



HAL
open science

Contentieux familial janvier 2015 -décembre 2015

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial janvier 2015 -décembre 2015. Recueil Dalloz, 2016. hal-04015358

HAL Id: hal-04015358

<https://hal.science/hal-04015358>

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 2015 - décembre 2015

**Mélina Douchy-Oudot, Professeur à l'Université de Toulon, UMR-CNRS DICE 7318,
Avocat au Barreau de Toulon**

L'essentiel

La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures (JO du 17 fév., p. 2961) a donné le ton d'une année qui s'est achevée sur l'ordonnance du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille (JO du 16 oct., p. 19304 ; G. Raoul-Cormeil, « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », D. 2015, 2335 ; A. Batteur, T. Douville, « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », D. 2015, 2330 ; S. Thouret, « Le juge du divorce et de la liquidation », AJ fam. 2015, 598 ; T. Douville, « Les pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après l'ordonnance du 15 octobre 2015 », GP 19 novembre 2015, n° 323, p. 4 ; V. Dervieux, « Procédure pénale et mesure d'habilitation familiale », GP 24 octobre 2015, n° 297, p. 15 ; notre étude : « La simplification et la modernisation de la famille par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », Procédures 2016, n° 1) entrée en vigueur pour certaines de ces dispositions au 1^{er} janvier 2016. Le pont est désormais solide de la procédure au fond. Le décret n° 2015-282 du 11 mars 2015 a ajouté un fondement à la traverse en imposant, au moins textuellement, les tentatives de résolution amiable avant tout recours contentieux par la modification des articles 56 à 58 CPC récapitulant les différents modes de saisine des juridictions. Au-delà de ces modifications législatives, la jurisprudence en matière familiale reste relativement stable, la gestation pour autrui pratiquée à l'étranger progresse dans la reconnaissance qui en est faite sur le territoire français, et le mariage pour tous devient un mariage protégé au titre de l'ordre public international. Rien que de très convenu en définitive...à l'exception du PACS qui reste résolument rattaché au droit des contrats et n'intègre toujours pas l'état des personnes.

I – Les liens de famille devant les juridictions

A – Parentés

1 – Les ascendants

- **La qualité de grand-mère, une qualité insuffisante pour obtenir délégation de l'autorité parentale sur l'enfant : Civ. 1^{re}, 23 septembre 2015, n° 14-16425 à propos de la contestation d'un arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat (AJ Fam. 2015, 606, P. Salvage-Gerest)**

Après que des parents aient fait l'objet d'un placement en détention provisoire pour maltraitance à l'égard de leur enfant, puis aient été condamnés pour violences habituelles sur celle-ci par le tribunal correctionnel ayant prononcé le retrait total de l'autorité parentale, l'enfant a été admise en qualité de pupille de l'Etat sur le fondement de l'article 224-4, 5° CASF.

Sa grand-mère maternelle a formé un recours en annulation contre l'arrêté demandant délégation d'autorité parentale et d'hébergement. Ses demandes ayant été rejetées, elle forme un pourvoi en cassation. Il est fait grief à l'arrêt d'avoir statué en examinant seulement l'intérêt de l'enfant, alors qu'au regard des articles L. 224-4, L.224-8 CASF et 380 CC, seule la juridiction qui prononce le retrait de l'autorité parentale « que les enfants dont les parents ont fait l'objet d'un retrait total de l'autorité parentale ne peuvent être admis en qualité de pupilles de l'Etat que s'ils ont été confiés à l'Aide sociale à l'enfance par la juridiction même qui a statué sur le retrait de l'autorité parentale ». Sur l'intérêt de l'enfant, ensuite, il est reproché aux juges du fond d'avoir refusé la demande au seul motif de l'absence de contacts actuels de l'enfant avec sa grand-mère, sans rechercher « s'il n'existait pas entre elles une potentialité de développer des relations personnelles caractérisant une vie familiale projetée » violant ainsi l'article 8 de la CESDH. Pour rejeter le pourvoi, la Cour retient que « ni ce placement ni le retrait de l'autorité parentale, prononcé par la juridiction pénale à l'égard des deux parents, dans les conditions de l'article 378 du code civil, n'était contesté » et qu'elle pouvait donc statuer sur la demande d'annulation de l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'Etat en considération du seul intérêt de l'enfant. Il est jugé ensuite que l'enfant n'ayant pas vu sa grand-mère depuis quatre ans, un simple droit de visite suffisait à permettre le respect de la vie privée et familiale des intéressées. L'enfant avait en l'espèce été remis à l'aide sociale à l'enfance par le procureur de la République dès la détention provisoire des parents, puis fait l'objet d'un placement par le juge des enfants. La qualité de grand-mère maternelle, en l'absence de liens existants avec l'enfant depuis la naissance, ne suffisait pas à justifier la délégation de l'autorité parentale à son profit.

2 – Les descendants

- **La disparition de la qualité de père insuffisante à justifier la rupture des liens avec l'enfant : CEDH, 16 juillet 2015, n° 39438/13, affaire Nazarenko c/ Russie (AJ Fam. 2015, 490, E. Viganotti)**

A un moment où les juristes s'interrogent sur ce qui fait la filiation, la Cour européenne rappelle qu'indépendamment de la véracité du lien biologique, l'enfant a le droit de maintenir des relations personnelles avec des tiers. En l'occurrence, l'absence de filiation biologique a été révélée à l'égard du requérant et consécutivement, conformément au droit russe, toutes relations ont été rompues avec celle qu'il élevait depuis cinq ans. « La Cour estime qu'en ce qui concerne les droits de visite, l'intérêt supérieur d'un enfant ne peut être objectivement déterminé au regard d'une disposition juridique à caractère général. Pour que les droits de toutes les personnes concernées soient évalués de manière objective, les circonstances particulières de l'espèce doivent être examinées. En conséquence, on peut interpréter l'article 8 comme imposant aux États membres l'obligation d'examiner au cas par cas la question de savoir s'il est dans l'intérêt supérieur d'un enfant de demeurer en contact avec la personne qui a pris soin de lui pendant une durée suffisamment longue, qu'il soit ou non lié biologiquement à cette personne. En refusant au requérant le droit de demeurer en contact avec A. (l'enfant) sans examiner la question de savoir si ce contact aurait été dans l'intérêt supérieur de A., la Russie a manqué à cette obligation ». La vie familiale et les cercles de proximité autour de l'enfant vont au-delà des liens biologiques.

- **Le droit à la reconnaissance juridique de sa filiation, vie privée et expertise biologique : CEDH, 25 juin 2015, n° 22037/13, affaire Canonne c/ France (AJ Fam. 2015, 499, S. Le Gac-Pech)**

Si, en théorie, il est possible de refuser de se soumettre à une expertise génétique en raison du principe d'inviolabilité du corps humain, en pratique, il appartient au juge d'apprécier les conséquences de ce refus et d'établir la filiation la plus vraisemblable. L'article 16-11, al. 2 CC dispose que pour l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques « [...] *Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli* [...] ». Mais chacun sait que depuis un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 mars 2000, l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf motif légitime (n° 98-12806, Bull. civ., I, n° 103 ; JCP 2000, II, 10409, concl. Petit ; RTD civ. 2000, 304, obs. J. Hauser ; Defrénois 2000, 769, obs. J. Massip ; Daburon, « Le nouveau poids de l'expertise sanguine en matière de filiation », LPA, 27 nov. 2000, p. 13. V. égal. Ass. plén. 23 nov. 2007, n° 06-10039, Bull. civ., n° 8 ; AJ fam. 2008, 36, obs. F. Chénéde). En l'occurrence, le petit-fils de l'inventeur des pastilles Valda a fait l'objet d'une action en recherche de paternité et a refusé de se soumettre à une identification par empreinte génétique. Sa paternité ayant été établie, il saisit la Cour européenne en arguant de la violation de sa vie privée et familiale protégée par l'article 8 CESDH. La Cour se livre à son habituel contrôle de proportionnalité. Après avoir relevé que « que la reconnaissance par les juridictions internes d'un lien de filiation entre Éléonore P. et le requérant sur le fondement notamment de son refus de se soumettre à l'expertise génétique qu'elles avaient ordonnée, s'analyse en une ingérence dans l'exercice par ce dernier du droit au respect de la vie privée que garantit cette disposition » (§26), elle observe que l'ingérence était bien prévue par la loi à l'article 340 CC, que le but poursuivi entre dans l'une des causes justifiant l'atteinte au droit considéré en l'occurrence la « protection des droits et libertés d'autrui » puisqu'il s'agissait de protéger « non seulement le droit de chacun de connaître son ascendance, mais aussi le droit à la reconnaissance juridique de sa filiation » (§28) et enfin qu'elle était nécessaire dans une société démocratique s'agissant de mettre en balance les droits fondamentaux concurrents de deux individus. Pour conclure au rejet de la requête, la Cour relèvera que les juges nationaux ne se sont pas fondés pour établir la paternité sur le seul refus du requérant de se soumettre à l'expertise génétique, mais sur un ensemble de faits constitués au dossier.

- **La transcription de l'acte de naissance non falsifié à l'état civil en présence d'une gestation pour autrui à l'étranger : Ass. Plén., 3 juillet 2015, n° 15-50.002 n° 14-21.323**

La solution est désormais claire, au visa « de l'article 47 du code civil et l'article 7 du décret du 3 août 1962 modifiant certaines règles relatives à l'état civil, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », « l'acte de naissance concernant un Français, dressé en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays, est transcrit sur les registres de l'état civil sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». Il s'ensuit, toujours selon les termes de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, qu'un arrêt qui pour

refuser la transcription, retient qu'il existe un faisceau de preuves de nature à caractériser l'existence d'un processus frauduleux, comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui conclue entre le père et la mère, doit être cassé dès lors que la cour d'appel « n'avait pas constaté que l'acte était irrégulier, falsifié ou que les faits qui y étaient déclarés ne correspondaient pas à la réalité ».

En l'espèce, l'acte de naissance dressé à Moscou avait désigné comme père le français ayant eu recours à la gestation pour autrui et ayant donné ses gamètes, et comme mère celle dont l'enfant était accouché, la mère de substitution.

La dernière étape consistera sans doute pour les juridictions, à moins qu'il ne soit renvoyé au législateur par les juges, à autoriser l'établissement du lien de filiation adoptive à l'égard du conjoint du père ayant obtenu transcription, au moyen de l'adoption simple. La fraude ne corrompt manifestement plus tout ! (déjà : C. Neirinck, « L'adoption plénière par l'épouse de la mère : la marée noire de l'appel », Dr. fam. 2015, étude 12 et la jurisprudence citée).

3 – Les collatéraux

- **Le lien de fratrie et le maintien du bail : Civ. 3^{ème}, 25 mars 2015, n° 14-11043**

La Cour de cassation retient une conception familiale de la notion de ménage pour autoriser le maintien du bail, au visa des articles 14 et 40 de la loi du 6 juillet 1989, dans le cadre de logement HLM au bénéfice d'une fratrie lors du décès de leurs parents précisant « qu'aucun texte ne faisait obstacle à ce que le bail puisse faire l'objet d'un transfert commun aux trois frères et sœur qui vivaient ensemble dans les lieux depuis de nombreuses années et que le ménage devait être entendu dans son acception de cellule économique et familiale, la cour d'appel, qui a relevé que le logement de quatre pièces était adapté à la taille d'un ménage d'au moins trois personnes et que les ressources des demandeurs ne dépassaient pas le plafond fixé pour l'attribution d'un logement HLM, en a exactement déduit que la demande de transfert de bail formée conjointement par MM. et Mme Abdelkader, Souméa et Mohamed X... devait être accueillie ».

B – Conjugalités

1 – La séparation de corps

- **Demande principale en séparation et demande reconventionnelle en divorce, sur l'ordre d'examen des demandes : Civ. 1^{re}, 28 mai 2015, n° 14-10868 (JCP G 2015, 857, note J. Hauser ; Procédures, 08/2015, comm. 267, nos obs.)**

La solution est classique, lorsque concurremment une demande en divorce et une demande en séparation de corps sont présentées, le juge examine en premier lieu la demande en divorce et y fait droit si les conditions en sont réunies (CC, art. 297-1, al. 1^{er}). La difficulté tenait ici au fait que la demande en divorce était une demande reconventionnelle en divorce pour altération définitive du lien conjugal, l'assignation, elle, avait été faite par l'épouse en séparation de corps pour faute. Or, pour pouvoir prononcer le divorce, le juge doit vérifier, conformément à l'article 238 CC, que la séparation des époux a duré deux ans à compter de l'assignation en divorce. En l'occurrence, il n'y avait point d'assignation en divorce, mais seulement une demande reconventionnelle. La Cour approuve la cour d'appel d'avoir décompté

le délai non du jour de l'assignation en séparation de corps, mais du jour de la demande reconventionnelle.

2 – La rupture du lien

- **La date de saisine de la juridiction : Civ. 1^{re}, 28 mai 2015, n° 14-13.544 (AJ Famille 2015, 402, obs. S. Thouret ; Procédures, 08/2015, comm. 266, nos obs.)**

L'article 1113, alinéa 2, CPC dispose « en cas de réconciliation des époux ou si l'instance n'a pas été introduite dans les trente mois du prononcé de l'ordonnance, toutes ses dispositions sont caduques, y compris l'autorisation d'introduire l'instance ». La date de l'introduction de l'instance est déterminante. La Cour de cassation rappelle que « lorsqu'une demande est présentée par assignation, la date d'introduction de l'instance doit s'entendre de la date de l'assignation, à condition qu'elle ait été remise au secrétariat-greffe » (déjà : Cass., avis, 4 mai 2010, n° 10-00002, RTD civ. 2010, 535, obs. J. Hauser ; RTD civ. 2010, 614, obs. R. Perrot ; D. 2011, 1107). Il s'agit donc de la date de la délivrance de l'assignation sous réserve d'enrôlement.

- **La transcription d'un jugement de divorce met fin à la cotitularité du bail : Civ. 1^{re}, 22 octobre 2015, n° 14-23726 (AJ Fam. 2015, 682, obs. F. Bicheron ; JCP G 2015, 1200, note C. Coutant-Lapalus)**

Le demandeur au pourvoi, une SCI Bailleresse, soutenait que l'ex-époux était redevable des loyers dus depuis le jour du décès de son ex-épouse en septembre 2010 jusqu'à la date de restitution des clés en mai 2011. A ce titre, il invoquait le principe selon lequel chaque colocataire d'un bail d'habitation demeure redevable du paiement des loyers tant que le bail n'a pas été résilié. Autrement dit, si la transcription du jugement prononçant le divorce met fin à la cotitularité légale prévue à l'article 1751 CC, en aucun cas elle ne mettrait fin à l'engagement conventionnel de chacun des époux résultant de la signature du bail par chacun des époux. En somme, la transcription du jugement de divorce était sans incidence sur la qualité conventionnelle de colocataire. L'argumentation est rejetée, la Cour juge que « la transcription du jugement de divorce ayant attribué le droit au bail à l'un des époux met fin à la cotitularité du bail tant légale que conventionnelle » et approuve la cour d'appel d'avoir relevé consécutivement que l'époux n'était plus titulaire à compter de la transcription du jugement de divorce sur les registres de l'état civil.

- **La demande de report des effets du divorce n'est pas une demande nouvelle en appel : Civ. 1^{re}, 11 févr. 2015, n° 13-26390, AJ fam. 2015, 222, obs. S. David ; RTD civ. 2015, 364, obs. J. Hauser)**

L'arrêt inédit a été annoté par le professeur Jean Hauser et a le mérite de rappeler des solutions acquises mais utiles en matière d'appel. D'une part, en cas d'appel général, la cour d'appel ne peut retenir « que la date d'appréciation de la situation respective des époux était la date à laquelle elle avait été saisie dès lors que le divorce était devenu irrévocable en raison de l'appel limité aux mesures accessoires », ne confondons plus déclaration d'appel et conclusions d'appel, sans doute les conclusions avaient-elles réduit le débat à la prestation compensatoire. D'autre part, « la demande de report (des effets du divorce), accessoire à la demande en divorce, pouvait être présentée pour la première fois en appel dès lors qu'en présence d'un appel général, la décision de divorce n'avait pas acquis force

de chose jugée », les juges du fond étant mal venu à soutenir « pour rejeter la demande de l'épouse tendant au report des effets du divorce, entre les époux, quant à leurs biens, à une date antérieure à l'ordonnance de non-conciliation, que cette demande est nouvelle en cause d'appel ». Enfin, « il incombe à celui qui s'oppose au report de prouver que des actes de collaboration ont eu lieu postérieurement à la séparation des époux et que, si les conditions du report sont remplies, le juge ne peut le refuser que par une décision motivée », ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

3 – Les violences conjugales

- **Entrée en vigueur du règlement (UE) n° 606/2013 du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile (AJ Fam. 2015, 76, obs. V. Avena-Robardet)**

L'Europe contribue à la lutte contre les violences dans le cadre familial. Le règlement (UE) n°606/2013 du Parlement européen et du Conseil du 12 juin 2013 relatif à la reconnaissance mutuelle des mesures de protection en matière civile s'inscrit dans cette perspective. Entré en vigueur le 11 janvier 2015, il permet notamment la reconnaissance de l'ordonnance de protection au cœur de la protection en France depuis la loi n°2010-769 du 9 juillet 2010 et l'insertion des articles 515-9 s. du Code civil.

Le portail e-justice européen permet l'information directe sur les moyens de lutte au-delà des frontières :

https://e-justice.europa.eu/content_mutual_recognition_of_protection_measures-358-fr.do?clang=fr

- **Recevabilité du témoignage des descendants : Crim. 2 juin 2015, n° 14-85130 (JCP G 2015, 999, F. Rousseau ; Dalloz actualité 22 juin 2015, S. Fucini ; AJ Fam. 2015, 403, S. Thouret ; AJ pénal, 439, G. Roussel ; D. 2015,1209, L.C.)**

La Cour évoque sobrement et clairement le principe : « que les dispositions de l'article 205 du code de procédure civile, relatives au divorce, ne sont pas applicables devant la juridiction pénale en raison du principe de la liberté de la preuve » (déjà de façon moins directe : Crim., 21 févr. 2006, n° 05-84015 ; ; AJ Pénal 2006, 264, obs. C. Girault ; RSC 2006, 830, obs. Y. Mayaud ; D. 2006, 2430, nos obs.). La question demeure posée de l'articulation de la recevabilité des témoignages des enfants en matière pénale et de la non prise en compte de ceux-ci en matière civile, ainsi que le relève F. Rousseau qu'en sera-t-il du principe d'autorité de chose jugée et de l'articulation des contentieux répressifs et civils ?

- **Garde à vue et notification de l'infraction, le silence sur le viol ou sa tentative dans un contexte de violences conjugales : Crim. 16 juin 2015, n° 14-87878 (AJ Pénal 2015, 505, note D. Brach-Thiel)**

L'article 63-1 CPPén. dispose « La personne placée en garde à vue est immédiatement informée par un officier de police judiciaire ou, sous le contrôle de celui-ci, par un agent de police judiciaire, dans une langue qu'elle comprend, le cas échéant au moyen du formulaire prévu au treizième alinéa : (...) 2° De la qualification, de la date et du lieu présumés de l'infraction qu'elle est soupçonnée d'avoir commise ou tenté de commettre ainsi que des motifs mentionnés aux 1° à 6° de l'article 62-2 justifiant son placement en garde à vue (...) ».

Dans le cadre de violences conjugales, après plusieurs mains courantes, une plainte est déposée par l'épouse pour sodomies contraintes répétées et scène de viol

enregistré par l'époux. Ce dernier est placé en garde à vue et se voit notifier ce placement « pour violences habituelles sur conjoint et menaces de mort sous condition sur conjoint ». Après 12h de garde à vue, il évoque un acte de sodomie contrainte ce qui conduit les policiers à enregistrer les auditions ultérieures pour qualification criminelle possible des faits. L'époux sera mis en examen pour violences et viol sur son conjoint.

Une requête en annulation de la procédure est formée pour non respect de l'article 63-1 CPPén. L'époux ne s'étant pas vu notifier dès le début de la garde à vue ce qui lui était reproché. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel n'ayant annulé que partiellement les procès-verbaux d'audition de garde à vue en retenant : « attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'il existait, dès le début de la garde à vue, une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner que la personne faisant l'objet de cette mesure avait également commis un viol ou tenté de le commettre, et que le défaut d'information de cette infraction a porté atteinte aux intérêts de la personne concernée, la Chambre de l'instruction a méconnu le texte susvisé et le principe ci-dessus rappelé ».

Les policiers procédant au placement en garde à vue d'un conjoint violent faisant l'objet d'une plainte pour viol ou autres exactions sexuelles auront intérêt à notifier à ce dernier, au vu des circonstances rapportées par la victime, dès le début la qualification criminelle des faits afin de ne pas faire peser sur la victime plus qu'elle n'en a déjà supporté !

4 – Les statuts conjugaux

- **Le droit à un statut pour l'union des personnes de même sexe Maintien d'une distinction de statuts : CEDH, 21 juillet 2015, déf. 21 oct. 2015, n° 18766/11, affaire Oliari c/ Italie (AJ Fam. 2015, 615, M. Rouillard)**

L'Italie doit plier. Les couples de même sexe, au titre des droits de l'homme défendus par la CEDH, peuvent exiger un statut civil à leur union qui sans être le mariage doit leur permettre d'avoir une reconnaissance civile. La vie familiale des couples de même sexe justifie pour la Cour européenne au titre de l'article 8 de la Convention une protection civile équivalente à celle offerte aux couples de sexe différents ayant vie commune.

- **Le mariage entre personnes de même sexe, un droit protégé par l'ordre public international français : Civ. 1^{re}, 28 janvier 2015, n° 13-50059 (AJ Fam. 2015, 172, A. Boiché ; D. 2015, 464, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron; ibid 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; RTD civ. 2015, 91, obs. P. Puig ; ibid 359, obs. J. Hauser ; ibid 343, L. Usunier ; JCP 2015, n° 12, 318, note L. Gannagé ; Dr. fam. 2015, comm. 63, note A. Devers et M. Farge ; Gaz. Pal. 5 févr. 2015, n° 36, p. 11, avis J.-D. Sarcelet)**

Le législateur a souhaité que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage entre personnes de même sexe figure au fronton de notre législation. Cette volonté apparaît très nettement par l'insertion au titre préliminaire ouvrant le Code civil intitulé *De la publication, des effets et de l'application des lois en général* d'un article 6-1 dont la spécificité excluait, selon une simple logique d'ordonnement juridique, une telle place : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». La symbolique se voulait forte. Elle vient de prendre des racines plus profonde dans l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier

2015 qui n'hésite pas à faire du mariage entre personnes de même sexe un principe d'ordre public du droit français justifiant son respect au-delà de ses ressortissants. A propos d'un mariage célébré entre un français et un marocain, résidant en France, la Cour de cassation juge que « si, selon l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, les conditions de fond du mariage telles que les empêchements, sont régies pour chacun des futurs époux par la loi de celui des deux Etats dont il a la nationalité, son article 4 précise que la loi de l'un des deux Etats désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ; que tel est le cas de la loi marocaine compétente qui s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». L'affirmation se veut de principe et est fondée sur un motif de pur droit substitué !

- **Le Pacs, un contrat conjugal : DC-LOM 21 oct. 2015, n° 2015-9 (Dr. fam. 2015, comm. 213, J.- R. Binet)**

Le Pacte civil de solidarité relève-t-il de l'état des personnes ou du droit des contrats ? La réponse subordonne la détermination de l'autorité compétente en Polynésie française, l'article 14 de la loi organique du 27 février 2004 donnant compétence à l'Etat pour l'état et la capacité des personnes, et aux autorités de la Polynésie française pour celles qui ne sont pas expressément visées par ce texte, et notamment pour le droit des contrats.

C'est l'occasion d'apprendre « que l'article 515-3-1 du code civil, créé par l'article 26 de la loi du 23 juin 2006, prévoit la mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité et de l'identité du partenaire ; qu'il ressort des travaux préparatoires qu'en adoptant ces dispositions le législateur a seulement entendu assurer la publicité du pacte civil de solidarité à l'égard des tiers ; que, par suite, ces dispositions n'ont eu ni pour objet ni pour effet de faire perdre au pacte civil de solidarité sa nature contractuelle ».

Autrement dit, il faut conclure que le statut personnel figurant naturellement sur les registres de l'état civil ne relèvent pas de l'état des personnes mais bien du droit des contrats. Cqfd !

II – Les conflits dans les familles

A – Les conflits d'autorité dans les familles

1 – La parole de l'enfant

- **Refus d'audition de l'enfant demandé par un parent : Civ. 1^{re}, 16 déc. 2015, F-P+B+I, n° 15-10442**

Aux termes de l'article 338-4, al. 2 CPC, « Lorsque la demande est formée par les parties, l'audition peut également être refusée si le juge ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant mineur ». Il a été jugé que le fait pour la cour d'appel de relever que « qu'elle disposait d'éléments suffisants pour statuer et qu'Anaïs, âgée de seulement 7 ans, devait être préservée autant que possible du conflit parental dont elle avait déjà subi les conséquences lors de la rentrée scolaire 2012 à l'occasion du départ à Vence imposé par son père avant que le juge aux affaires familiales n'ordonne son retour en région

parisienne » suffisait à justifier le refus.

- **Qui peut entendre l'enfant : Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n° 13-27603 (D. 2015. 320 ; AJ fam. 2015. 161, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2015, 352, J. Hauser ; Procédures, 2015, comm. 126, nos obs.)**
« Lorsque l'audition est ordonnée par une formation collégiale, celle-ci peut entendre elle-même le mineur ou désigner l'un de ses membres pour procéder à l'audition et lui en rendre compte » (CPC, art. 338-8). Le texte n'est cependant applicable que lorsque l'audition est ordonnée par la formation collégiale. Lorsque l'audition est ordonnée dans le cadre de la mise en état, sur demande de l'enfant ou de parties, rien n'empêche a priori le conseiller de la mise en état, comme en l'espèce, de l'entendre.
- **Appréciation du discernement de l'enfant : Civ. 1^{re}, 18 mars 2015, n° 14-11392 (AJ fam. 2015, 282, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2015, 352, J. Hauser)**
Pour refuser d'auditionner un mineur qui en fait la demande, le juge doit justifier soit de son absence de discernement, soit que la procédure ne le concerne pas. En l'espèce, l'enfant était âgé de neuf ans. Les juges du fond refusent de procéder à son audition en se bornant à invoquer son âge et en jugeant l'audition contraire à son intérêt sans autre précision, ce qui est jugé insuffisant par la Cour de cassation. Les juges doivent motiver de façon circonstancielle leur refus.

2 – L'exercice de l'autorité parentale

- **Exercice conjoint de l'autorité parentale et baptême des enfants : Civ. 1^{re}, 23 septembre 2015, n° 14-23724 (AJ Fam. 2015, 607, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2015, 861, obs. J. Hauser)**
Le choix de la religion de l'enfant n'est pas un acte usuel de l'autorité parentale et doit faire l'objet de l'accord des parents, à défaut le juge peut être saisi. La décision sera prise en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant. En l'espèce, les enfants de 6 et 7 ans ne comprenaient pas la démarche, ne souhaitaient pas revoir leur père menaçant et violent, rien dans les faits ne justifiaient que l'intérêt de ceux-ci aient été pris en compte dans la décision de ce dernier. Toujours est-il qu'en matière de baptême au sein de l'Eglise catholique, les parents ont le devoir, au plus tôt, de faire baptiser leurs enfants, que ceux-ci comprennent ...ou non.
- **Fixation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale et volonté de l'enfant : Civ. 1^{re}, 28 mai 2015, n° 14-16511 (AJ fam. 2015, 399)**
La solution est acquise en jurisprudence (Civ. 1^{re}, 23 nov. 2011, n° 10-23391, AJ fam. 2012, 46, obs. C. Siffrein-Blanc ; RTD civ. 2012, 111, obs. J. Hauser ; 3 déc. 2008, n° 07-19767, D. 2009. 20, obs. V. Egea ; AJ fam. 2009, 31, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2009, 112, obs. J. Hauser ; 28 fév. 2006, n°05-12824), elle mérite cependant d'être rappelée. Le juge aux affaires familiales lorsqu'il fixe les modalités d'exercice de l'autorité parentale ne peut déléguer les pouvoirs qu'il tient de la loi et abandonner l'exécution de sa décision au bon vouloir de l'enfant. A été cassée la décision de la cour d'appel retenant que « la fréquence et la durée des périodes au cours desquelles la mère peut exercer son droit d'accueil à l'égard de son fils A... seront déterminées à l'amiable entre les parties, en tenant compte de l'avis du mineur ».

- **Santé de l'enfant et obligation de vaccination : DC-QPC 20 mars 2015, n° 2015-458 (AJ Fam. 2015 p.222, obs. H. Daïmallah)**

Au visa des articles 227-17 et 227-29 CPén., des parents sont poursuivis devant le tribunal correctionnel pour avoir refusé de faire vacciner leurs enfants. Ils contestent la constitutionnalité des articles L. 3111-1 à L. 3111-3 CSP et L. 3116-2 CSP. La Cour de cassation transmet la décision au Conseil étant relevé que « la question posée présente un caractère sérieux en ce qu'elle implique de déterminer si la protection individuelle et collective de la santé justifie de rendre obligatoires certaines vaccinations de mineurs, sauf contre-indication médicalement reconnue, et de poursuivre les titulaires de l'autorité parentale qui s'opposent à leur réalisation comme étant dangereuse pour leur enfant ». Le Conseil constitutionnel refuse de se substituer au législateur (déjà : DC-QPC n° 2012-249 du 16 mai 2012) : « 10. Considérant qu'il est loisible au législateur de définir une politique de vaccination afin de protéger la santé individuelle et collective ; qu'il lui est également loisible de modifier les dispositions relatives à cette politique de vaccination pour tenir compte de l'évolution des données scientifiques, médicales et épidémiologiques ; que, toutefois, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, qui ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, de remettre en cause, au regard de l'état des connaissances scientifiques, les dispositions prises par le législateur ni de rechercher si l'objectif de protection de la santé que s'est assigné le législateur aurait pu être atteint par d'autres voies, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé ».

3 – La résidence de l'enfant, le droit de visite et d'hébergement

- **Droit de visite dans un espace de rencontre : Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-12592 et 28 janvier 2015, n° 13-27983 (AJ fam. 2015, 162, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2015, 369)**

Il appartient au juge, conformément à l'article 1180-5 CPC, de fixer la durée de la mesure, qu'il ne peut déléguer à l'espace de rencontre qu'il détermine. Est donc cassé l'arrêt qui « après avoir relevé que, le placement de l'enfant étant levé, il incombait au juge aux affaires familiales de mettre en place le droit de visite de Mme Y..., décide que ce droit s'exercera selon les mêmes modalités que celles fixées par le juge des enfants en termes de durée, soit à raison de deux heures par mois, la mission d'exercice étant confiée à l'ADSEA La Presqu'Ile 16 rue Nicolaï à Lyon, laquelle organisera ces rencontres selon calendrier à définir avec les parents ».

B – Les conflits patrimoniaux des familles

1 – Les prestations et pensions familiales

- **Modalités de versement de la prestation compensatoire : Civ. 1^{re}, 4 nov. 2015, n° 14-20383 (Dr. fam. 2016, comm. 2, J.-R. Binet)**

Le décès du débiteur direct de la prestation compensatoire a souvent pour effet la révision des modalités de versement de la prestation. L'accord des héritiers permet de maintenir le versement selon les mêmes modalités que celles de l'époux débiteur décédé, à défaut doit lui être substitué le versement d'un capital immédiatement exigible.

- **Modalités de fixation de la prestation compensatoire : Civ. 1^{re}, 8 juillet 2015, n° 14-20480 (AJ fam. 2015, 541, S. David ; RTD civ. 2015, 857, obs. J. Hauser)**

Si l'anticipation de la liquidation du régime matrimonial n'est pas exclue de l'appréciation que les juges font au moment de fixer la prestation compensatoire destinée à compenser la disparité dans les conditions de vie due à la rupture du mariage, en aucun cas une cour d'appel n'est légitime à motiver la fixation de la prestation en retenant qu'elle « a quand même pour objet de corriger les injustices liées au jeu du régime séparatiste ». L'arrêt est cassé au visa des articles 270 et 271 CC dès lors « que la prestation compensatoire n'a pas pour objet de corriger les effets de l'adoption par les époux du régime de séparation de biens » (déjà : Civ. 1^{re}, 26 janv. 2011, n° 10-30262, RTD civ. 2011, 332, obs. J. Hauser).

- **Attribution forcée d'un bien au titre de la prestation compensatoire : Civ. 1^{re}, 15 avr. 2015, n° 14-11575 (Procédures 2015, comm. 199, nos obs.)**

La Cour de cassation met en application la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2011-151 QPC du 13 juillet 2011 à propos de l'article 274 CC (Cons. const., 13 juill. 2011, n° 2011-151 QPC : JurisData n° 2011-017940 ; Journal Officiel 14 Juillet 2011) selon laquelle l'attribution forcée, par le juge, d'un bien au titre de la prestation compensatoire n'a lieu que s'il est avéré que le versement d'une somme d'argent est impossible au vu des circonstances. Il appartient donc, ainsi que la Cour le souligne, que les juges du fond constatent « que les modalités prévues au 1° de l'article 274 du Code civil n'étaient pas suffisantes pour garantir le versement de cette prestation ».

- **Compensation de créances et aliments : Civ.1^{re}, 7 octobre 2015, n° 14-19906**

Si en principe, par application de l'article 1293 CC « La compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas : (...) 3° D'une dette qui a pour cause des aliments déclarés insaisissables », en revanche précise avec bon sens la Cour de cassation « ce texte ne s'oppose pas à ce que le créancier d'aliments puisse demander que les sommes qui lui sont dues se compensent avec ce qu'il doit à son débiteur ». En l'occurrence, la compensation était demandée entre une partie du coût du transport de l'enfant à la charge de la mère lorsque le père venait chercher les enfants et la pension alimentaire due par le père. L'arrêt précise par ailleurs que le coût des frais de transport de l'enfant n'inclut pas ceux que le père dépense à titre personnel pour aller le chercher dès lors que le jugement ayant statué sur le droit de visite et d'hébergement prévoyait le seul partage par moitié *des frais de transport de l'enfant*. La solution se comprend si l'on s'attache à la précision terminologique du jugement considéré (AJ fam. 2015, 677, obs. S. Thouret), il reste que le coût réel, l'enfant ne pouvant voyager seul, est celui de l'enfant et du père allant le chercher !

- **Date d'appréciation des ressources pour la fixation de la pension alimentaire : Civ. 1^{re}, 7 octobre 2015, n° 14-23237 (AJ Fam. 2015, 676, obs. S. Thouret ; Procédures 2015, comm. 366, nos obs.)**

Par application de l'article 371-2 CC, chacun des parents contribue à l'entretien de l'enfant en fonction de ses ressources. La Cour rappelle que « pour fixer la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants, le juge doit se placer au jour

où il statue pour apprécier les ressources des parents » (voir aussi : Civ. 1^{re}, 12 avril 2012, n° 11-17.002 ; 5 fév. 1991, n° 89-13.559, Bull. civ., I, n° 43). Le juge doit prendre en compte les changements et modifications susceptibles d'être intervenues depuis l'attribution initiale du montant de la contribution et en justifier dans sa décision.

- **Résidence alternée et rattachement fiscal de l'enfant : Civ. 1^{re}, 9 septembre 2015, n° 14-23.687**

L'article 194 CGI pose le principe suivant : « (...) En cas de résidence alternée au domicile de chacun des parents et sauf disposition contraire dans la convention homologuée par le juge, la décision judiciaire ou, le cas échéant, l'accord entre les parents, les enfants mineurs sont réputés être à la charge égale de l'un et de l'autre parent. Cette présomption peut être écartée s'il est justifié que l'un d'entre eux assume la charge principale des enfants ». Il ne s'ensuit pas que toute demande de bénéfice de l'intégralité des parts fiscales par l'un des parents doive être nécessairement rejetée. L'arrêt d'appel est cassé pour avoir retenu cette solution, alors que la présomption de l'article 194 CGI peut faire l'objet de preuves contraires (sur les réserves suscitées par un rattachement fiscal décidé par le juge : S. Thouret, AJ Fam. 2015, 609).

2 – Les créances entre époux, la liquidation des régimes matrimoniaux

- **Pouvoirs liquidatifs du juge aux affaires familiales : Civ. 1^{re}, 23 septembre 2015, n° 14-21525 (AJ fam. 2015, 608, obs. S. Thouret)**

Sous l'égide de l'ancien article 267, al. 4 CC, le juge aux affaires familiales « ne statue sur les désaccords persistant entre les époux, à la demande de l'un ou l'autre, que si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 du code civil contient des informations suffisantes ». Il ne peut en conséquence statuer lorsque les informations suffisantes résultent non du projet établi par le notaire désigné, mais de la consultation que l'époux a demandée à un autre notaire, laquelle a été établie postérieurement à l'expertise du notaire commis, venant l'éclairer et la compléter. La solution restrictive ici retenue ne vaut que pour mémoire l'ordonnance du 15 octobre 2015 ayant supprimé l'article 267 dans la rédaction susvisée et ouvert les pouvoirs du juge aux affaires familiales au-delà du seul projet liquidatif établi par le notaire désigné au titre de l'article 255, 10° CC.

- **Prescription des créances entre époux : Civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, n° 14-25.756**

Un juge aux affaires familiales a prononcé le divorce d'un couple marié sous le régime de la participation aux acquêts. L'époux assigne ultérieurement son épouse pour obtenir sa condamnation à lui payer une certaine somme au titre d'une créance née de l'acquisition du domicile conjugal en indivision. La question se cristallise sur le délai de prescription. L'époux invoquait le délai de prescription de droit commun, soit cinq ans. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, tranche en faveur du délai de trois ans prévu à l'article 1578 : « attendu que l'action en paiement des créances entre époux, dont le règlement participe de la liquidation du régime matrimonial de participation aux acquêts, est soumise au même délai de prescription de l'article 1578, alinéa 3, du code civil que l'action en liquidation ».

- **Aliénation d'un bien avant la liquidation du régime de séparation de biens, point de départ des intérêts : Civ. 1^{re}, 23 septembre 2015, n° 14-15428 (AJ fam. 2015, 621, obs. P. Hilt)**

La Cour de cassation, dans un régime de séparation de biens, fixe le point de départ des intérêts dus en cas d'aliénation du bien avant la liquidation du jour de ladite aliénation : « Mais attendu que les intérêts d'une créance d'un époux séparé de biens, évaluée selon les règles de l'article 1469, alinéa 3, du Code civil, courent, lorsque le bien a été aliéné avant la liquidation, à compter du jour de l'aliénation, qui détermine le profit subsistant ». La solution est une dérogation au principe selon lequel les intérêts courent en cas de profit subsistant du jour de la liquidation tout bonnement parce que le profit est évalué, la somme est fixée et que l'intérêt a pour fin d'éviter toute dépréciation du fait de l'écoulement du temps. Encore faudrait-il alors que toutes les sommes déterminées en cours de liquidation aient le même régime, ce qui ne semble pas encore être le cas (v. en ce sens : Dr. fam. 2015, comm. 219, B. Beignier et S. Torricelli-Chrifi et la jurisprudence citée).

On rappellera qu'en tout état de cause l'évaluation de la créance selon le profit subsistant n'est pas d'ordre public (Civ. 1^{re}, 4 mars 2015, n° 14-10660) et que les époux peuvent y déroger conventionnellement (AJ fam. 2015, 233, obs. P. Hilt, et l'avis de J. Casey ; Dr. fam. 2015, comm. 102, B. Beignier).

- **La clause de contribution aux charges du mariage et liquidation du régime séparatiste : Civ. 1^{re}, 1^{er} avril 2015, n° n° 14-14349 (D. 2015, 864 ; AJ fam. 2015. 297, obs. J. Casey ; RTD civ. 2015, 362, obs. J. Hauser)**

Lorsque des époux conviennent par une clause de leur contrat de mariage, que chacun d'entre eux sera réputé s'être acquitté jour par jour de sa part contributive aux charges du mariage, et en avoir déterminé la portée, une cour d'appel, peut souverainement estimer qu'il ressort de la volonté des époux que cette présomption interdise de prouver que l'un ou l'autre des conjoints ne s'est pas acquitté de son obligation (déjà : Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-21892, D. 2013, 2682, note A. Molière ; AJ fam. 2013. 647, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2013, 821, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{re}, 25 juin 2014, n° 13-14326 et n° 13-13812, RTD civ. 2014, 624, obs. J. Hauser). De ce constat, la Cour approuve les juges du fond d'avoir jugé que l'immeuble indivis constituant le domicile conjugal et que les règlements relatifs à cette acquisition, opérés par le mari, participaient de l'exécution de son obligation de contribuer aux charges du mariage, il ne pouvait prétendre bénéficier d'une créance au titre du financement de l'acquisition de ce bien.

3 – Les contrats d'assurance vie et autres placements financiers

- **Assurance vie et date du changement de bénéficiaire : Civ. 2^{ème}, 26 mars 2015, n° 14-11206**

Par motif de pur droit substitué, la Cour retient que « l'article 1328 du code civil, selon lequel les actes sous seing privé n'ont date certaine contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, n'est pas applicable aux contrats d'assurance et à leurs actes modificatifs ». Cela ne signifie pas qu'ils acquièrent lors de leur rédaction date certaine, mais que la date figurant à l'acte est présumée exacte jusqu'à preuve du contraire (v. en ce sens analyse de J. Casey : AJ fam. 2015, 342).