet) 1960, p. 170.

SOMMER (J.-M.) ET ALII

- Note sous, Cass. 3e civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272, D. 2011, n° 9, p. 632 et s.

SOUHAMI (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027, D. 2013, p. 2088.

SUDRE (F.)

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, JCP (G) 2015, act. 194.
- Obs. sous, CEDH, 7 janv. 2014, Cusan et Fazzo c. Italie, n° 77/07, JCP (G) 2014, doctr. 832.
- Note sous, CEDH, 5 déc. 2013, Henry Kismoun c. France, n° 32265/10, JCP (G) 2014, n° 3, p. 106.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, A, B et C c. Irlande, n° 25579/05, JCP (G) 2011, n° 4, act. 94.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, n° 41615/07, JCP (G) 2011, p. 94.
- Obs. sous, CEDH, 28 juin 2007, Wagner c. Luxembourg, n° 76240/01, JCP (G) 2007, I, 182.
- Note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, JCP (G), 2003, II, 10049.
- Obs. sous, CEDH, 29 avr. 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, JCP (G), 2002, I, n° 153 et 157.
- Obs. sous, CEDH, 22 févr. 1994, Burghartz c. Suisse, n° 16213/90, JCP (G) 1995, I, 3823, n° 31.

SURREL (H.)

- Obs. sous, CEDH, 7 janv. 2014, Cusan et Fazzo c. Italie, n° 77/07, JCP (G) 2014, act. 108.

TAVERNIER (P.)

- Obs. sous, CEDH, 24 mars 1988, Olsson c. Suède, n° 10465/83, JDI 1989, p. 789.

THÉRY (P.)

- Note sous, Cass., Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, RTD civ., 2007, p. 168.

THIERRY (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-22914, D. 1999, p. 242.

THOURET (S.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296, AJ. fam. 2016 p. 160.

THOUVENIN (D.)

- Note sous, Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, D. 1991, p. 417.

VAREILLE (B.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, RTD civ. 1997, p. 985.

VASSAUX-BAREGE (J.)

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, n° 08-14.441, JCP (N) 2010, n° 23, p. 28.

VAUVILLE (F.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, RJPF 2010, n° 9, p. 28.

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, n° 08-14.441, RJPF 2010, n° 7, p. 16.

- Obs. sous, CA Paris, 10 nov. 1995, D. 1997, somm. 278.

VIALLA (F.)

- note sous, CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, JCP (G) 2016, p. 492.

VIANGALLI (F.)

- Note sous, CJCE, 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, Dr. fam. 2009, comm. 50.

VIDAL (J.)

- Note sous, Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, JCP (G) 1971, I, 2390.

VIGANOTTI (E.)

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, AJ. fam. 2015, p. 165.

- Obs. sous, CEDH, 25 févr. 2014, Ostace c. Roumanie, n° 12547/06, AJ. Fam. 2014, p. 246.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, Dr. fam. 2011, comm. 47.

VITU (A.)

- Obs. sous, Cass. crim. 7 nov. 1974, RSC 1975, p. 689.

VOISIN (V.)

- Note sous, Cass. 1re civ, 6 janv. 2004, n° 01-01600, LPA 2004, n° 71, p. 13.

WEILLER (L.)

- Note sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, D. 2006, p. 2135.

WIEDERKEHR (G.)

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, JCP (G) 2010, doct. 1220, n° 7.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, n° 08-14.441, JCP (G) 2010, p. 906.

- Note sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, JCP (G) 2007, II, 10070.

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-22914, JCP (G) 1999, I, 154.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, JCP (G) 1997, I, 4047.

V- ARRETS, DECISIONS ET JUGEMENTS
REFERENCES SANS COMMENTAIRE DOCTRINAL

2015

- CA Saint-Denis de la Réunion, 8 juill. 2015, n° 15/515, JurisData n° 2015-020779.

- TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07497, Jurisdata n° 2015-011138.

- CEDH, 5 févr. 2015, Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c. Portugal, n° 66775/11.

- CA Lyon, 27 janv. 2015, RG n° 13/09995 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

2014

- CEDH, 9 oct. 2014, Marinis c. Grèce, n° 3004/10.

- Cass. 1re civ., 14 mai 2014, n° 13-11.711.

- Cass. 1re civ., 14 mai 2014, n° 13-17.124.

- CEDH, 3 avr. 2014, Konstantinidis c. Grèce, n° 58809/09.

- CEDH, 18 févr. 2014, A.L. c. Pologne, n° 28609/08.

2013

- Cass. 1re civ., 18 déc. 2013, n° 12-28.891.

- Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 11-25.307 et n° 12-17.283.

- Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 12-11.799.

- CEDH, 29 janv. 2013, Rõman c. Finlande, n° 13072/05.

2012

- Cass. 1re civ., 21 nov. 2012, n° 11-22.719.

- Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, n° 11-17.002.

- Cass. 1re civ., 15 févr. 2012, n° 11-10344.

2011

- CEDH, 26 mai 2011, Legrand c. France, n° 23228/08.

2010

- Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15165.

- CA Bordeaux, 29 sept. 2010, n° 09/06489 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

- CA Nancy, 24 sept. 2010, arrêt n° 10-02317, RG n° 09/00509 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

- CA Paris, 9 sept. 2010, n° 08/20954, Jurisdata n° 2010-016447.

- CA Paris, 9 sept. 2010, n° 09/00628, Jurisdata n° 2010-016323.

- CEDH, 24 août 2010, I.L.V. c. Roumanie, n° 4901/04.

- CEDH, 6 juill. 2010, Grönmark c. Finlande, n° 17038/04.

- Cass. 1re civ., 27 mai 2010, n° 09-65838.

- Cass. 2e civ., 6 mai 2010, n° 09-14.737, Bull. civ. II, n° 88.

- Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-13689.

- Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n° 08-70214 et n° 08-12395.

- Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n° 08-13500.

- Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, n° 08-70385.

2009

- CA Douai, 8 oct. 2009, RG n° 08/07313 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

- Civ. 1re, 6 mai 2009, n° 08-10.936.

- Cass. 1re civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264.

- Cass. 1re civ., 28 janv. 2009, n° 07-15.243.

- Cass. 2e civ., 8 janv. 2009, n° 17-15390.

2008

- CA Paris, 5 nov. 2008, arrêt n° 08/01871, RG n° 04/03702 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

- CEDH, 4 nov. 2008, Dinu c. Roumanie, n° 6152/02

- Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-19217 et n° 07-19218.

- CEDH, 29 avril 2008, Mc Donald c. France, n°18648/04.

- Cass. 1re civ., 16 avr. 2008, n° 06-21405.

- Cass. civ. 1re, 27 mars 2008, n° 07-14.301, Inédit.

2007

- CEDH, 20 déc. 2007, Phinikaridou c. Chypre, n° 23890/02.

- Cass. 1re civ., 30 oct. 2007, n° 06-13.366.

- CA Besançon, 18 oct. 2007, n° 03/00651 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

- Cass. 3e civ., 19 sept. 2007, n° 06-11.962.

- Cass. 1re civ., 19 juin 2007, n° 06-18904.

- Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-14.548, Bull. civ. IV, n° 158.

- Cass. 3e civ., 25 avr. 2007, n° 06-10.662, Bull. civ. III, n° 59.

- Cass. com., 3 avr. 2007, n° 05-12.781.

- Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 06-17869.

- Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627.

- Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45157.

2006

- Cass. 2e civ. 9 nov. 2006, n° 05-19.443.

- Civ. 1re, 11 juillet 2006, n° 05-17.814, Bull. 2006, I, n° 385.

- Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, n° 05-17883.

- Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 05-19080.

- Cass. 2e civ., 28 juin 2006, n° 04-20.140.

- CA Paris, 28 juin 2006, CT0183, RG n° 110.

URL:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006950807>

- CEDH, 22 juin 2006, Bianchi c. Suisse, n° 7548/04.

- Civ. 1re, 7 juin 2006, n° 03-16.204, Bull. 2006, I, n° 291.

- CEDH, 30 mai 2006, Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie, n° 60176/00.

- CEDH, 23 mai 2006, Grant c. Royaume-Uni, n° 32570/03.

- CA Paris, 5 avr. 2006, arrêt n° 05-16219, RG n° 04/36382 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

- CEDH, 12 janv. 2006, Mizzi c. Malte, n° 26111/02, RJPF 2006, n° 4, p. 36.

- Cass. 1re civ., 3 janv. 2006, n° 04-14904.

2005

- CEDH, 6 déc. 2005, E. et C. c. Turquie, n° 14600/05.

- CEDH, 24 nov. 2005, Shofman c. Russie, n° 74826/01.

- CEDH, 8 nov. 2005, D. D. c. France, n° 3/02.

- CEDH, gr. ch., 6 oct. 2005, Maurice c. France, n° 11810/03.

- CEDH, 28 juin 2005, Fourchon c. France, n° 60145/00.

- Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 03-19325.

- Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, n° 02-13.070.

- CEDH, 17 févr. 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, n° 42758/98 et 45558/99.

2004

- Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426.

- Cass. 2e civ., 3 juin 2004, n° 03-14.204.

- CEDH, 6 mai 2004, Hussin c. Belgique, n° 70807/01.

2003

- Cass. 2e civ., 4 déc. 2003, n° 02-10010, Bull. civ. II, n° 365.

- Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.170.

- CEDH, gr. ch., 8 juill. 2003, Sahin c. Allemagne, n° 30943/96.

- Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16.001.

- Cass. 2e civ., 20 mars 2003, n° 01-03.849.

- Cass. 1re civ., 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et 00-19.424.

- Cass. 2e civ., 13 févr. 2003, n° 01-03272.

- CEDH, 30 janv. 2003, Freimanis et Lidums c. Lettonie, n° 73443/01.

2002

- Cass. 1re civ., 22 oct. 2002, n° 00-14.035, Bull. civ. I, n° 234.

2001

- Cons. const., 18 déc. 2001, DC n° 2001-453.

- Cass. 2e civ., 23 mai 2001, n° 99-15.459.

- Cass. 1re civ., 3 avr. 2001, n° 99-19143.

2000

- CEDH, gr. ch., 5 janv. 2000, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96.

1999

- Cass. 2e civ., 25 nov. 1999, n° 97-16488.

- Cass. 2e civ., 10 juin 1999, n° 97-14812.

- Cass. 1re civ., 2 mars 1999, n° 97-12026.

1998

- Cons. const., 18 déc. 1998, DC n° 98-404.

- Cass. 1re civ., 7 avr. 1998, n° 96-10.581.

- Cass. 1re civ., 10 févr. 1998, n° 96-11845.

1997

- Cass. 1re civ., 13 mai 1997, n° 94-21.674.

- Cass. 2e civ., 15 janv. 1997, n° 94-15332.

1996

- Cass. 2e civ. 26 juin. 1996, n° 94-17991, Bull. civ. II, n° 184.

1995

- Cons. const., 28 déc. 1995, DC n° 95-369.

- Cass. 1re civ., 20 juin 1995, n° 93-19196, Bull. civ., I, n° 264.

1994

- CEDH, 27 oct. 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, n° 18535/91.

- Cass. 1re civ., 12 juill. 1994, n° 92-17.461.

- Cass., Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12.157, Bull. civ., Ass. Plén., n° 4.

1993

- CEDH, 4 oct. 1993, *Vermeire c. Belgique*, n° 12849/87.

- CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87.

- CEDH, 30 juin 1993, *Nilsson c. Suède*, n° 17678/91.

- Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, n° 89-21997, Bull. 1993, I, n° 64.

1992

- CEDH, 9 sept. 1992, *Herman Sluijs c. Belgique*, n° 17568/90.

- Cass. 1re civ., 16 juill. 1992, n° 91-10.475.

- CEDH, 19 mai 1992, *H. c. Norvège*, n° 17004/90.

- CEDH, 25 mars 1992, *B c. France*, n° 13343/87.

1991

- Cass. 2e civ., 13 nov. 1991, n° 90-17840, Bull. civ. II, n° 303.

- CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers c. Belgique*, n° 12005/86.

- Cass. Soc., 27 févr. 1991, n° 88-42705, Bull. civ. V, n° 102.

1990

- Cass. 1re civ., 23 oct. 1990, n° 88-15.774.

- Cass. 1re civ., 12 juin 1990, n° 88-12622 ; Bull. civ. 1990, I, n° 157.

1989

- CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83.

- Cass. 2e civ., 21 juin 1989, n° 88-14.013.

Avant 1988

- Cass. 1re civ., 28 juin 1988, 86-15400, Bull. civ. I, n° 206.

- Cass. 2e civ., 27 juin 1985, n° 84-12.673.

- Cass. 1re civ., 2 mars 1982, n° 80-16238, Bull. civ. I, n° 94.

- CE, 8e et 9e ss-sect., 9 déc. 1981, req. n° 22440.

- Cass. 1re civ., 16 déc. 1980, Bull. civ., I, n° 334.

- Cass. 1re civ., 18 déc. 1979, n° 78-15619, Bull. civ. I, n° 324.

- CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73.

- Cass. 2e civ., 14 févr. 1979, n° 77-13.121.

- Cass. 1re civ., 16 nov. 1978, D. 1979, I.R. 199.

- Cass. 1re civ., 16 déc. 1975, n° 73-10615.

- CE, 8e et 9e ss-sect., 23 avr. 1975, req. n° 92621.

- Civ. 2e, 2 févr. 1972, Dallier c. dame Dallier, D. 1972, p. 295.
- Cass. 1re civ., 11 janv. 1972, Bull. civ. 1972, I, n° 14.
- Cass. req. 28 mars 1938, S. 1938, 1, 179.
- Civ. 9 mai 1900, Prince de Wrède c/Dame Maldaner, JDI, 1900, p. 613 ; GAJFDIP, 5e éd., n° 10.

VI- AUTRES SOURCES

COLLOQUES ET ETUDES

- Les conciliateurs de justice, Les Annonces de la Seine 15 avr. 2010, n° 19.

- La responsabilité des gens de justice, in, Justices, Revue générale de droit processuel, Dalloz, 1997.
- La légistique ou l'art de rédiger le droit, Courrier juridique des finances et de l'industrie, juin 2008, numéro spécial.
- Le droit au bonheur (Actes du colloque organisé les 3 et 4 décembre 2014 à la Faculté de droit de Limoges), Institut Universitaire Varenne, 2016.

KERRY (J.)

- Le droit à la stupidité (allocution) : http://www.lemonde.fr/europe/video/2013/02/26/john-kerry-defend-le-droit-a-la-stupidite_1839207_3214.html

TABLE DES MATIERES

Avertissement	II
Remerciements	III
Sommaire	IV
Table des principales abréviations	V
Introduction	1
Partie I : La prévisibilité des traitements <i>de lege lata</i>.....	27
Titre I : Le recours aux techniques institutionnelles d'objectivation des traitements.....	28
Chapitre I. Les techniques processuelles d'objectivation des traitements : analyse des fins de non-recevoir	29
Section I : L'identification des fins de non-recevoir applicables en matière familiale	30
§-1 : Les fins de non-recevoir subjectives.....	31
A- Les fins de non-recevoir génériques.....	31
1) La fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt à agir	31
2) La fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité pour agir	33
B- Les fins de non-recevoir spécifiques.....	38
§-2 : Les fins de non-recevoir objectives	41
A- Les fins de non-recevoir génériques.....	41
1) L'autorité de la chose jugée.....	41
2) Le respect du temps imparti à l'action.....	46
B- Les fins de non-recevoir spécifiques.....	49
Section II : L'apport des fins de non-recevoir à la prévisibilité des traitements.....	50
§-1 : Un apport tributaire de l'effectivité des fins de non-recevoir	50
§-2 : Un apport limité.....	54
A- L'obstacle à l'action levé.....	54
B- L'obstacle à l'action contourné	56
1) L'exercice de l'action par l'entremise d'autrui	56
2) L'exercice personnel de l'action	58
a) La convergence des intérêts des parties, moyen de contournement de l'obstacle à l'action	58
b) La disparition du besoin de protection, moyen de contournement de l'obstacle à l'action	61
c) La règle « <i>contra non valentem (...)</i> », moyen de contournement des obstacles à l'action tirés du non-respect du temps imparti.....	63
Conclusion du chapitre	67

Chapitre II :	Les techniques substantielles d'objectivation des traitements	69
Section I :	L'identification des techniques substantielles d'objectivation des traitements	70
§-1 :	Les techniques législatives de précision	70
A- :	La définition	71
B- :	L'énumération	73
§-2 :	Les techniques législatives de hiérarchisation	74
A- :	La chronologie	75
B- :	La présomption	77
C- :	La fiction	82
Section II :	Les limites des techniques substantielles d'objectivation des traitements	84
§-1 :	L'inadaptation des techniques de précision	85
§-2 :	L'efficacité limitée des techniques de hiérarchisation	88
Conclusion du chapitre		94
Conclusion du premier titre		95
Titre II :	Le recours à la régulation conventionnelle des conflits	97
Chapitre I :	La possibilité d'une régulation conventionnelle des conflits en droit extrapatrimonial de la famille	100
Section I :	Une possibilité définie <i>ratione materiae</i>	100
§-1 :	Le principe d'une exclusion des matières d'ordre public	101
§-2 :	Les tempéraments à l'exclusion des matières d'ordre public	104
Section II :	Une possibilité définie <i>ratione temporis</i>	110
§-1 :	La gestion consensuelle d'un présent conflictuel	110
§-2 :	La gestion consensuelle d'un futur conflictuel	113
Conclusion du chapitre		121
Chapitre II :	L'apport de la régulation conventionnelle à la prévisibilité des traitements	122
Section I :	Une prévisibilité reposant sur le pouvoir décisionnel des parties	123
Section II :	Une prévisibilité limitée par les incertitudes des traitements conventionnels	125
§-1 :	Le risque de dépossession du pouvoir décisionnel	125
§-2 :	Le risque de précarité des traitements négociés	128
Conclusion du chapitre		135
Conclusion du second titre		137
Conclusion de la première partie		139
Partie II :	La prévisibilité des traitements <i>de lege ferenda</i>	141
Titre I :	L'amélioration de la gestion préventive	142
Chapitre I :	Prévenir la naissance des conflits familiaux	143
Section I :	Le constat de la faiblesse de la gestion préventive	144
§-1 :	La prévention des conflits familiaux engendrés par le lien conjugal	144
A- :	La prévention par la prohibition du lien conjugal	144

1) L'interdiction de la bigamie justifiée par la prévention d'une concurrence des statuts conjugaux	145
2) La prohibition de l'inceste justifiée par la prévention des conflits au sein de la famille	147
B - La prévention des conflits par la limitation des effets du mariage posthume	150
§-2 : La prévention des conflits engendrés par le lien parental	151
A- La prévention des conflits en matière de filiation.....	151
B- La prévention des conflits en matière d'autorité parentale	155
Section II : La proposition d'un renouvellement de l'approche préventive	158
§-1 : La prévention des conflits familiaux par la législation.....	158
A- La nécessité d'une meilleure agrégation des prérogatives nouvelles	159
B- La limitation du recours aux fictions juridiques : l'exemple de la rétroactivité en matière de filiation.....	163
1) La rétroactivité en matière de filiation, source de conflits.....	164
2) La rétroactivité en matière de filiation, une fiction inutile.....	166
§-2 : La prévention des conflits familiaux par la dissuasion des comportements individuels inadaptés	169
A- La dissuasion des atteintes à l'intérêt général.....	169
1) Les techniques d'instrumentalisation de la règle de droit	170
a) Les comportements relevant de l'instrumentalisation du droit.....	171
b) La sanction de l'instrumentalisation du droit	175
2) La prévention de l'instrumentalisation de la règle de droit	177
a) Le constat de l'inefficacité de la fonction dissuasive des sanctions	178
b) La délicate restauration de la fonction dissuasive des sanctions.....	180
B- La dissuasion des atteintes aux intérêts privés	184
1) Un constat : le refus de mettre en œuvre les sanctions-réparation	185
a) L'exemple des prétentions aux dommages et intérêts à la suite d'un divorce	185
b) L'exemple des prétentions aux dommages et intérêts à la suite d'une reconnaissance mensongère	188
2) Une proposition : la généralisation de l'obligation pour les parties de répondre de leurs actes préjudiciables	191
Conclusion du chapitre	194
Chapitre II : Prévenir l'itération des conflits familiaux	196
Section I : La prévention de l'itération des conflits familiaux dans le temps	197
§-1 : La prohibition des artifices d'interprétation.....	198
A- La prohibition de l'interprétation extensive des dispositions transitoires	199
B- La prohibition de l'interprétation restrictive de la portée de la chose jugée.....	201
§-2 : La prévention de l'instrumentalisation des droits fondamentaux	207
Section II : La prévention de l'itération des conflits familiaux dans l'espace	209
§-1 : La préservation des espaces de continuité issus du droit international privé	211
§-2 : La consécration d'un droit à la continuité internationale des traitements	216
A- La légitimité des prévisions, fondement du droit à la continuité.....	216
B - L'intérêt supérieur de l'enfant, fondement du droit à la continuité	221

Conclusion du chapitre	224
Conclusion du premier titre	226
Titre II : La systématisation de la gestion curative	227
Chapitre I : La méthode théorique de systématisation	228
Section I : L'élaboration d'un modèle conceptuel de systématisation des conflits.....	229
§-1 : L'attribution d'un poids théorique aux intérêts en conflit.....	229
§-2 : L'adoption d'une logique de traitement en fonction du poids des intérêts en conflit.....	233
Section II : L'inadaptation du modèle conceptuel à la systématisation des conflits familiaux.....	237
§-1 : Un modèle susceptible d'aboutir à des résultats imprévisibles.....	237
A- La subjectivité dans la qualification des prérogatives juridiques.....	238
B- La subjectivité dans l'élaboration concrète du traitement.....	240
§- 2 : Un modèle incompatible avec les exigences du droit contemporain de la famille	243
Conclusion du chapitre	246
Chapitre II : La méthode pragmatique de systématisation	247
Section I : L'élaboration d'un modèle fonctionnel de traitement des conflits familiaux.....	247
§-1 : L'identification des principes de traitement des conflits familiaux.....	248
A- Les principes directeurs du traitement des conflits familiaux	248
1) Le principe de primauté des besoins de l'enfant	248
2) Le principe de liberté dans les relations familiales	254
3) Le principe d'égalité dans les relations familiales.....	259
4) Le principe de protection de la confiance légitime.....	262
B- Les principes correcteurs du traitement des conflits familiaux	264
1) Le principe de l'intérêt de l'enfant.....	264
2) Le principe de proportionnalité	265
3) Le principe de responsabilité.....	268
§-2 : L'articulation des principes en système opérationnel de traitement.....	269
A- L'articulation des principes en présence d'une configuration conflictuelle idéale	269
1) La sélection du principe directeur applicable	270
2) L'évaluation du besoin de correction de la solution projetée	271
a) La nécessaire recherche d'une solution optimale pour l'enfant	271
b) La nécessaire prise en compte d'un besoin social « impérieux » antagoniste.....	272
B) L'articulation des principes en présence d'une configuration conflictuelle complexe.....	274
1) L'articulation en présence d'un conflit négatif de principes directeurs.....	274
2) L'articulation en présence d'un conflit positif de principes directeurs	276
Section II : L'expérimentation du modèle fonctionnel de traitement des conflits familiaux.....	280
Conclusion du chapitre	289
Conclusion du second titre	294
Conclusion de la seconde Partie	296
CONCLUSION GÉNÉRALE	297
Index thématique.....	302

Bibliographie indicative.....	304
Table des matières	363
Résumé	368

RESUME

Les conflits en droit extrapatrimonial de la famille : contribution à la prévisibilité des traitements

On a coutume de souligner que l'aléa judiciaire constitue une réalité des tribunaux, surtout dans un domaine familial qui plus que tout autre, touche à l'humain.

En raison des liens unissant les protagonistes, le juge ne peut se contenter d'une application froide et objective du droit. D'ailleurs, le législateur l'invite dans cette matière à adapter la règle de droit à chaque situation qui lui est soumise au travers du conflit. En d'autres termes, les arbitrages dogmatiquement arrêtés doivent être précisés, voire corrigés à l'aune des configurations factuelles.

Partant de ce constat, il est possible d'adopter deux attitudes :

L'une, fataliste, consiste à retenir que l'aléa étant consubstantiel au droit de la famille, la régulation des crises en la matière restera toujours une affaire de cas et qu'une cohérence d'ensemble serait difficilement atteignable.

L'autre, optimiste, consiste à retenir que même si l'aléa est consubstantiel à la matière familiale, il n'en reste pas moins maîtrisable ; ce qui implique que la prévisibilité des solutions constitue un objectif atteignable en matière familiale, à plus forte raison dans notre système juridique qui élève la sécurité juridique au rang d'objectif à valeur constitutionnelle.

La présente recherche, limitée au droit extrapatrimonial de la famille, fait sienne l'attitude optimiste et entend démontrer que malgré la particularité de la matière familiale et de l'office du juge dans la régulation des conflits mettant en scène les relations de famille, il demeure possible de prévoir le traitement des conflits familiaux.

En effet, constatant l'existence en droit positif de techniques susceptibles d'objectiver le traitement des conflits familiaux ou de déléguer le pouvoir décisionnel aux parties, on espère par leur truchement, atteindre une prévisibilité des solutions données aux conflits familiaux. Cependant, en peaufinant l'analyse, on se rend compte que la prévisibilité des traitements qu'on atteint par le biais de ces techniques issues du droit positif reste imparfaite à cause de certaines limites consubstantielles ou transposées au droit de la famille.

En conséquence, la présente recherche suggère de s'extraire du carcan du droit positif pour réfléchir aux moyens permettant d'améliorer la prévisibilité des traitements tout en conservant la souplesse nécessaire à la régulation des crises familiales.

