



HAL
open science

Contentieux familial janvier 2013 -décembre 2013

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial janvier 2013 -décembre 2013. Recueil Dalloz, 2014, 11, p. 689. hal-04015352

HAL Id: hal-04015352

<https://hal.science/hal-04015352v1>

Submitted on 6 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 2013 - décembre 2013

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

L'essentiel

L'année civile se clôt sur deux rapports remis par Monsieur le premier président Delmas-Goyon et par Monsieur le premier président Didier Marshall à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice, en décembre 2013. Les réformes réglementaires et législatives sont restées, quant à elles, mesurées en 2013, si l'on excepte le fameux « mariage pour tous » qui devrait donner, dans l'avenir seulement, quelques joies aux spécialistes du contentieux familial (I). La vigilance demeure de mise s'agissant des questions procédurales rencontrées au détour du droit substantiel des contentieux de la famille (II).

I – Politique familiale du droit procédural

La prospective sera présentée à partir du rapport dit « Delmas-Goyon » (A). Quelques aménagements ont été par ailleurs apportés par divers textes pour consolider certains acquis en matière familiale (B).

A – D'importantes promesses pour 2014 ?

Le rapport remis à Madame la garde des sceaux par Monsieur le Conseiller à la Cour de cassation Pierre Delmas-Goyon en décembre dernier résulte principalement, sinon exclusivement, du travail concerté de magistrats, de greffiers et d'avocats. A partir d'un premier bilan sur le précédent rapport dit « Guinchard » du nom de son président, le dossier reprend la réflexion pour offrir 67 propositions de réforme de la justice pour le 21^{ème} siècle. Apparaît l'idée plaisante de liens plus étroits entre la Faculté et les juridictions ainsi l'idée de recruter des juges « en service extraordinaire au sein des Facultés de droit » tout en leur permettant de continuer leur activité principale, pendant de nos professeurs associés peut-être ? (*Proposition n° 44*) ou encore la possibilité de passer « des conventions avec les facultés de droit pour permettre aux assistants de justice, dans le cadre de leurs enseignements universitaires, de s'appuyer sur les ressources documentaires de l'université et sur les compétences du corps professoral pour rédiger des notes dans les dossiers posant des questions juridiques spécifiques » (*Proposition n° 58*). Au titre du contentieux pouvant indirectement intéresser la famille et plus largement les personnes, de nombreuses propositions pourraient être soulignées, ainsi les propositions de réforme de la voie d'appel, en particulier l'appel voie d'achèvement du litige (*Proposition n° 32*), ou encore la possibilité qui serait donnée aux avocats pour les procédures avec représentation obligatoire, procédures écrites, de plaider par visioconférence (*Proposition n° 61*), l'idée n'est pas inintéressante, sous réserve de bien encadrer le principe du présentiel, dans certains contentieux, comme il existe déjà en d'autres pays, telle l'Espagne. Nous limiterons ici la recension aux propositions ayant une incidence directe avec la famille :

- la déjudiciarisation de l'enregistrement et de la dissolution du PACS au profit des officiers de l'état civil (*Proposition n° 3*) ;

- la déjudiciarisation des demandes de rectification des actes de l'état civil et des décisions déclaratives ou supplétives de l'état civil. Il pourra être statué par le procureur de la République qui donnera les instructions adéquates à l'officier de l'état civil, un recours étant possible devant le juge (*Proposition n° 3*) ;
- en matière de tutelles des majeurs : *élargir les mesures d'accompagnement social personnalisé (MASP) aux pensions de retraite et d'invalidité, ainsi qu'aux salaires ; faire assurer par les conseils généraux, en amont de toute intervention judiciaire, un accompagnement suffisant pour les personnes qui éprouvent des difficultés de gestion et qui souhaitent être aidées, en prévoyant un dispositif d'urgence, afin de favoriser le développement de la tutelle familiale ; développer le mandat de protection future et la possibilité pour les parents de gérer directement l'allocation adulte handicapé perçue par leur enfant devenu majeur lorsqu'ils l'accueillent à leur domicile ; prévoir la possibilité d'une habilitation générale ou spéciale de l'un ou plusieurs des enfants d'une personne devenue hors d'état de manifester sa volonté, après inventaire du patrimoine et en l'absence d'opposition du conjoint et des enfants, lorsqu'aucune procuration n'a été établie en temps utile pour permettre la gestion des biens. Un recours ponctuel au juge restera toutefois nécessaire en cas de conflit entre les descendants ou de décision touchant aux intérêts essentiels de la personne protégée (actes de disposition à titre gratuit et actes à caractère personnel). Les modalités seront celles qui régissent le mandat de protection future. Dans les cas où il apparaît que la situation de la personne protégée est manifestement insusceptible d'amélioration en l'état actuel des données de la science médicale, porter à 20 ans la durée initiale de la mesure de protection. Maintenir l'exigence d'un certificat médical établi par un médecin agréé pour l'ouverture d'une mesure de protection mais autoriser la révision de cette mesure ou la disposition du logement de la personne protégée au vu d'un certificat médical circonstancié du médecin traitant, rédigé selon un modèle pré- établi pour s'assurer qu'y figurent toutes les informations utiles ; décharger le juge de l'obligation d'approuver le budget prévisionnel de la tutelle familiale qui lui sera seulement transmis pour information ; autoriser la notification par lettre simple des ordonnances conformes aux requêtes et qui ne limitent pas l'exercice de droits spécifiquement protégés (Proposition n° 4) ;*
- en matière de tutelles des majeurs et mineurs : autoriser le greffier en chef (ou le greffier juridictionnel) à se faire assister des agents des Finances publiques pour la vérification des comptes de tutelles dans les dossiers les plus complexes (*Proposition n° 4*) ;
- étendre la compétence des conciliateurs de justice au ressort du tribunal d'instance (*Proposition n° 14*) ;
- en matière de médiation, il convient de distinguer les propositions propres à faire avancer la médiation familiale, de celles destinées à élargir les modes négociés de résolution des litiges. La médiation familiale a été fortement développée les années précédentes et il est proposé de poursuivre dans cette voie notamment en généralisant, sans la rendre obligatoire, la double convocation en matière familiale afin de favoriser les démarches de médiation en fournissant aux juridictions des modèles de formulaire et de convention permettant d'asseoir sur des bases précises les partenariats nécessaires et en favorisant à ce stade la présence de l'avocat (*Proposition n° 18*). Afin d'associer les chefs de juridiction au développement de ces modes négociés de résolution des différends, il est demandé de mettre en place deux indicateurs de « performance », le premier consisterait à identifier, parmi les

procédures qui ne se terminent pas par une décision contentieuse mettant fin à l'instance, celles qui trouvent leur terme par un accord, qu'il procède d'une conciliation ou d'une médiation, en distinguant selon la nomenclature des affaires, le second indicateur permettrait de connaître le pourcentage de divorces par consentement mutuel donnant lieu ultérieurement à des instances modificatives relatives à l'exercice de l'autorité parentale. L'idée étant que la baisse du ratio établirait une amélioration de la qualité des accords fondant les divorces par consentement mutuel (*Proposition n° 19*). Le divorce fait l'objet de toutes les attentions des membres de cette commission. Afin d'inciter à la concertation, il faudrait instaurer, dans tous les contentieux engagés devant le juge aux affaires familiales, sauf les divorces par consentement mutuel, un entretien initial confié au greffier juridictionnel (*Proposition n° 20*). Le « greffier juridictionnel » serait un nouveau corps dans les greffes (Proposition n° 45) et lui serait notamment confié « dans les litiges familiaux, hors consentement mutuel, la mission de procéder à un entretien préalable des parties assistées de leurs conseils. Une expérimentation sera mise en œuvre avant généralisation pour évaluer l'utilité de cette proposition et la charge de travail qu'elle induit. Le greffier juridictionnel pourra procéder à un même entretien dans les autres affaires civiles, après sélection des dossiers pour ne l'organiser que dans les cas où il apparaîtra utile, notamment pour vérifier si une tentative d'accord négocié est possible et pour adapter la mise en état aux besoins du litige » (*Proposition n° 46, a*). Cette association des chefs de juridiction, des nouveaux greffiers juridictionnels s'ils étaient institués, ne laisse pas les avocats qui pourraient voir une légère incitation au recours aux solutions amiables par une augmentation du montant de l'aide juridictionnelle accordée en matière familiale aux avocats ou aux structures professionnelles d'avocats ayant consenti, sous le contrôle de leurs ordres, des engagements de disponibilité, de compétence et de formation aux procédures négociées, mais dans une proportion est-il précisé qui « reste à déterminer » (*Proposition n°21*). Développer les modes négociés en intéressant les auxiliaires de justice à y recourir, le concept avait déjà été retenu dans le cadre de la procédure participative. S'agissant cependant de l'aide juridictionnelle, la difficulté réelle est de savoir quels seront les contributeurs définitifs à la dette...L'association des différentes professions du droit pour assurer un développement plus efficace du recours à la résolution amiable est sans nul doute une démarche efficace, faut-il cependant proposer comme il est effectué dans le rapport de créer des « actes de procédure d'avocat » et en proposer une nomenclature incluant les « actes de constatation » ? La solution supposerait bien sûr que les représentants des actes de constatation par excellence, les Huissiers de justice, aient été associés à la réflexion commune ; au demeurant celle-ci est prévue dans l'avenir mais sur la question du barème des significations (*Proposition n° 35*). Il est envisagé pour ces actes de constatation que « le cas échéant » l'avocat ait recours à un technicien, mais il peut également effectuer lui-même les constatations matérielles sur les lieux en lien avec le litige (*Proposition n° 26*). Parmi ces actes de procédure, figurent des « actes de désignation » parmi lesquels la désignation « d'un médiateur judiciaire », à un moment où les professions du droit, avocats, notaires, huissiers de justice mènent d'importantes réflexions sur la médiation, là encore un travail concerté sera utile dans l'avenir ;

- à l'instar de la médiation familiale, il est proposé d'élargir la résolution amiable, et de créer un diplôme d'Etat de médiateur afin de rendre la médiation plus visible (*Proposition n° 15*), de favoriser la culture de la médiation en mettant en place dans les Facultés de droit, à l'ENM et dans les CRFPA un enseignement méthodologique

approprié (*Proposition n° 16*), de développer, en lien avec les perspectives de l'Union européenne, une plateforme de résolution amiable des litiges, règlement en ligne des différends (*Proposition n° 17*). Le greffier juridictionnel, s'il était institué, pourrait se voir confier des entretiens initiaux par catégorie d'affaires, en dehors du contentieux familial, pour orienter vers les modes négociés de règlement (*Proposition n° 27*), et, de façon plus générale, il aurait compétence générale d'homologation en matière gracieuse (*Proposition n° 47*), outre une compétence spécifique pour les domaines visés à la proposition n° 48 ; mais la compétence du greffier juridictionnel irait au-delà avec une liste de compétences particulières (*Proposition n° 50*) parmi lesquelles les compétences aussi diverses que sont la vérification du compte des tutelles ou le recueil du consentement en matière d'assistance médicale à la procréation ;

- de façon plus étonnante, après l'avortement du démariage en mairie, il est proposé de confier le prononcé du divorce par consentement mutuel au nouveau greffier juridictionnel, hybride transgenre du greffier et du magistrat (*Proposition n° 49*), ceci sans qu'il soit distingué selon la présence ou non d'enfants ni la consistance du patrimoine, à défaut d'homologation recours devant le juge ;
- la simplification et rapidité des procédures étant recherchées, il est insisté sur le principe de loyauté, lequel devrait figurer au Code de procédure civile, non plus dans les trois premiers articles, mais au stade de l'échange entre les parties, à l'article 15 (*Proposition n° 28*). Illustration de la loyauté dans la stratégie procédurale, les pouvoirs du notaire sont repensés (*Proposition n° 29 et 30*) et, de façon radicale, il est proposé que « le notaire œuvrant en matière de liquidation-partage d'établir un état liquidatif au vu des seuls éléments d'appréciation communiqués par les parties qui auront comparu devant lui. Après notification par acte extrajudiciaire aux non comparants, avec délai imparti pour présenter leurs contestations, le notaire transmettra son projet au juge devant lequel la situation active et passive ainsi déterminée ne pourra plus être remise en cause, sauf motif légitime dûment justifié ».

L'année 2014 devrait être pleinement utilisée pour travailler chacune de ces propositions, les épurer et les mener éventuellement à l'élaboration d'un texte réglementaire. Ceci s'inscrirait parfaitement dans la loi « famille » annoncée par le gouvernement (AJ Famille 2013, p. 601, Valérie Avena-Robardet) qui a mis en place quatre groupes de réflexions à cette fin (*Communiqué de presse, 21 oct. 2013, Dr. Fam., décembre 2013, alerte 60*) et devrait être mis en contemplation de la réflexion initiée dans le rapport remis par Monsieur le premier président Didier Marshall à Madame la garde des sceaux, en décembre 2013, « Les juridictions du XXIème siècle – une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens et aux métiers de la justice ». La question des juridictions, d'un tribunal de la famille réapparaît et pourrait intéresser directement les contentieux à venir de la famille. Si ce tribunal devait être institué, il aurait pour compétence « (...) notamment du contentieux de la nationalité, du contentieux des nullités de mariage, du contentieux de l'absence, des changements d'état-civil, des procédures déclaratives de naissance et de décès, du contentieux de la filiation, des procédures d'adoption, des actions à fins de subsides, des procédures de déclaration judiciaire d'abandon et des procédures de retrait et de restitution de l'autorité parentale. Ce regroupement correspond déjà au bloc de compétences confié dans de nombreuses juridictions aux pôles de la famille » (spéc. p. 37 s et p. 98 s).

B – Sobriété dans la production législative et réglementaire en 2013

Afin de consolider certains acquis en matière familiale, plusieurs textes ont été adoptés pour respecter le procès équitable et toutes les prérogatives en découlant, faciliter le recours à la médiation familiale en expérimentant devant les juridictions de Bordeaux et d'Arras son caractère obligatoire et ce jusqu'en décembre 2014 (Arrêté 16 mai 2013, n° AFSS1311619A (JO, 31 mai, Dr. famille, 10/2013, alerte 42, Vincent Egéa ; sur la prorogation de la double convocation : décret n° 2013-1280 du 29 déc. 2013), modifier certains actes civils de la famille.

1 – L'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat et les membres de la famille de l'enfant dont la filiation n'est pas établie ou est inconnue

La loi n° 2013-673 du 26 juillet 2013 relative à l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État (JO, 27 juill. ; Dr. fam., 10/2013, comm. 137, Claire Neirinck ; AJ fam. 2013, 462, F. Eudier ; RTD civ. 2013, p. 898, obs. A.-M. Leroyer) vient modifier l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. L'ancien texte en effet, s'il disposait « que le point de départ du délai de trente jours pour saisir le tribunal d'une contestation court à compter de l'admission de l'enfant en qualité de pupille de l'État à titre définitif », ne prévoyait aucune publicité apte à rendre le droit au recours effectif. La disposition avait donc, à l'issue d'une QPC (Cass. 1^{re} civ., 9 avril 2013, n° 11-27071, JCP éd. G. 2013, 700, note Yann Favier ; D. 2013, 1106 nos obs. et 1100, avis P. Chevalier ; AJ fam. 2013, 308, obs. P. Salvage-Gerest ; RTD civ. 2013, 589, obs. J. Hauser), été déclarée inconstitutionnelle : « « Considérant, toutefois, que, si le législateur a pu choisir de donner qualité pour agir à des personnes dont la liste n'est pas limitativement établie et qui ne sauraient, par conséquent, recevoir toutes individuellement la notification de l'arrêté en cause, il ne pouvait, sans priver de garanties légales le droit d'exercer un recours juridictionnel effectif, s'abstenir de définir les cas et conditions dans lesquels celles des personnes qui présentent un lien plus étroit avec l'enfant sont effectivement mises à même d'exercer ce recours ; que, par suite, les dispositions du premier alinéa de l'article L. 224-8 du code de l'action sociale et des familles méconnaissent les exigences de l'article 16 de la Déclaration de 1789 et doivent être déclarées contraires à la Constitution » (Déc. n° 2012-268 QPC du 27 juillet 2012 : A. Niemec-Gombert, LPA 22 octobre 2012 n° 211, p. 6 ; A. Batteur, EDFP 20 octobre 2012 n° 9, p. 2).

Désormais, l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat devra être notifié aux parents de l'enfant, en l'absence d'une déclaration judiciaire d'abandon ou d'un retrait total de l'autorité parentale, et, s'ils ont manifesté un intérêt pour l'enfant auprès du service de l'aide sociale à l'enfance avant la date de cet arrêté, aux membres de la famille de l'enfant, au père de naissance ou aux membres de la famille de la mère ou du père de naissance lorsque l'enfant a été admis en qualité de pupille de l'Etat alors que sa « filiation n'est pas établie ou est inconnue » et qu'il a été recueilli « par le service de l'aide sociale à l'enfance depuis plus de deux mois » (CASF, art. L. 224-4, 1°), ou encore toute personne ayant assuré la garde de droit ou de fait de l'enfant. Dans tous les cas, le requérant doit demander à assumer la charge de l'enfant pour que sa demande soit jugée recevable.

La nouvelle rédaction du texte, si elle permet le droit à un recours effectif, aboutit également à cette incongruité verbale d'une filiation non établie ou inconnue où l'on connaît cependant les membres de la famille. Le douloureux cas des accouchements sous X trouve ici solution. Désormais, toute personne justifiant d'un lien biologique de filiation avec l'enfant pourra bénéficier d'un recours, sous réserve de prouver de qui l'enfant est

accouché. On notera, enfin, le maintien de la flexibilité du texte s'agissant des titulaires du droit d'action puisque les liens de fait avec l'enfant peuvent donner lieu au droit de recours. La question reste toujours celle de l'intérêt de l'enfant ! (CEDH, 26 sept. 2013, n° 4962/11, Zambotto Perrin c/ France, RTD civ. 2013, 829, obs. J. Hauser ; AJ fam. 2013. 633, obs. E. Viganotti).

2 – Le livret de famille depuis la loi du 17 mai 2013 relative au mariage entre personnes de même sexe

Le mariage entre personnes de même sexe institué par la loi du 17 mai 2013, après saisine du Conseil constitutionnel (Cons. const. 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, RTD civ. 2013, 579, obs. J. Hauser ; D. 2013, 1643, F. Dieu ; AJ fam. 2013, 332, étude F. Chénéde ; Constitutions 2013, 166, obs. A.-M. Le Pourhiet ; sur la question : La réforme du mariage – Prospectives en matière familiale, ss dir. M. Douchy-Oudot, éd. DMM 2013) supposait nécessairement une modification des actes de l'état-civil, et également du livret de famille. Ce fut chose faite quelques jours après l'adoption de la loi par l'arrêté du 24 mai 2013 (JUSC1310146A). Il appartiendra de compléter le nouveau livret en fonction du sexe des intéressés.

II – Contentieux 2013 : quelques rappels de procédure

A – Le contentieux intéressant le couple

1 - Ce qui est nul ne produit aucun effet : bigamie et nullité du mariage

- de l'ordre procédural des questions à trancher

La Cour de cassation est appelée une nouvelle fois à statuer sur des questions de bigamie où l'ordre procédural des questions, mais aussi les effets de la nullité du mariage sont essentiels. La solution est claire : « la nullité du premier mariage entraînant sa disparition rétroactive, le second mariage célébré entre les mêmes personnes ne peut être annulé du chef de bigamie, quand bien même la nullité du premier serait prononcée après la célébration du second » (Cass.1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041). La cour d'appel avait jugé que la validité du second mariage devait s'apprécier au jour de sa célébration pour conclure à la nullité du chef de bigamie. C'était oublier l'effet rétroactif radical de la nullité du premier mariage anéanti dans son existence même. La réécriture du passé est donc possible en droit. Pour ce faire, encore fallait-il respecter un ordre chronologique dans les demandes (Dr. Fam., 11/2013, comm. 148, J.-R. Binet ; déjà : Cass. 1^{re} civ., 26 oct. 2011 n° 10-25285, : Bull. civ. 2011, I, n° 184; D. 2012, p. 258, note G. Raoul-Corneil ; p. 974, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; p. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; RTD civ. 2012, p. 94, obs. J. Hauser ; Dr. famille 2012, comm. 2, V. Larribau-Terneyre). En l'occurrence, la juridiction, saisie à titre principal de la nullité du second mariage par le procureur de la République, a tranché la demande formée à titre reconventionnel de la nullité du premier mariage. L'ordre logique, et un jeu de dominos devait s'ensuivre, puisque ce qui est nul ne produit aucun effet.

- de l'absence d'effet du mariage annulé

Pour la même raison, la nullité d'un mariage, sans maintien d'effets putatifs, conduit à la disparition de la déclaration de nationalité française (Cass. 1^{re} civ., 13 févr. 2013, n° 12-17.645, Dr. fam. 04/2013, comm. 49, V. Larribau-Terneyre).

- *du délai de prescription de l'action en nullité de mariage*

Deux enseignements d'un arrêt de la Cour de cassation en matière de nullité du mariage : « la loi du 17 juin 2008 a maintenu à trente ans le délai de prescription applicable à l'action en nullité absolue du mariage ; (...) la règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure, ne s'applique pas lorsque le titulaire de l'action disposait encore, au moment où cet empêchement a pris fin, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription » (Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-15001, RTD civ. 2013, 578, obs. J. Hauser; D. 2013, 1410 et 2050, C. Capitaine et I. Darret-Courgeon ; AJ fam. 2013, 449, obs. C. Gatto).

2 - La prime au maintien du lien matrimonial : demande reconventionnelle en séparation de corps invoquée pour la première fois en appel

Pour surprenant qu'il soit, parce qu'il est une faveur au maintien du lien matrimonial ce qui dans le contexte législatif actuel mérite d'être souligné, l'article 1076 du Code de procédure civile est clair : « L'époux qui présente une demande en divorce peut, en tout état de cause, et même en appel, lui substituer une demande en séparation de corps. La substitution inverse est interdite ». Il s'est pourtant trouvé une cour d'appel pour déclarer une demande reconventionnelle en séparation de corps irrecevable au motif qu'elle était formulée pour la première fois devant elle. La cassation ne s'est pas faite attendre (Cass. 1^{re} civ., 25 sept. 2013, n° 12-22362, Dr. Fam., 11/2013, comm. 150, J.-R. Binet ; RTD civ. 2013, 825, obs. J. Hauser ; AJ fam. 2013, 636, obs. S. Thouret).

3 - Quel fondement pour le divorce ? Passerelle et prohibition des demandes subsidiaires

L'article 1077 du Code de procédure civile dispose que « La demande ne peut être fondée que sur un seul des cas prévus à l'article 229 du Code civil. Toute demande formée à titre subsidiaire sur un autre cas est irrecevable. Hormis les cas prévus aux articles 247 à 247-2 du Code civil, il ne peut, en cours d'instance, être substitué à une demande fondée sur un des cas de divorce définis à l'article 229 du Code civil une demande fondée sur un autre cas ». L'article 247-2 CC est l'une des « passerelles » qui permet de changer de fondement en cours d'instance : « Si, dans le cadre d'une instance introduite pour altération définitive du lien conjugal, le défendeur demande reconventionnellement le divorce pour faute, le demandeur peut invoquer les fautes de son conjoint pour modifier le fondement de sa demande ».

La modification de la demande du conjoint ayant, à titre reconventionnel, opposé un divorce aux torts exclusifs à la demande principale de son époux en divorce pour altération du lien conjugal, permet-elle à celui qui a opposé les torts partagés de conserver

le fondement principal de l'altération définitive du lien conjugal ? (voir l'analyse fort argumentée et convaincante de Sylvain Thouret : JCP éd. G. 2013, 1130).

La Cour rappelle que si les demandes subsidiaires sont prohibées lors d'un divorce, l'époux ne pouvant invoquer plusieurs causes de divorce, en revanche les dérogations prévues à l'article 1077, al. 2 CPC permettent de conclure que « l'article 247-2 du Code civil ouvre au demandeur la possibilité de solliciter le prononcé du divorce aux torts partagés pour le cas où la demande reconventionnelle en divorce pour faute de son conjoint serait admise, sans le contraindre à renoncer à sa demande principale en divorce pour altération du lien conjugal, pour le cas où cette demande reconventionnelle serait rejetée » (Cass. 1re civ., 11 sept. 2013, n° 11-26.751, RTD civ. 2013, 824, obs. J. Hauser ; D. 2013, 2831, note T. Douville et L. Mauger-Vielpeau ; AJ fam. 2013. 633, obs. S. David ; Procédures, 11/2013, comm. 313, nos obs.).

4 - Divorce et force de chose jugée

- *lorsque le divorce est principalement une question d'argent*

Un époux peut employer des biens communs pour faire des apports en société (CC, art. 1832-2) sans que l'autre époux n'acquière automatiquement la qualité d'associé. Il est cependant prévu à l'alinéa 3 que « la qualité d'associé est également reconnue, pour la moitié des parts souscrites ou acquises, au conjoint qui a notifié à la société son intention d'être personnellement associé. Lorsqu'il notifie son intention lors de l'apport ou de l'acquisition, l'acceptation ou l'agrément des associés vaut pour les deux époux », sans préjudice d'éventuelles clauses d'agrément.

Lors d'un divorce, le conjoint peut-il encore prétendre obtenir cette qualité ? La réponse est affirmative tant que le prononcé du divorce n'est pas passé en force de chose jugée (Cass. com., 14 mai 2013, n° 12-18103, Droit de la famille n° 9, Septembre 2013, comm. 120 Dr. fam., 09/2013, comm. 120, S. Torricelli-Chrifi)

- *incidence de l'appel général*

Le prononcé du divorce n'a pas force de chose jugée lorsqu'un appel général a été formé contre la décision de première instance, quand bien même les conclusions auraient été limitées à certains chefs du jugement contesté (Cass. 2e civ., 31 janv. 2013, n° 11-29.004, Procédures 04/2013, comm. 109, nos obs ; Dr. fam. 03/2013, comm. 38, V. Larribau-Terneyre). Il n'y a pas acquiescement des points non critiqués, car la dévolution s'est opérée pour le tout. Il faudra attendre l'arrêt d'appel pour que la force de chose jugée soit acquise.

5 - Indivisibilité du prononcé du divorce et de ses conséquences, quand une réouverture des débats est ordonnée sur les seules conséquences

Un juge aux affaires familiales prononce le divorce des époux pour altération définitive du lien conjugal, mais il ordonne la réouverture des débats afin de permettre à l'épouse de conclure sur les conséquences du divorce. La décision est confirmée en appel, qui renvoie pour les conséquences du divorce devant le premier juge. Un second jugement est rendu sur la seule question de la prestation compensatoire laquelle est attribuée à l'épouse et fait l'objet d'un appel confirmatif. Pouvait-on dissocier l'action en divorce de ses conséquences, en l'occurrence la prestation compensatoire ? Il faut, en principe, que les conséquences du divorce soient envisagées au moment de l'action en divorce pour

éviter que le contentieux des effets du divorce ne durent (M. Kebir, Dalloz Action 2013, 2 oct.). La difficulté provient en l'espèce de la réouverture des débats ayant abouti à dissocier prononcé du divorce et prestation. L'époux peut-il dénoncer la violation du principe d'indivisibilité entre l'action en divorce et la demande de prestation compensatoire lorsque l'arrêt d'appel ayant renvoyé devant les premiers juges pour qu'il soit statué sur celle-ci est devenu irrévocable ? La réponse est négative « étant devenu irrévocable, en l'absence de pourvoi formé contre lui, il ne saurait être fait grief à la cour d'appel d'avoir statué en exécution de cet arrêt » lorsqu'elle est saisie une seconde fois à propos du seul jugement ayant octroyé la prestation compensatoire. Il appartenait en somme à l'époux d'agir dans les temps contre le premier arrêt d'appel (Cass. 1re civ., 11 sept. 2013, n° 12-15.013, AJ fam. 2013. 575, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2013, 824, obs. J. Hauser ; Procédures, 11/2013, comm. 314, nos obs.).

6 - Révision par le juge d'une prestation compensatoire fixée dans une convention homologuée

« Sauf nouvelle convention modifiant la convention de divorce homologuée lors de son prononcé, seule la révision des modalités de paiement de la prestation compensatoire en capital peut être ordonnée » (Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-25753, AJ fam. 2013, 637, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2013, 822, obs. J. Hauser). Le juge ne peut ordonner sous astreinte la souscription d'un contrat garantissant le paiement de la prestation restant due.

7 - Compétence du juge chargé du divorce, vers un juge unique du droit extrapatrimonial et patrimonial de la famille

On se souvient des arrêts importants et controversés du mois de novembre 2012 (nos obs. Procédures 2013, comm., 19 ; J. Combret et N. Baillon-Wirtz, Liquidation et partage après divorce : une réforme urgente s'impose, Dr. fam. 2013, Etude 6) : Le juge du divorce peut désigner le notaire chargé de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux (1^{re} esp. ; déjà : Cass. 1^{re} 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 (2^e 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 (3^e esp.). La solution est entérinée par la Cour de cassation en 2013 : «le juge, en prononçant le divorce des époux, ordonne la liquidation et le partage de leurs intérêts patrimoniaux et, le cas échéant, désigne un notaire » (Cass. 1^{re} civ., 11 sept. 2013, n° 12-18.412, RTD civ. 2013, 826, obs. J. Hauser ; AJ fam. 2013, p. 585, S. Ferré-André).

Au-delà de cette question, semble se dessiner un juge du divorce chargé des questions d'ordre patrimonial et extrapatrimonial, afin de concentrer le contentieux. La Cour a ainsi jugé qu'« il entre dans les pouvoirs dévolus au juge aux affaires familiales de se prononcer sur le régime matrimonial des époux », ce qui lui donne également compétence pour déterminer, lorsque le mariage est contracté entre étrangers comme en l'espèce, la loi applicable au régime matrimonial (v. analyse de Laurent Abadie, sous Cass. 1^{re} civ., 20 mars 2013, n° 11-27845, Dr. fam. 06/2013, comm. 97).

B – Le contentieux intéressant l'enfant

1 - Computation des délais en matière de filiation

- la règle générale de l'article 2222, al. 2 CC

L'article 2222, alinéa 2, du Code civil pose une règle générale en matière de prescription qui s'applique au droit de la filiation (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 11-28.780, D. 2013, 706 et 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013, 238 ; Procédures 05/2013, comm. 156, nos obs.). Il dispose, depuis la loi du 17 juin 2008, « en cas de réduction de la durée du délai de prescription ou du délai de forclusion, ce nouveau délai court à compter du jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sans que la durée totale puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure ». Les faits étaient les suivants : un enfant né le 3 décembre 1988, reconnu par le père, le 20 juillet 1990. Le 9 et 16 juillet 2007, soit dix-sept ans après, le père exerce une action en contestation de paternité. Cette action en contestation, par application des articles 334 et 321 CC, peut être exercée pendant un délai de dix ans « à compter du jour où la personne a été privée de l'état qu'elle réclame, ou a commencé à jouir de l'état qui lui est contesté ». Fallait-il appliquer le nouveau délai directement au motif que l'action en contestation était intentée un an après l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 juillet 2005 ? La réponse est négative, par application de l'article 2222, al. 2 CC, le demandeur disposait sur les trente ans de la prescription antérieure qui l'aurait conduit à 2018, du nouveau délai plus court de dix ans courant à compter du 1^{er} juillet 2006 et aboutissant au 1^{er} juillet 2016. L'action diligentée en 2007 n'était donc pas prescrite, elle entrait dans le nouveau délai de dix ans, sans excéder la durée totale prévue par la loi antérieure.

- Point de départ du délai de l'action en contestation de paternité lorsque le titre est conforme à la possession d'état

Lorsque la possession d'état est conforme au titre, la filiation peut seulement être contestée dans un délai de cinq ans, que le législateur pour les enfants nés avant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, fait courir au 1 juillet 2006 date de son entrée en vigueur. Il s'ensuit que « le délai de cinq ans prévu par l'alinéa 2 de l'article 333 du code civil court à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, le 1^{er} juillet 2006 ; que, selon le dossier de la procédure, l'administrateur ad hoc désigné pour représenter le mineur a été attrait à l'instance le 16 avril 2010 ; qu'ainsi, c'est avant l'expiration de ce délai qu'a été appelé à l'instance l'administrateur ad hoc désigné, comme l'exige toute contestation de filiation, pour représenter le mineur » (Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2013, n° 12-19.269, JCP éd. G. 2013, 1197). Ceci a pour effet de permettre la remise en cause de filiation dont le titre et la possession d'état sont conforme depuis plus de cinq ans avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Autrement dit, la consolidation du lien de filiation poursuivi par l'ordonnance de 2005 n'a pas d'effet rétroactif. Les intéressés doivent bénéficier d'un recours effectif pour pouvoir contester la filiation (Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2013, n° 12-15.017, D. 2013, 639 et 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 2013, 238, obs. E. Viganotti).

2 - Rôle du ministère public en matière d'adoption internationale

A propos d'une adoption en Côte d'Ivoire, par application de l'article 38 de l'accord de coopération judiciaire franco-ivoirien du 24 avril 1961 et des articles 422 et 423 du Code de procédure civile, il est rappelé par la Cour de cassation que « l'exequatur est accordé par le président du tribunal de grande instance qui est saisi et statue suivant la forme des

référés ; qu'en l'absence de partie défenderesse, le demandeur doit faire assigner le ministère public en tant que contradicteur légitime » (Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2013, n° 12-30.134, Procédures 5/2013, comm. 155, nos obs.). Le ministère public est garant des intérêts du plus faible, il doit plus généralement encore avoir communication de toute affaire relative à la filiation (v. Cass. 1^{re} civ., 27 févr. 2013, n° 11-25.536).

3 - Lorsque la fraude à la loi est un obstacle à la reconnaissance juridique du lien biologique de filiation paternelle : nullité de la reconnaissance paternelle et gestation pour autrui

« (...) L'action en contestation de paternité exercée par le ministère public pour fraude à la loi, fondée sur l'article 336 du Code civil, n'est pas soumise à la preuve que l'auteur de la reconnaissance n'est pas le père au sens de l'article 332 du même code ; qu'ayant caractérisé la fraude à la loi commise par M. X., la cour d'appel en a exactement déduit que la reconnaissance paternelle devait être annulée » (Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-18315, Procédures, 11/2013, comm. 315, nos obs. et également : 2^{nde} esp. Cass. 1^{re} civ., 13 sept. 2013, n° 12-30138, Dr. Fam., 11/2013, comm. 151, Claire Neirinck ; JCP éd. G 2013, 985, note Aude Mirkovic). En l'occurrence, le processus de gestation de l'enfant reposait sur une pratique prohibée en France par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, peu important que la conception de l'enfant ait été réalisée à partir des gamètes de l'auteur de la reconnaissance. *Fraus omnia corrumpit* (sur la fraude à la loi, v. I. Barrière Brousse, Les répercussions sur la réforme de l'adoption in *La réforme du mariage. Perspectives en matière familiale* : éd. DMM 2013, p. 123 et s.).

4 - Pouvoir de la cour d'appel en matière d'assistance éducative, conséquences de l'effet dévolutif

La solution n'est pas nouvelle (Civ. 1^{re}, 20 oct. 2010, n° 09-68.141, D. 2011, 574, note M. Huyette ; 622, N. Auroy et C. Creton, et 1107, nos obs.) - « si le juge des enfants peut à tout moment modifier ou rapporter ses décisions, il incombe à la cour d'appel de se placer au moment où elle statue pour apprécier les faits » (Civ. 1^{re}, 28 mars 2013, n° 11-28.301, AJ fam. 2013, 297, obs. É. Durand) – est-elle pour autant pertinente ? L'urgence des situations propre à l'assistance éducative pourrait justifier un système dérogatoire à construire au plan procédural (voir analyse de Jean Hauser, RTD civ. 2013, 365).

5 - Le droit du mineur d'être entendu par le juge tout comme le droit à l'assistance d'un avocat ne seront pas le cheval de Troie permettant la cassation

Ne peut reprocher à une cour d'appel de n'avoir pas vérifié si le mineur avait été informé de son droit à être entendu par le juge et assistée d'un avocat, le père de l'enfant qui n'avait pas invoqué ce défaut d'information devant les juges du fond (Cass. 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-17275).

6 - Nullité d'un acte à titre onéreux et insanité d'esprit, le caractère effectif du recours des héritiers

L'article 414-2 CC en limitant le droit d'agir des héritiers du défunt à certaines situations précisément déterminées ne porte pas atteinte au droit à un recours effectif de ceux-ci (Cons. const., déc. 17 janv. 2013, n° 2012-288 QPC, Dr. fam. 03/2013, comm. 46, Ingrid

Maria). Le Conseil constitutionnel applique un double critère pour apprécier le bien-fondé de la limitation au droit d'agir : la privation du droit au juge ne doit pas être absolue, en l'occurrence les héritiers conservent le droit d'agir en cas d'insanité d'esprit du défunt ; un rapport de proportionnalité, ensuite, doit exister entre les moyens employés et le but poursuivi, ce qui est constaté expressément : « le législateur a entendu assurer un équilibre entre, d'une part, les intérêts des héritiers et, d'autre part, la sécurité des actes conclus par le défunt et en particulier des transactions ; qu'il a également entendu, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, éviter les difficultés liées à l'administration de la preuve de l'état mental d'une personne décédée » (Procédures, 03/2013, comm. 75, nos obs.).