



HAL
open science

Contentieux familial janvier 2012 -décembre 2012

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial janvier 2012 -décembre 2012. Recueil Dalloz, 2013. hal-04015351

HAL Id: hal-04015351

<https://hal.science/hal-04015351v1>

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 2012 - décembre 2012

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

L'année civile écoulée a été nourrie de plusieurs réformes d'inégale envergure en matière familiale pour aider au dénouement des crises familiales (I). Si le projet de loi en cours d'examen sur l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe est prometteur d'un contentieux renouvelé, la cuvée 2012 est, sous cet aspect, moins bien servie (II).

I – Actualité législative et règlementaire du contentieux familial

La pacification de la famille, et du règlement des conflits familiaux, n'aura jamais été autant recherchée que depuis le jour où l'on s'évertue à la vider de toute substance. Nous n'entrerons pas ici dans les questions des futurs procès dignes du Roi Salomon que laissent présager ce qui n'est encore, rappelons-le, qu'un projet de loi d'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, et la réforme, promise comme d'envergure, du droit de la famille à la session d'automne. Cette pacification, jadis martelée autour de la réforme du divorce lors de la loi du 26 mai 2004 prônant le « on se quitte bons amis », prend les formes procédurales de la médiation, de la conciliation et de la nouvelle procédure participative avec le rétablissement d'un Livre cinquième au Code de procédure civile par le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 (A). Quelques aménagements ont été par ailleurs apportées par décret aux procédures familiales au cours de l'année écoulée (B).

A – La résolution amiable des différends appliquée à la famille

Aux termes de l'article 2062 CC, tels que résultant de la loi n° 2010-1609 du 22 décembre 2010, « la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ». Cette nouvelle institution de droit civil participe de l'effort général en législation pour inciter et simplifier les modes amiables de résolution des différends, dans lequel s'inscrit le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 (1). Les trois arrêts de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 novembre 2012 pourraient réduire l'intérêt de ces outils en matière de liquidation du régime matrimonial consécutive au prononcé d'un divorce (2).

1 – Les nouveaux outils de procédure

« Les parties à un différend peuvent, à leur initiative et dans les conditions prévues par le présent livre, tenter de le résoudre de façon amiable avec l'assistance d'un médiateur, d'un conciliateur de justice ou, dans le cadre d'une procédure participative, de leurs avocats » (CPC, art. 1528 ; S. Amrani-Mekki, *La convention de procédure participative*, D. 2011. Chron. 3007 ; Butruille-Cardew, *La place du droit collaboratif dans les MARC*,

RLDC 12/2011. 69 ; G. Sell-Macrez, *Vers la justice participative ? Pour une négociation « à l'ombre du droit »*, D. 2010. Chron. 2450 ; N. Fricéro, *Qui a peur de la procédure participative ? Pour une justice, autrement...*, in *Justices et droit du procès, Du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, 2010, Dalloz, p. 145*). L'homologation de l'accord amiable faisant l'objet de dispositions communes.

- *La médiation et la conciliation conventionnelle revisitées*

L'impulsion a été donnée au plan européen avec 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 (*JOUE, no L 136/3*). L'ordonnance no 2011-1540 du 16 novembre 2011 ayant transposé la directive a repris la définition générique du mode de résolution amiable du différend, lequel figure désormais à l'entrée du nouveau Livre V du Code de procédure civile depuis le décret précité du 20 janvier 2012 : « La médiation et la conciliation conventionnelles régies par le présent titre s'entendent, en application des articles 21 et 21-2 de la loi du 8 février 1995 susmentionnée, de tout processus structuré, par lequel deux ou plusieurs parties tentent de parvenir à un accord, en dehors de toute procédure judiciaire en vue de la résolution amiable de leurs différends, avec l'aide d'un tiers choisi par elles qui accomplit sa mission avec impartialité, compétence et diligence » (E. Guinchard, « *La médiation, contrainte à la réussite ? Brèves remarques à l'occasion de la transposition de la Directive Médiation en Europe*», *RTDE 2012, p. 689*). La médiation et la conciliation judiciaire, intégrés dans une instance, sont régies par des dispositions figurant à l'entrée du Code de procédure civile (CPC, art. 127 s) alors que la médiation et la conciliation conventionnelles, préalables à toute instance, figurent aux articles 1530 et suivants du même code. Ces procédés de règlement amiable des différends ont pour point commun, en France, d'être laissés à l'initiative des parties, qui, si elles sont parfois contraintes de rencontrer un tiers à cet effet, pourront décider de ne pas se soumettre à une telle mesure. Il faut excepter l'expérience préconisée par la loi 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles du recours obligatoire 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.

Les nouvelles dispositions donnent un statut autonome au plan procédural à la médiation et à la conciliation conventionnelles. Le processus de médiation ou de conciliation est procéduralement important si l'on se souvient que depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 relative à la prescription civile, il faut compter avec les articles 2238 et 2254 CC. Les causes de suspension visées intéressent également la convention de procédure participative qui est une invitation à la négociation grâce à l'intervention de l'avocat.

- *La convention de procédure participative*

Aux termes de l'article 2062, alinéa 1er, du code civil, « la convention de procédure participative est une convention par laquelle les parties à un différend qui n'a pas encore donné lieu à la saisine d'un juge ou d'un arbitre s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ». Directement issue de la proposition 47 de la Commission présidée par Monsieur le professeur Serge Guinchard, elle répond à la volonté de « création d'une nouvelle procédure de règlement amiable des litiges : la

procédure participative de négociation assistée par avocat. Cette procédure devrait permettre de faciliter le règlement amiable des litiges, sous l'impulsion des avocats ; en cas d'échec partiel ou total de la négociation, une passerelle vers la saisine simplifiée de la juridiction permet un traitement accéléré ». Entre l'obligatoire à titre expérimental de la loi du 13 décembre 2011 précitée, le facultatif du décret du 20 janvier 2012, se trouve l'incitation du recours à des modes alternatifs de règlement par ceux qui se trouvent en amont du litige et de la saisine des juridictions, les avocats.

L'article 1543 CPC dispose en ce sens que la convention participative « se déroule selon une procédure conventionnelle de recherche d'un accord et se poursuit, le cas échéant, par une procédure aux fins de jugement » qui forment les deux chapitres du nouveau titre figurant au Livre V du Code de procédure civile. A la différence de la médiation et de la conciliation, l'avocat est tenu de fournir aux parties une sorte de feuille de route procédurale pour le temps où elles vont chercher à trouver un accord (*sur la formule de convention de procédure participative : H. Croze, Procédures 2012, form. 6*), et de veiller au respect du calendrier qui aura été convenu. La prudence restera cependant de rigueur, dès lors que la confidentialité du rapport éventuellement confié à l'expert n'est pas garantie, ledit rapport pouvant être produit au stade de la phase de jugement en l'absence d'accord amiable.

La nouvelle procédure est éligible à l'aide juridictionnelle dans les conditions de l'article 10 de la loi 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique qui dispose que: «l'aide juridictionnelle peut être accordée pour tout ou partie de l'instance ainsi qu'en vue de parvenir, avant l'introduction de l'instance, à une transaction ou à un accord conclu dans le cadre d'une procédure participative prévue par le code civil». Il convient de se reporter à la circulaire du 25 juin 2012 qui explicite les missions accomplies par les avocats dans le cadre de la convention de procédure participative et fixe la prise en charge de celles-ci au titre de l'aide juridictionnelle, le plus souvent selon les mêmes modalités que les pourparlers transactionnels.

- *L'homologation de l'accord amiable*

L'intérêt des nouvelles dispositions procédurales résultant du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 est sans nul doute dans les dispositions communes applicables à l'homologation de l'accord amiable (CPC, art. 1565 à 1568). Le juge compétent est celui du contentieux de la matière considérée et il ne peut modifier le contenu de l'accord des parties. La requête ne fait pas l'objet de la contribution juridique généralisée. Le juge peut soit homologuer, tout tiers peut alors en référer au juge lui-même, soit refuser d'homologuer, l'appel est alors possible selon les règles de la procédure gracieuse.

2 – La liquidation du régime matrimonial lors du divorce

Le partage amiable s'accommodait semble-t-il fort bien des nouvelles dispositions relatives à la procédure participative (*L. Junod-Fanged, La convention de procédure participative mise en danger par la Cour de cassation ?, AJ Famille 2013, 105*), mais trois arrêts du 7 novembre 2012 de la première chambre de la Cour de cassation semblent avoir mis un frein aux nouvelles dispositions en contrariant directement la circulaire du 16 juin 2010 relatifs aux pouvoirs du juge du divorce (*Circ. CIV10/10, 16 juin 2010, de présentation de l'article 14 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ; V. Larribau-Terneyre, La fronde à la circulaire confirmée concernant les pouvoirs liquidatifs du JAF, Dr. famille 2012, comm., 179*). En l'absence de dessaisissement du juge aux affaires familiales

ayant prononcé le divorce, aucune convention participative ne peut plus être signée en vue d'aider au partage amiable. Or, les solutions de novembre sont claires (*nos obs. Procédures 2013, comm., 19*) : Le juge du divorce peut désigner le notaire chargé de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux (*1re esp. ; déjà : Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, n° 11-20.195 ; JurisData n° 2012-007083, D. 2012, p. 2011, C. Brenner*), le juge du divorce doit ordonner cette liquidation et ce partage (*2e esp.*), il peut également, s'il a désigné un notaire lors de l'audience de conciliation, se fonder sur le projet de liquidation desdits intérêts pour fixer, en cas de désaccord des époux le montant de l'indemnité d'occupation du logement par le mari (*3e esp.*). Le juge du divorce en désignant le notaire deviendrait en quelque sorte le juge du partage, tant et si bien que tout partage amiable disparaîtrait au profit du seul partage judiciaire, sans que l'on sache comment le juge du partage aura été saisi (*v. analyse de S. David, Le partage judiciaire, AJ Famille 2013, p. 94 ; pour une analyse par un notaire : A. Depondt, Divorce et partage, une même instance ?, AJ Famille 2013, p. 87*).

B – Les aménagements apportés aux procédures familiales

Face à la longueur dénoncée de la procédure applicable aux divorces contentieux - 22, 2 mois en moyenne en 2012 - la Garde des sceaux, à l'occasion d'une réponse ministérielle, a indiqué qu'il « a été décidé de procéder dans les juridictions où les délais apparaissent les plus longs à des analyses du processus facilitant des réorganisations susceptibles d'améliorer les délais de traitement. Par ailleurs fin 2011 il a été décidé de développer un outil bureautique d'aide à la rédaction de la décision à l'usage des juges aux affaires familiales. Cet outil doit permettre aux magistrats de formaliser plus rapidement leur décision sur la base de trames et de blocs de motivation de manière à recentrer leurs efforts sur les difficultés particulières de la procédure qui leur est soumise. L'outil sera expérimenté à partir du mois de décembre prochain en vue d'une généralisation dès 2013. Enfin il convient de noter que la création d'emplois de magistrats et de fonctionnaires de justice prévus dans le projet de loi de finances 2013 a en partie pour vocation d'aider à l'amélioration de la justice du quotidien dont font partie les affaires familiales » (*Rép. Min., 11 déc. 2012, JOAN Q. n° 7845, p. 7041*). Les différents décrets adoptés en matière familiale rendent compte de la vigilance de l'administration.

1 – L'interdiction de sortie du territoire du mineur sans l'autorisation des deux parents

Le gouvernement a renforcé le régime du contrôle exercé sur la sortie du territoire d'un mineur sans l'autorisation des deux parents (D. n° 2012-1037 du 10 septembre 2012). L'article 1180-3 CPC dispose « Lorsque le juge aux affaires familiales prononce ou modifie une mesure, prise en application de l'article 373-2-6 du code civil, d'interdiction de sortie du territoire d'un enfant mineur sans l'autorisation de ses deux parents, le greffe du juge aux affaires familiales en avise aussitôt le procureur de la République qui fait inscrire cette mesure au fichier des personnes recherchées ou fait procéder à la modification de l'inscription ». Il en est de même lorsqu'une ordonnance de protection prévoit cette mesure. Les parents désireux d'autoriser conjointement leur enfant à sortir du territoire français devront se reporter aux modalités de l'article 1180-4 CPC prévoyant notamment que « Chacun des deux parents, conjointement ou séparément, déclare,

devant un officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, devant un agent de police judiciaire, autoriser l'enfant à quitter le territoire, en précisant la période pendant laquelle cette sortie est autorisée ainsi que la destination de cette sortie. Cette déclaration est faite au plus tard cinq jours avant la date à laquelle la sortie du territoire du mineur est envisagée, sauf si le projet de sortie du territoire est motivé par le décès d'un membre de la famille du mineur ou en cas de circonstances exceptionnelles dûment justifiées ».

Cette disposition a eu, pour effet, simplificateur pour les autres familles de n'avoir plus à demander une autorisation de sortie du territoire en dehors de ces situations. La circulaire n° INTD1237286C du 20 novembre 2012 relative à l'opposition et à l'interdiction de sortie de territoire d'un mineur a considéré qu'à partir du 1^{er} janvier 2013 un enfant, non accompagné de ses parents, peut voyager seul sans autorisation en produisant soit sa carte nationale d'identité seulement (notamment pour les pays de l'Union européenne, de l'espace Schengen, et la Suisse), soit son passeport, soit son passeport accompagné d'un visa, selon le pays de destination. Il reste que l'allègement administratif concédé s'il rend le quotidien plus facile pour les familles, est nous semble-t-il bien moins protecteur des enfants.

2 - La fixation par le juge de l'exercice du droit de visite dans un espace de rencontre

Afin d'assurer au mieux l'exercice du droit de visite de l'un des parents avec l'enfant le décret n° 2012-1153 du 15 octobre 2012 et le décret n° 2012-1312 du 27 novembre 2012 ont défini les espaces de rencontre et aménagés les modalités de visite (*V. Egéa, Le décret n° 2012-1312 du 27 novembre 2012 parachève l'organisation textuelle des « espaces de rencontre », Dr. famille 2013, alerte 3*). Aux termes de l'article D. 216-1, al. 1 et 2 du CASF, « L'espace de rencontre est un lieu permettant à un enfant de rencontrer l'un de ses parents ou un tiers, ou de faire l'objet d'une remise à un parent ou à un tiers. Il contribue au maintien des relations entre un enfant et ses parents ou un tiers, notamment en assurant la sécurité physique et morale et la qualité d'accueil des enfants, des parents et des tiers. Un espace de rencontre peut être désigné par une autorité judiciaire sur le fondement des articles 373-2-1, 373-2-9 et 375-7 du code civil sous réserve de faire l'objet d'un agrément délivré dans les conditions prévues au présent chapitre ». La fixation par le juge aux affaires familiales d'un droit de visite en un espace de rencontres suppose qu'information soit donnée au juge des enfants lorsque ce droit est exercé, alors que les père et mère bénéficient d'une mesure d'assistance éducative ne leur ayant pas ôté l'exercice de tous les attributs de l'autorité parentale (*CPC, art. 1199-2*). Le juge aux affaires familiales doit prendre soin de préciser la durée de la mesure, la périodicité des rencontres et la durée de celles-ci (*CPC, art. 1180-5 ; M. Juston, Les liens entre la justice et le dispositif espace rencontre : qu'attend le juge aux affaires familiales quand il désigne un espace rencontre ? . - Le point de vue du praticien, Dr. fam. 2012, étude 19*).

3 -La déclaration conjointe d'exercice de l'autorité parentale et portant diverses dispositions de procédure en matière familiale

Un décret n° 2012-1443 du 24 décembre 2012 relatif à la déclaration conjointe d'exercice de l'autorité parentale et portant diverses dispositions de procédure en matière familiale a supprimé la nécessité de déplacement des parents au greffe pour

demander l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Par application de l'article 1180-1 CPC, une lettre recommandée devra être envoyée au greffe avec les éléments suivants : « 1° La copie intégrale de l'acte de naissance de l'enfant et, le cas échéant, du jugement prononçant l'adoption simple de l'enfant ; 2° Pour chacun des parents, la copie intégrale de son acte de naissance ainsi que la copie d'un document officiel délivré par une administration publique comportant son nom, son prénom, sa date et son lieu de naissance, sa photographie et sa signature ».

Le texte prévoit : 1° l'inscription au répertoire civil des demandes de changement de régime matrimonial ; 2° la désignation de la cour d'appel en lieu et place du tribunal de grande instance, pour connaître des recours contre les délibérations des conseils de famille des pupilles de l'Etat, comme c'est déjà le cas pour les délibérations des conseils de famille de droit commun et les décisions du juge des tutelles ; 3° les conséquences de l'abrogation de la loi du 12 juillet 1909 sur la constitution de biens de famille insaisissables en réservant le cas des procédures engagées avant cette abrogation

II – Contentieux 2012 : une cuvée non renouvelée

A – Le contentieux intéressant le couple

Il est encore des mariages malheureux, comme celui de cet époux blessé mortellement par sa femme qui ne l'avait épousé que « dans un esprit de lucre et de cupidité », après n'avoir autorisé la consommation du mariage qu'une fois le jour des noces, pour se refuser ensuite, et qui pensait pouvoir ainsi bénéficier d'un patrimoine conséquent pour élever un enfant qu'elle avait eu avec un tiers. On est rassuré d'apprendre que la nullité du mariage a été prononcée (*Cass. civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 09-15606, D. 2013, act., I. Gallmeister*).

Le plus souvent les crises conjugales s'échouent, oserions-nous dire heureusement, sur un banal divorce qui suppose le respect d'un ensemble de règles procédurales que la Cour de cassation doit régulièrement rappeler.

- Demande principale et demande reconventionnelle en divorce

Le délai de deux ans nécessaire au prononcé du divorce pour altération définitive du lien conjugal n'est pas requis lorsque « en cas de présentation d'une demande principale en divorce pour faute et d'une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal, le rejet de la première emporte le prononcé du divorce du chef de la seconde » (*Cass. civ. 1^{re}, 5 janvier 2012, n° 10-16359*). La solution est conforme aux articles 246 et 238, al. 2 du Code civil pris ensemble, le délai n'étant plus requis dans cette hypothèse.

- Prononcé du divorce et témoignage des descendants

Le prononcé du divorce ne peut en aucune manière s'appuyer sur des témoignages des descendants auraient-ils été recueillis en dehors de l'instance en divorce. A été cassé l'arrêt retenant que « si les descendants ne peuvent jamais être entendus, même de manière indirecte, sur les griefs invoqués par les époux dans le cadre de la procédure en

divorce, les déclarations des enfants des époux recueillies par les services de police dans le cadre d'une enquête pénale étrangère à l'instance en divorce ne sauraient par principe être écartées des débats ». La Cour juge au visa de « l'article 205 du code de procédure civile que les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps ; que cette prohibition s'applique aux déclarations recueillies en dehors de l'instance en divorce ; que, dès lors, c'est à bon droit que l'arrêt retient que les déclarations des enfants recueillies lors de l'enquête de police ne peuvent être prises en considération » (*Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2012, n° 10-27460, Bull. civ., I, n° 16*).

- *Appel général contre décision de divorce accepté*

L'appel général est recevable contre une décision de divorce sur demande acceptée, peu important que l'acceptation du principe de la rupture ne puisse plus être contestée, sauf vice du consentement (*Cass. civ. 2^e, 14 mars 2012, n° 11-13954, Procédures 2012, comm. 151, nos obs. ; v. aussi Cass. avis, n° 0080004, 9 juin 2008 : JurisData n° 2008-044396 ; Bull. civ. 2008, avis, n° 4 ; Procédures 2008, comm. 237, nos obs.*).

- *Appel diligencé avant la date du prononcé du divorce*

Une époux ayant interjeté appel, par déclaration du 25 juin 2010, d'un jugement réputé contradictoire statuant sur la demande en divorce présentée par son époux, prononcé le 1er juillet 2010, dont une copie lui avait été délivrée par le greffe le 15 juin 2010, soit quinze jours avant son prononcé, une cour d'appel avait déclaré l'appel irrecevable en raison de l'inexistence juridique du jugement contre lequel il avait été formé. La décision est cassée au visa de l'article 126 CPC admettant le principe d'une régularisation. Au moment où le juge a statué, le prononcé du jugement avait bien eu lieu (*Cass. civ. 2^e, 18 oct. 2012, n° 11-25.448, Procédures 2012, comm., 342, R. Perrot*).

- *Date du divorce prononcé ou de ses effets*

La date du divorce est importante qui constitue le point de départ de certaines prescriptions. Le divorce est acquis et sa date fixée lorsqu'il acquiert force de chose jugée (pour une application à la prescription de l'article 815-10 CC en présence d'une appel incident limité : *Cass. civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n° 11-12.813*). Mais les époux, la solution est classique, peuvent toujours demander au juge que les effets du divorce à leur égard partent du moment où la collaboration a cessé entre eux. La Cour retient que « que l'existence de relations patrimoniales entre les époux, résultant d'une volonté commune, allant au-delà des obligations découlant du mariage ou du régime matrimonial, caractérise le maintien de la collaboration des époux ; qu'ayant relevé qu'après la séparation en 1994, les époux avaient acheté trois biens immobiliers et contracté des emprunts au-delà de cette période, la cour d'appel a pu déduire de ces faits la volonté des époux de poursuivre leur collaboration après la cessation de leur cohabitation » (*Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2012, n° 11-30.522, Dr. fam. 2013, comm., 4, V. Larribau-Terneyre*). La date butoir est la date de l'ordonnance de non-conciliation, aucun report de date ne pouvant être fait ultérieurement (*Cass. civ. 1^{re}, 18 mai 2011, n° 10-17.445*). .

- *Prestation compensatoire et dommages et intérêts*

S'il est encore nécessaire de marteler l'obligation faite au juge, sur le fondement de

l'article 1076-1 CPC, d'inviter les parties à se prononcer sur l'éventualité d'une prestation compensatoire lors du prononcé du divorce (*Cass. 1re civ., 18 janv. 2012, n° 11-13.840, Dr. fam. 2012, comm., 64, V. Larribau-Terneyre ; déjà : Civ. 1ère, 31 oct. 2007, n° 07-11432, Procédures 2008, n° 48, nos observations*), la décision par laquelle le juge octroie à l'épouse une prestation en dépit des fautes commises et durement ressenties par son mari est, en tout point conforme, à l'article 270, al. 3 CC et à la philosophie de la loi n° 2004-432 du 26 mai 2004 (*obs. crit. J. Massip, sous Cass. civ. 1re, 12 sept. 2012, n° 11-12.140, JCP éd. G. 2012, 1166, et cit. J. Casey, Objectivisation du divorce, que d'injustices sont commises en ton nom !, GP 5 févr. 2011, p. 5 ; Quel avenir pour le mariage ?, GP 14/15 sept. 2012, p. 9*). En l'espèce, les juges ont octroyé une prestation d'un montant de 21600 € à l'épouse et sur le fondement de l'article 266 CC, en raison d'un préjudice qualifié d'une particulière gravité – mari ayant élevé seul ses deux enfants dont l'un handicapé et sacrifié en grande partie sa carrière militaire pour les élever – condamné celle-ci à verser à son ex-mari la somme de 2000€ au titre des dommages et intérêts : « qu'ayant relevé les circonstances dans lesquelles Mme C. avait quitté le domicile conjugal, la charge quotidienne, assumée par M. G. depuis plus de cinq ans des deux jeunes enfants du couple dont l'un présente des troubles de la personnalité et les choix professionnels qu'il avait dû faire au détriment de sa carrière pour s'en occuper, la cour d'appel en a souverainement déduit que la dissolution du mariage causait à celui-ci un préjudice d'une particulière gravité qu'il convenait de réparer par l'allocation d'une somme de 2 000 euros de dommages-intérêts sur le fondement de l'article 266 du code civil ».

B – Le contentieux intéressant l'enfant

1 – Les liens de filiation

- Refus de l'expertise biologique par l'enfant

La décision est originale et aurait pu disparaître dans la masse des arrêts simplement diffusés de la Cour de cassation sans la brève du professeur Adeline Gouttenoire (*Cass. civ. 1re, 24 oct. 2012, n° 11-22.202, JCP éd. G 2013, doct., 38, n° 6*). Un enfant, ayant été auditionné par le juge, s'est opposé, dans une action en contestation de paternité diligentée contre l'ex-mari de sa mère par son amant, à toute expertise biologique. A l'instar de la jurisprudence applicable aux majeurs, la Cour d'appel a tiré toutes conséquences du refus de se soumettre à l'expertise, sans motif légitime, et estimé que la paternité de l'amant devait être établie au vu des éléments produits jugés suffisants.

- Adoption simple et rectification matérielle du nom de l'adopté

Le jugement rapporté en l'espèce du TGI de Mont de Marsan est doublement critiquable, il est constitué d'une erreur de droit s'agissant du nom de l'adopté, il a autorisé l'adoption simple de trois enfants par la partenaire d'un PACS (*Cass. 1re civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.894, Dr. fam. 2012, comm., 182, C. Nierinck*). La décision est en effet surprenante, moins par l'application faite de l'article 462 CPC, qui conduit à refuser la modification du jugement pour erreur matérielle à propos du nom de l'adopté simple, alors qu'il s'agissait manifestement d'une erreur de droit du juge lors de l'application de l'article 363 CC, le nom du père biologique ayant été conservé aux enfants adoptés, que par les faits de l'arrêt révélant une adoption simple de l'enfant du partenaire d'un pacte civil de solidarité : « Attendu qu'un jugement du 15 janvier 2009 du tribunal de grande instance de Mont-de-Marsan a prononcé l'adoption simple par Mme D., liée à M. V. par

un pacte civil de solidarité, de Mme Patricia V., née le 22 mars 1967, M. José-Robert V., né le 22 juillet 1969 et M. David V. né le 22 décembre 1970 et dit que les adoptés conserveront le nom de V. ».

Or, admettre une telle adoption, revient à priver le parent biologique de tous ses droits liés à l'autorité parentale, par application de l'article 365 CC, puisqu'elle n'intervient pas au sein d'un couple marié. On se souvient que la Cour de cassation avait eu l'occasion de préciser, à propos d'un couple de partenaires de même sexe, « qu'ayant retenu à juste titre que Mme Y..., mère des enfants, perdrait son autorité parentale sur eux en cas d'adoption par Mme X..., alors qu'il y avait communauté de vie, puis relevé que la délégation de l'autorité parentale ne pouvait être demandée que si les circonstances l'exigeaient, ce qui n'était ni établi, ni allégué, et qu'en l'espèce, une telle délégation ou son partage étaient, à l'égard d'une adoption, antinomique et contradictoire, l'adoption d'un enfant mineur ayant pour but de conférer l'autorité parentale au seul adoptant » (*Cass. civ. 1^{re}, 20 fév. 2007, n° 04-15676* , *Bull. civ., I, n° 70 ; n° 06-15647, Bull. n° 71*).

Au-delà, si l'adoption simple devait être admise entre partenaires de sexe différent ayant contracté un PACS, la solution devrait être retenue également pour les partenaires de même sexe, sous peine de condamnation de la France pour discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. La non condamnation de la France dans l'arrêt Gas et Dubois (*CEDH, 15 mars 2012*) s'était fondée sur le considérant suivant : « 69. Ensuite, et pour en venir à la deuxième partie du grief des requérantes, la Cour doit examiner leur situation par rapport à celles des couples hétérosexuels non mariés. Ces couples peuvent avoir conclu un PACS, comme les requérantes, ou vivre en concubinage. Pour l'essentiel, la Cour relève que des couples placés dans des situations juridiques comparables, la conclusion d'un PACS, se voient opposer les mêmes effets, à savoir le refus de l'adoption simple (voir paragraphes 19, 24 et 31). Elle ne relève donc pas de différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle des requérantes ».

Une toute récente décision de la Grande chambre de la CEDH, X et autres c/ Autriche, 19 février 2013 (*Req., n° 19010/07*), a, en effet, condamné ce pays au motif que les partenaires de sexe différents et de même sexe n'étaient pas traités de même façon s'agissant de l'adoption coparentale en Autriche, outre l'affirmation discutable selon laquelle, même si on s'éloigne du contentieux familial stricto sensu, mais sûr que cela génèrera dans l'avenir un abondant contentieux : « 146. L'ensemble des considérations exposées ci-dessus – l'existence de la famille de fait formée par les intéressés, l'importance qu'il y a pour eux à en obtenir la reconnaissance juridique, l'incapacité du Gouvernement à établir qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères, et surtout le fait que le Gouvernement reconnaît que les couples homosexuels sont tout aussi aptes que les couples hétérosexuels à l'adoption coparentale – suscitent de sérieux doutes quant à la proportionnalité de l'interdiction absolue de l'adoption coparentale qui résulte pour les couples homosexuels de l'article 182 § 2 du code civil. En l'absence d'autres raisons particulièrement solides et convaincantes militant en faveur d'une telle interdiction absolue, les considérations exposées jusqu'ici donnent au contraire à penser que les tribunaux devraient pouvoir examiner chaque situation au cas par cas. Cette façon de procéder paraît aussi plus conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant, notion clé des instruments internationaux pertinents ».

- *Protection de l'anonymat de la famille adoptive*

A un moment où chacun souhaiterait que tout soit révélé sur la place publique, qu'il n'y ait plus d'anonymat, plus de confidentialité, plus de protection par le secret, à un moment où l'accès aux origines est rappelé avec force, à un moment où la mère désirant accoucher sous X prend le risque d'une action en recherche de maternité ultérieure du fait de la suppression de la fin de non-recevoir tirée de sa demande d'anonymat depuis la loi du 16 juillet 2009 (*voir pour le droit italien le tout récent arrêt de la CEDH : CEDH, 25 sept. 2012, aff. Godelli c/Italie, Req. n° 33783/09*), il est heureux que le Conseil d'Etat ait, par la condamnation de l'administration pour faute d'un service de l'aide sociale à l'enfance, rappelé que la famille adoptive peut opposer sa préférence pour l'anonymat et la non révélation de son identité à la mère biologique : « la circonstance que la mère biologique d'un enfant confié à sa naissance au service de l'aide sociale à l'enfance, puis adopté, ait eu connaissance des informations relatives à la nouvelle identité de cet enfant et à celle de ses parents adoptifs révèle une faute dans le fonctionnement du service de l'aide sociale à l'enfance du département de nature à engager la responsabilité de ce dernier, sauf à ce qu'il établisse que la divulgation de ces informations est imputable à un tiers ou à une faute de la victime » (*CE, 2e et 7e ss-sect., 17 oct. 2012, n° 348440, Procédures 2012, comm., 359, nos obs. ; H. Rihal, AJDA 2013, 362 ; Dr. fam. 2013, comm., 31, C. Nierinck*).

- *Accès au dossier d'assistance éducative refusé aux grands-parents*

Suite au décès de leur fils, des grands-parents, alors que leur petit-fils était *ipso facto* placé sous l'administration légale sous contrôle judiciaire de sa mère, demandèrent l'ouverture d'une tutelle aux biens. Dans le cadre de cette procédure, les grands parents souhaitaient avoir accès au dossier de l'enfant. Un refus catégorique est opposé au visa des articles 1222-2 et 1187 CPC limitant cette consultation du dossier au mineur sous tutelle capable de discernement, à ses père et mère et au tuteur et la violation du principe du contradictoire rejetée (*Cass. civ. 1^{re}, 7 nov. 2012, n° 11-18529*).

2 – L'audition de l'enfant en justice

Deux arrêts de la Cour de cassation rendus à propos du droit d'audition de l'enfant, capable de discernement, dans les procédures le concernant, précisent : *primo*, que l'enfant a le droit d'être entendu plusieurs fois au cours d'une même procédure (*Cass. civ. 1^{re}, 24 oct. 2012, n° 11-18.849, Procédures 2012, comm. 358, nos obs. ; JCP éd. G 2012, 1191, obs. Y. Favier*), et ce à tout moment de celle-ci (*déjà Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, D. 2005, p. 1909, note V. Égéa. - Cass. 1^{re} civ., 3 déc. 2008, RTD civ. 2009, p. 110, obs. J. Hauser*), *secundo*, que l'oralité du compte-rendu de l'audition ne porte pas atteinte au principe du contradictoire (*Cass. civ. 1^{re}, 20 juin 2012, n° 11-19.377, Dr. fam. 2012, comm., 133, C. Nierinck*). La pratique aixoise consistant à procéder à l'audition de l'enfant le matin, et à assurer le compte rendu oral de celle-ci l'après-midi, afin de protéger l'enfant de sa famille par rapport aux déclarations qu'il aurait pu faire et éviter leur fixation dans un document écrit, est donc validée par la Cour.

