



**HAL**  
open science

## Contentieux familial janvier 2011 -décembre 2011

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial janvier 2011 -décembre 2011. Recueil Dalloz, 2012. hal-04015350

**HAL Id: hal-04015350**

**<https://hal.science/hal-04015350>**

Submitted on 5 Mar 2023

**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.

## **Contentieux familial janvier 2011 - décembre 2011**

**Mélina Douchy-Oudot, Professeur à l'Université du Sud Toulon-VAR, Membre du Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras, UMR 73-18**

### **L'essentiel**

La difficulté de la matière familiale tient principalement, que ce soit devant nos juridictions ou devant le Parlement, à sa délimitation. Ces incertitudes rejaillissent inéluctablement sur le contentieux (I). On observe cependant que la litis-contestatio en matière familiale reste, somme toute, assez clairement délimitée puisqu'elle est pour grande part constituée des litiges relatifs à la nullité ou la dissolution du lien conjugal et de ceux intéressant l'enfant (II).

### **I – La famille ou le lien familial, critères de délimitation du contentieux**

Les juridictions, en particulier le Conseil constitutionnel, continuent à rappeler qu'il y a des différences notables entre les différentes formes de couple, avec un régime davantage protecteur pour le couple marié (A), mais c'est la législation qui, semble-t-il, révèle sinon le besoin, du moins les tentatives, de fixation des contours de la matière familiale (B).

#### **A – Les distinctions maintenues entre les différentes formes de couple**

La famille n'est pas définie, pourtant implicitement, la référence familiale renvoie au couple marié par la potentialité de l'enfant immédiatement rattaché à ses parents du seul fait du lien conjugal. Le contentieux familial porte subséquemment sur la question des rapports entre mariage et autres formes de couple (1), mais aussi sur celle de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, ce qui aurait une répercussion sur l'idée sous-jacente de la notion de famille existant dans notre système juridique. Deux décisions du Conseil constitutionnel rendues sur QPC illustrent le propos.

##### **1 – Concubinage n'est pas PACS et ne sont pas mariage.**

A propos du droit à pension de réversion réservé au couple marié par l'article L39 du code des pensions civiles et militaires de retraite, le Conseil constitutionnel a été saisi de l'atteinte alléguée à l'égalité entre les formes de couple par l'exclusion des personnes vivant au sein d'un couple non marié. Après avoir rappelé au fondement de l'article 6 DDHC que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle unisse ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un est l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit », le Conseil constitutionnel relève que « le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution, défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et des obligations différents ; que la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou sont unis par un PACS ne méconnaît pas le principe d'égalité ». Cette pension de réversion a pour objet est-il souligné de compenser la perte de revenus que le conjoint survivant subit du fait du décès de son époux fonctionnaire civil.

On appréciera la limpidité de l'analyse des trois formes de couple par le Conseil : 1) pour le concubinage, défini par l'article 515-8 CC, les concubins, à la différence des époux, ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune

obligation réciproque ; 2) pour le PACS, conformément à l'article 515-4 CC, les partenaires sont assujettis à des obligations financières réciproques et à l'égard des tiers ; que toutefois le Code civil ne confère aucune compensation pour pertes de revenus en cas de cessation du PACS au profit de l'un des partenaires, ni aucune vocation successorale au survivant en cas de décès d'un partenaire ; 3) enfin, « que le régime du mariage a pour objet non seulement d'organiser les obligations matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille ; que ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage » (*Déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011*).

On comprendra aisément que la différence entre les deux premières formes de couple et le mariage tient à l'existence d'un engagement dans le temps, au moins au moment de l'échange des consentements des époux, qui se veut le socle de la famille à venir. Ce faisant il y a une solidarité consécutive qui justifie un régime juridique distinct tenant à sa nature justement familiale.

## **2 – Mariage entre personnes de même sexe n'est toujours pas...**

La décision était attendu au début de l'année 2011 tant la question, au vu des droits européens voisins, pouvait intéresser. Une question a été posée au Conseil à propos de la constitutionnalité des articles 75 et 144 du Code civil. Ces dispositions porteraient atteinte pour les auteurs de la saisine à l'article 66 de la Constitution par l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe et l'absence de toute faculté de dérogation judiciaire, outre l'atteinte alléguée au droit de mener une vie familiale normale et à l'égalité devant la loi. Le Conseil constitutionnel conclut à l'absence d'inconstitutionnalité et rappelle qu'il n'a pas vocation à se substituer au législateur :

« Sur article 6 DDHC ; qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation » (*Déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011*).

Il est en outre rappelé que les couples de même sexe peuvent vivre ensemble sans difficulté, en ce sens les articles 75 et 144 précités en font pas obstacle à la liberté des couples de même sexe de vivre en concubinage ou de conclure un PACS.

Pourquoi alors ce besoin d'ouverture du mariage aux personnes de même sexe ainsi revendiqué sinon parce que le mariage porte en lui-même sa fonction familiale ? La question n'est plus du régime protecteur du mariage en raison de sa nature familiale, mais de la possibilité d'ouvrir le mariage à des personnes de même sexe, c'est-à-dire de leur reconnaître la possibilité de fonder une famille. Or, la réponse n'est pas de l'ordre du vouloir contrairement à ce que voudrait nous faire penser la société contemporaine, mais de l'ordre de la nature. Un homme et un homme ne peuvent avoir d'enfant, une femme et une femme ne peuvent avoir d'enfant. Or, qu'est-ce qui fait la famille sinon cette potentialité de l'enfant ?

La question de la délimitation de la matière familiale est au demeurant loin d'être résolue et les apports de la législation en 2011 sont là pour en témoigner.

## **B – Les apports de la législation sur la question familiale**

Curieusement, ce n'est pas par le droit de la famille que l'on rencontre les questions les plus incisives sur ce qu'est la famille. Il semble que l'on franchisse la porte par d'autres voies, celle de l'inceste récemment (1), celle de la procédure de façon désormais plus

habituelle (2).

### **1 – L'inceste ou le plus petit dénominateur du caractère familial du lien ?**

Deux décisions récentes sur « QPC » du Conseil constitutionnel alimentent le débat portant sur le point de savoir ce qu'est une famille, qui est membre d'une famille et qu'est-ce qui faut entendre par lien familial.

La loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal a institué la qualification pénale « d'actes incestueux. Les atteintes sexuelles sur mineur, aux termes de l'article 227-27-2 du code pénal, « sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ».

Le 16 décembre 2011, le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité par laquelle il est soutenu « qu'en ne définissant pas les liens familiaux qui conduisent à ce que des atteintes sexuelles soient qualifiés d'incestueuses, ces dispositions portent atteinte au principe de légalité des délits et des peines ». L'analyse juridique est imparable ainsi que le relève le Conseil, dans sa décision du 17 février 2012 (n° 2012-222 QPC), « le législateur tient de l'article 34 de la Constitution, ainsi que du principe de légalité des délits et des peines qui résulte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, l'obligation de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis ». La conclusion est donc sans surprise, d'autant plus que le Conseil avait déjà eu à statuer sur une disposition légale relative à l'inceste il y a moins de six mois (*Décision QPC n° 2011-163 QPC du 16 septembre 2011*), « l'abrogation de l'article 227-27-2 du code pénal prend effet à compter de la publication de la présente décision ; qu'à compter de cette date, aucune condamnation ne peut retenir la qualification de délit « incestueux » prévue par cet article ; que, lorsque l'affaire a été définitivement jugée à cette date, la mention de cette qualification ne peut plus figurer au casier judiciaire ».

A l'occasion de la réforme de la loi sur l'inceste rendue nécessaire par ces décisions, le législateur sera conduit à définir ce qu'il faut entendre par « membre de la famille » et ce faisant pourrait, non par la voie royale du droit des personnes et de la famille, mais par celle du droit pénal, donner une définition moderne, renouvelée et radicalement nominaliste du lien familial et de ce qu'est une famille. Qui pourrait, en effet, s'opposer à une définition large et compréhensive de la famille, dès lors qu'il s'agit de protéger les enfants des atteintes avec les personnes avec lesquelles ils vivent ?

### **2 – Les procédures, méthode de refondation de la matière familiale**

Il était déjà procédé par la manière de la voie procédurale depuis deux ou trois ans. On se souvient de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite d'allègement des procédures et de simplification du droit ainsi que du décret n° 2009-1591 17 décembre 2009 qui ont donné pour nouvelles compétences juridictionnelles à celui que le droit désigne comme « *juge aux affaires familiales* » la liquidation des indivisions entre partenaires d'un pacte civil de solidarité ou entre concubins. Les procédures pourraient être une nouvelle méthode de construction de la matière familiale, la matière familiale faisant l'objet de modifications procédurales constantes depuis, notamment, le rapport remis, le 30 juin

2008, par la Commission présidée par le professeur Serge Guinchard (*L'ambition d'une justice raisonnée, La Documentation française 2011*).

L'année 2011 n'est pas exempte de réformes, même si la délimitation de la famille en tant que telle n'est pas directement concernée. On peut noter parmi les principaux apports législatifs en matière familiale :

- Loi n° 2011-331 du 28 mars 2011 de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées : les dispositions éparses ne sont pas moins importantes, tel le transfert de compétence opéré du greffier du tribunal d'instance au notaire pour l'enregistrement des PACS ainsi que des formalités de publicité en cas de convention notariée ou encore le transfert de compétence du juge d'instance au notaire pour l'établissement d'un acte de notoriété pour suppléer la carence d'un acte de naissance en vue du mariage de la personne (CC, art. 71).
- Décret n° 2011-1840 du 7 décembre 2011 relatif à l'engagement d'une procédure civile aux fins de fixation de l'obligation d'entretien des enfants pour le bénéficiaire de l'allocation de soutien familial : l'objectif est de limiter la saisine du juge aux affaires familiales aux seuls cas où le débiteur est localisé et solvable d'où la modification consécutive de l'article R. 523-3 du Code de la sécurité sociale. Aux termes de l'article 523-3, « *Lorsque l'un des parents manque à son obligation d'entretien, l'organisme débiteur des prestations familiales procède au contrôle de la situation du parent débiteur (al. 1). Le contrôle a pour objet de vérifier que le parent débiteur est solvable et a un domicile connu. Si l'une ou l'autre de ces conditions n'est pas remplie, il est alors regardé par l'organisme comme étant hors d'état de faire face à son obligation d'entretien. Le versement de l'allocation de soutien familial à l'autre parent se poursuit alors au-delà de la quatrième mensualité (al. 2). Si, en revanche, le parent débiteur remplit les conditions de solvabilité et de domicile mentionnées à l'alinéa précédent, les mensualités suivant celle du quatrième mois ne sont versées au parent qui pourvoit à l'entretien de l'enfant par l'organisme débiteur que si une décision de justice devenue exécutoire a fixé en faveur de ce parent le montant de l'obligation d'entretien, ou si ce dernier a engagé une action en justice à l'encontre du parent défaillant en vue de la fixation de cette obligation* ».
- Loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles : On notera plusieurs dispositions concernant la matière familiale parmi lesquelles, la modification du dernier alinéa de l'article 10 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 disposant que l'avocat est tenu « de conclure avec son client une convention d'honoraires pour les procédures de divorce. Des barèmes indicatifs des honoraires pratiqués par les avocats pour ces procédures, établis à partir des usages observés dans la profession, sont publiés par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, pris après avis du Conseil national des barreaux. Ces barèmes sont révisés au moins tous les deux ans » (*étude critique de J. Casey, « Barèmes indicatifs et procédure de divorce : halte aux hypocrisies ! », Gaz. Pal., 7 janvier 2012, n° 7, p. 11*) ; le gain de temps obtenu par la suppression de la comparution personnelle devant le greffier en chef de la juridiction pour les parents qui font une déclaration conjointe d'exercice commun de l'autorité parentale, l'envoi ou le dépôt lui sont substitués (CC, art. 365 et 372) ; la précision apportée à l'article 317 CC selon laquelle l'acte de notoriété faisant foi de la possession d'état en matière de filiation devra être demandé au juge « du tribunal d'instance du lieu de naissance ou de leur domicile » ; sans oublier les dispositions relatives au nom de famille (CC, art. 55, al. 2) ou à la simplification du changement de prénom du mineur ayant fait l'objet d'une adoption simple.

## **II – La litis-contestatio en matière familiale**

Le contentieux proprement familial est assez facilement balisé qui concerne essentiellement la nullité ou plus fréquemment la dissolution du lien familial (A), alors que l'autre grande portion des décisions de justice intéresse l'enfant (B).

### **A – La nullité ou la dissolution du lien familial**

#### **1 – La part congrue des nullités de mariage**

- *Intérêt à agir des membres de la famille*

Un majeur placé sous sauvegarde de justice s'est marié sans en informer sa famille, ce dont il avait parfaitement le droit, aucun consentement autre que le sien n'étant requis. Placé peu après sous tutelle, des frères et sœurs ont demandé la nullité du mariage pour défaut de consentement sur le fondement de l'article 146 CC. L'action est déclarée recevable : « « [...] il résulte des dispositions combinées des articles 184 et 187 du code civil que les parents collatéraux ne peuvent, du vivant des époux, agir en nullité du mariage, sur le fondement de l'article 146 du code civil, qu'à la condition de justifier d'un intérêt né et actuel ; qu'ayant constaté, à la date où elle statuait, que les consorts X... avaient vocation à recueillir, en l'absence de conjoint survivant, la partie de la succession de leur frère non incluse dans un testament, la cour d'appel en a souverainement déduit que ceux-ci justifiaient d'un intérêt actuel à agir [...] ». Il restait à prouver l'existence du trouble au moment du mariage (CC, art. 414-1). L'arrêt est l'occasion pour la Cour de rappeler que l'appréciation de la déficience du majeur relève de l'appréciation des juges du fond au vu des éléments produits (Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 2011, n° 09-68.983)

- *Bigamie, divorce et nullité de mariage : ordre de préséance procédurale ?*

Y a-t-il un ordre dans les actions à diligenter lorsqu'une personne s'est successivement mariée trois fois ?

Une dame se marie pour divorcer huit ans après. Mais, pendant ce premier mariage, grâce à un extrait d'acte de naissance falsifié, elle se marie une deuxième fois, au bout des quatre premières années de son premier mariage. Elle obtient le divorce de son deuxième mariage moins d'un an après le divorce du premier, et se marie une troisième fois pendant la dernière année de son deuxième mariage, pour divorcer un peu plus de six ans après...

La solution prétorienne est clairement affirmative : « Vu l'article 189 du code civil ; Attendu que, si les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la validité ou la nullité de ce mariage doit être jugée préalablement ; Attendu que, pour rejeter la demande de sursis à statuer de Mme Y... (l'épousée) dans l'attente de la décision à intervenir sur l'action en nullité de son mariage avec M. A...(deuxième mari) et déclarer M. X...(troisième mari) recevable à invoquer une situation de bigamie, l'arrêt retient que, même si le mariage de Mme Y... avec M. A... était annulé, cette annulation ne permettrait pas de régulariser a posteriori son mariage avec M. X..., la procédure pendante étant sans incidence ; Qu'en statuant ainsi, alors que la demande en nullité du mariage de Mme Y... et de M. A... devait préalablement être jugée, la cour d'appel a violé le texte susvisé » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 octobre 2011, n° 10-25.285).

#### **2 – Le contentieux bien portant du divorce**

- *Quelle date pour les effets patrimoniaux du divorce ?*

Le contentieux nourri de la date des effets du divorce concerne l'application de l'article

262-1 CC (parmi le plus récent : Civ. 1<sup>ère</sup>, 17 nov. 2010, n° 09-68292 ; J. Casey, *Objectivisation du divorce, que d'injustices sont commises en ton nom !*, Gaz. Pal. 5 fév. 2011, p. 5 ; P. Murat, Gaz. Pal., 26 mars 2011, p. 33 s ; G. C., *Deffrénois*, art. 39206-11 ; ; Dr. Famille 2011, comm. n° 21, note B. Beignier ; RJPF 2011-2, 16, note F. Vauvillé ; D. 2011, p. 351, note V. Bonnet ; J. Massip, *Deffrénois*, art. 39163-5. Report de la date des effets du divorce dans les rapports entre époux, Civ. 1<sup>ère</sup>, 12 mai 2010, n° 08-70274, F-P+B+I, Bull. civ. 2010, I, n° 493 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-12238, F-P+B+I, Bull. civ. 2010, I, n° 748). Conformément à ce texte et, à défaut d'accord des époux, le jugement de divorce prend effet dans leurs rapports patrimoniaux à la date de l'ordonnance de non-conciliation. Le juge peut, toutefois, à la demande de l'un des époux, fixer la date des effets du divorce à la date à laquelle ils ont cessé de collaborer ou cohabiter.

La Cour de cassation est venue encadrer ce pouvoir du juge en liant l'interprétation des alinéas 1 et 2 de l'article 262-1 CC. Si le juge peut fixer la date des effets du divorce à la date de la cessation de cohabitation ou de collaboration, celle-ci ne saurait être ultérieure à la date de l'ordonnance de non-conciliation (Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 mai 2011, n° 10-17.445).

Elle a également rappelé, dans un arrêt ultérieur, que la cessation de la cohabitation faisant présumer la cessation de la collaboration, il n'appartient pas à celui qui demande un report des effets du divorce à une date antérieure à la date de l'ordonnance de non-conciliation de prouver l'absence de collaboration. On lui en sera gré dès lors qu'il apparaît difficile de prouver un fait négatif (Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 2011, n° 10-21.438).

#### - *Satisfaction en première instance et appel malgré tout*

La recevabilité de l'appel est subordonnée, comme toute action en justice, à la condition d'intérêt à agir. Dans une décision relative au prononcé d'un divorce et à l'octroi d'une prestation compensatoire, la question s'est posée de la recevabilité de l'appel de l'épouse ayant obtenu satisfaction à toutes ses demandes en première instance.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir rappelé que cet intérêt à agir s'apprécie au jour où la cour statue. En l'espèce, le mari avait fait une déclaration sur l'honneur erronée de ses revenus, erreur révélée après que le juge de première instance ait statué, alors qu'elle avait une incidence directe sur le contenu des prétentions présentées au juge. « La cour d'appel a estimé que l'ignorance d'une telle information était de nature à affecter tant la teneur des prétentions de Mme Y... que l'appréciation de celles-ci par le premier juge ; qu'elle a ainsi caractérisé, au jour où elle statuait, l'intérêt qu'avait Mme Y... à former appel à l'encontre du jugement » (Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 novembre 2011, n° 10-19.839).

#### - *Acquiescement implicite à un jugement de divorce*

L'histoire est malheureusement banale. A la suite du décès d'une personne ayant souscrit une assurance décès de 300000 euros, la veuve et les parents du mari se disputent le lot. Les seconds prétendent que l'épouse avait acquiescé au jugement de divorce intervenu avant la mort de leur fils. La question soumise à la Cour est relative aux éléments de preuve fournis par lesdits parents, ceux-ci ayant décidé d'en attester eux-mêmes. La cour d'appel invoquant le principe selon lequel « nul ne peut se constituer un titre à lui-même » avait retenu l'absence de caractère probant des attestations dans la mesure où les parents ne pouvaient se constituer de preuve à eux-mêmes. L'arrêt est cassé dès lors que les parents étaient étrangers au principe même de l'acquiescement. Il appartenait à la Cour de vérifier simplement la force probante des attestations, sans invoquer la règle susvisée (Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 juin 2011, n° 10-30.689).

## **B – L'établissement ou le maintien du lien avec l'enfant**

L'enfant bénéficie d'une panoplie procédurale, y compris lorsqu'il n'a pas la qualité de partie à l'instance (1), et il est notable que les enjeux du contentieux familial sont l'enfant lui-même (2).

## **1 – Le rappel régulier des droits procéduraux de l'enfant**

L'audition de l'enfant en justice est un droit spécifiquement encadré dans le code de procédure civile (*Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice*). Cette audition, qui devrait par principe être faite par le juge lui-même, peut être déléguée à un tiers chaque fois que le juge estimera que c'est de l'intérêt de l'enfant (CPC, art. 338-5) et, par application de l'article 338-9 CPC, le juge pourra désigner une personne devant avoir exercé ou exerçant encore « une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique ». La frontière entre simple audition et mesure d'instruction, véritable expertise, est alors ténue. Le compte-rendu de l'audition, en l'occurrence, est éloquent (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 28 septembre 2011, n° 10-23502*). La Cour aura beau, à juste titre, retenir « qu'ayant été prescrite conformément aux prévisions de l'article 388-1 du code civil, l'audition de l'enfant était impérativement régie par les dispositions des articles 338-1 à 338-12 du code de procédure civile ; que le moyen, en sa première branche, est dépourvu de fondement », le contenu du compte-rendu de l'audition laisserait bien penser que la protection propre aux mesures d'expertises, en particulier s'agissant du contradictoire, aurait en l'espèce été bienvenu.

Si, en pratique, la frontière n'est pas nettement formée, en droit, tout au contraire, les doutes sont absents. Il a, ainsi, été jugé que « l'article 388-1 du code civil a exclusivement vocation à régir l'audition du mineur par le juge, de sorte qu'il est inapplicable en matière d'expertise » (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 23 mars 2011, n° 10-10.547*), le juge n'a pas, par conséquent, à informer l'enfant des droits découlant de ce texte.

## **2 – Les droits familiaux sur l'enfant**

### *- Le refus du tourisme procréatif et le rôle du Ministère public*

Le Ministère public a vocation à protéger l'ordre public. Un couple marié a recours à une gestation pour autrui au Minnesota. Le jour de l'accouchement la mère abandonne l'enfant issu des gamètes du couple et l'adoption est prononcée en leur faveur. L'acte de naissance est dressé au Minnesota au nom du couple. Il est ensuite transcrit au consulat de France à Chicago, puis fait l'objet d'un enregistrement au service central de l'état civil de Nantes. Le procureur de la République demande la nullité de la transcription relative à la filiation maternelle. La transcription ayant été annulée, les époux se pourvoient en cassation. Au titre des deux moyens soulevés, ils font valoir d'une part que le ministère public qui a autorisé la transcription pour ensuite demander l'annulation a violé l'article 423 CPC et qu'il est abusif de leur reprocher un détournement d'adoption alors qu'il ne s'agit que de la transcription d'un acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français. Il est avancé d'autre part que la contrariété à la conception française de l'ordre public international n'est pas rapportée par la seule allégation de l'interdiction des conventions de mère porteuse en France, que le droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant impose le maintien du lien de filiation maternelle alors que l'enfant a déjà six ans, que donner à l'enfant génétique du couple marié un statut d'enfant adultérin ne correspond pas à la réalité, que la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant impose au juge de rechercher concrètement si l'intérêt de l'enfant guide la mesure qu'il ordonne.

Le pourvoi est cependant rejeté. Le ministère public justifie d'un intérêt à agir pour la défense de l'ordre public en application de l'article 423 CPC et le refus de transcription d'un acte de naissance établi en exécution d'une décision étrangère, fondé sur la contrariété à l'ordre public international français de cette décision, lorsque celle-ci comporte des dispositions qui heurtent des principes essentiels du droit français est également justifié : « en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du code civil » (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 avril 2011*).



- *Du lien des grands-parents biologiques en présence d'un accouchement dans l'anonymat de leur fille*

La décision est cette fois de cour d'appel et elle a été rapportée par I. Gallmeister (*Angers, 26 janv. 2011, M.et MmeO..., n°10/01339, Dalloz Actualité, 02 février 2011*). L'action fut jugée recevable sur le fondement de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. Les grands-parents n'ayant aucun lien de droit avec l'enfant en raison de l'anonymat de l'accouchement, la cour d'appel a retenu l'existence d'un lien de fait avec ce dernier (*comp. Civ. 1re, 8 juill. 2009, n° 08-20.153, Dalloz actualité, 1er sept. 2009, obs. Le Douaron ; D. 2010. 989, obs. M. Douchy-Oudot ; ibid. 1442, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ famille 2009. 350, obs. F. Chénéde; RDSS 2009. 972, obs. T. Tauran ; ibid. 2010. 735, étude C. Neirinck ; RTD civ. 2009, 708, obs. J. Hauser*). Il ne semble pas au demeurant que le lien soit fondé sur une relation directe avec l'enfant, les grands-parents n'ayant pu semble-t-il l'approcher. Mais les diligences faites envers l'enfant ont suffisamment témoigné pour les juges du lien affectif constituant ce lien de fait. Ainsi qu'il est relevé par I. Gallmeister, la cour d'appel pour confier l'enfant aux grands-parents lors de l'examen au fond cette fois de la demande considère qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant d'être élevé par eux, ceci en se fondant sur des considérations biologiques. Nous sommes assez enclins à penser de la sorte. L'adoption par des personnes étrangères à la famille par le sang ne se conçoit qu'en raison d'un obstacle majeur à ce que les membres de celle-ci puissent assurer la fonction parentale. On notera que dans certains pays, à la différence de la France, le consentement à l'adoption doit être donné, non seulement par les père et mère, mais aussi par les grands-parents, les oncles et les tantes, etc. Il reste que, juridiquement, la décision de la cour d'appel est difficilement tenable. Pourquoi confier à ces personnes cet enfant, alors que justement ce qui fait leur légitimité, le lien du sang, ne peut juridiquement être établi ? mais peut-être touche-t-on à l'horizon de l'équité ...

- *Du lien de filiation envers l'enfant et du recours prohibé à l'expertise*

« En matière de constatation de possession d'état, il ne peut y avoir lieu à prescription d'une expertise biologique » (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 Juin 2011, n° 08-20475*). Cette disposition laconique, rendue au visa des articles 311-1, 311-2, 334-8 du code civil dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n°2005-759 du 4 juillet 2005, fait écho à une décision déjà ancienne dans laquelle la Cour avait retenu « qu'en matière de possession d'état, la preuve s'établit par tous moyens, de sorte que l'expertise biologique n'est pas de droit » (*Civ. 1<sup>re</sup>, 6 déc. 2005, n° 03-15588 ; RTD civ. 2006, 98 ; D. 2006, p. 1139, F. Granet-Lambrechts ; Dr. Fam. 2006, comm., n° 26, P. Murat*).

- *Du lien de filiation et du prélèvement post-mortem : au-delà de la mort*

Le Conseil constitutionnel a été saisi, par voie de QPC, de la constitutionnalité du dernier alinéa de l'article 16-11 du Code civil, étant rappelé en vertu de ce texte par le Conseil « qu'en matière civile, cette identification ne peut être recherchée qu'en exécution d'une mesure d'instruction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides; qu'il précise en outre que le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli ; qu'aux termes de la dernière phrase de ce cinquième alinéa : « Sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort ». L'argument opposé par les requérants tient, d'une part, à l'atteinte à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale découlant de cette interdiction, et, d'autre part, l'atteinte au principe d'égalité devant la loi en matière de filiation, tout le monde n'étant pas traité d'égale manière selon la mort ou non des géniteurs... Le Conseil n'a pas été convaincu et conclut à la constitutionnalité de la

disposition civile. On notera au passage le considérant n° 6 nous révélant la *ratio legis* de la disposition contestée :

« Considérant qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain ; que, par suite, les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale doivent être écartés » (*Déc. n° 2011-173 QPC, 30 septembre 2011*).

- *Des modalités d'exercice de l'autorité parentale, la médiation imposée à titre expérimental*

La loi précitée du 13 décembre 2011 a prévu la mise en place, par dérogation à l'article 373-2-13 CC et à titre expérimental pour les tribunaux de grande instance désignés par arrêté et jusqu'au 31 décembre 2014, du recours impératif à la médiation pour les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou avant toute demande de modification des dispositions contenues dans la convention homologuée, sauf les dérogations suivantes : « 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ; 2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ; 3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable ». L'application du nouveau texte reposera tout entier sur le pouvoir de sanction donné au juge aux affaires familiales, puisqu'en l'absence de médiation, ce juge pourra opposer une fin de non recevoir (*sur « La forme et force des accords en matière familiale », E. Mulon, Gazette du Palais, 19 novembre 2011 n° 323, p. 10*).

Cette disposition s'inscrit dans la ligne de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale et de l'important décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends (JO du 22 janvier) ayant rétabli le Livre V au Code de procédure civile, et portant notamment application des dispositions relatives à la convention de procédure participative (*Loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010*), dont le décret était attendu depuis septembre 2011 (*voir l'étude détaillée de S. Amrani-Mekki, D. 2011, p. 3007*). Mais, c'est déjà empiéter sur le panorama couvrant l'année 2012...