



**HAL**  
open science

## Contentieux familial janvier 2016 -décembre 2016

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial janvier 2016 -décembre 2016. Recueil Dalloz, 2017. hal-04015362

**HAL Id: hal-04015362**

**<https://hal.science/hal-04015362>**

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 2016 - décembre 2016

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

### I – L’actualité législative du contentieux familial

Rarement une année aura été aussi riche en modifications législatives intéressant la famille ou les membres la constituant. Le panorama n’ayant pas vocation à approfondir tout l’arsenal législatif, ces réformes seront présentées pour rappel, avec l’appareil scientifique destiné à approfondir chacune d’entre elles.

- **Réforme des dispositions relatives à la fin de vie : les malades et les anciens dans les familles**

La structuration et la composition du Haut Conseil de la famille, de l'enfance et de l'âge (HCFEA) ont été fixées par le décret n° 2016-1441 du 25 octobre 2016 pris pour l'application de l'article 69 de la loi n° 2015-1776 du 28 décembre 2015 relative à l'adaptation de la société au vieillissement. Le législateur le divise en trois formations respectivement spécialisées dans le champ de la famille, celui de l'enfance et de l'adolescence et, enfin, celui de l'âge, notamment l'avancée en âge des personnes âgées et des personnes retraitées et l'adaptation de la société au vieillissement. Il y a lieu de consulter le nouvel article D. 141-2 du CASF pour découvrir la composition du Haut conseil dont le nombre rendra sans doute assez lourd le mode de fonctionnement. Il sera notamment créé une commission chargée des « questions de bientraitance » (CASF, D. 141-4), ce qui dans un contexte de fin de vie n'est pas anodin.

L'importante loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie a en effet fait entrer la nutrition et hydratation artificielles dans la catégorie des traitements. Cette qualification a une incidence sur le régime juridique à leur appliquer dans un contexte où se fait présent le contentieux sur la vie de Vincent Lambert (T. Coussens-Barre, AJDA 2016,1932 et le récapitulatif de l'affaire) ou, encore, le recours au référé-liberté pour s'opposer à une décision médicale d'arrêt des traitements, ainsi la toute récente décision d'un tribunal administratif ayant validé la décision prise par une équipe collégiale le 27 octobre 2016, la personne ayant subi un accident le 7 octobre 2016. L'épouse et les enfants s'y étaient fermement opposés (*TA 9 novembre 2016, n° 1607855, D. 2016, 2345, obs. F. Violla et P. Véron ; et aussi TA Marseille 9 novembre 2016, à propos d'une fillette d'un an : P. Véron, F. Violla, AJDA 2017, 301*). La loi instaure en outre la sédation profonde jusqu'à la mort et les directives anticipées de fin de vie sont revisitées (*L. Fermaud, « Les droits des personnes en fin de vie », AJDA 2016, 2143 ; R. Binet, « Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », Dr. fam. 2016, dossier 34 ; G. Raoul-Cormeil, « Les personnes protégées et les dispositifs d'anticipation sur la fin de vie médicalisée », Dr. fam. 2016, dossier 35 ; C. Bergoignan-Esper,*

« *La loi du 2 février 2016 : quels nouveaux droits pour les personnes malades en fin de vie ?* », *RDSS 2016*, 296 ; R. Desgorces, « *La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie* », *LPA*, n° 117, 2016. 12 ; Y.-M. Doublet, « *La loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie* », *LPA*, n° 56, 2016, 7 ; *AJ fam. 2016*, 217, obs. A. Dionisi-Peyrusse). Plusieurs décrets d'application ont été pris en application du nouveau texte, le D. n° 2016-1067 du 3 août 2016 relatif aux directives anticipées, le D. n° 2016-1066 du 3 août 2016 modifiant le code de déontologie médicale et relatif aux procédures collégiales et au recours à la sédation profonde et continue jusqu'au décès, alors que quelques mois auparavant le D. n° 2016-451 du 12 avril 2016 avait modifié la composition du conseil d'orientation stratégique du Centre national des soins palliatifs et de la fin de vie (Y.-M. Doublet, « *Les dispositions réglementaires d'application de la loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie* », *RDSS 2016*, 1092 ; A. Denizot, « *L'art du copier-coller* », *RTD civ. 2016*, 916). Il y a lieu de se reporter au Code de la santé publique en particulier aux articles L.1110-5-1 et L. 1110-5-2 régissant ces questions.

Toujours dans la perspective de la fin de vie, le décret n° 2016-1118 du 11 août 2016 a renouvelé les modalités d'expression du refus du prélèvement d'organe par l'inscription sur un registre national automatisé conformément aux nouveaux articles R. 1232-4-4 CSP.

- **Nouveau droit des contrats avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations**

L'objet de l'ordonnance relative à la modification de la partie du Code civil relative aux obligations a également une incidence sur les relations familiales. Un dossier a été intégralement consacré à la question : *La réforme du droit des obligations et la famille : AJ fam. 2016*, 459 ; sur le divorce conventionnel : F. Chénéde, *Le divorce sans juge : « contrat à terme » et « rétractation »*, *AJ Fam. 2017*, 87 ; *Divorce et contrat. À la croisée des réformes*, *AJ Fam. 2017*, 26.

- **Divorce, administration légale, habilitation familiale de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, les dispositions procédurales**

Le décret n° 2016-185 du 23 février 2016 pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille réforme en conséquence le Code de procédure civile (J. Combret et N. Baillon-Wirtz, « *Réforme du droit de la famille, nouvelles procédures avec le décret du 23 février 2016* », *JCP N 2016*, 1098 ; R. Binet, « *Publication du décret n° 2016-185 du 23 février 2016 : dispositions relatives au divorce* », *Dr. fam. 2016*, comm. 74 ; « *Bref aperçu des règles procédurales fixées par le décret n° 2016-185 du 23 février 2016 pour l'application de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille* », *Procédures 2016*, étude 4, nos observations ; N. Peterka, « *Le statut de la personne habilitée* », *Dr. fam. 2016*, dossier 44 ; L. Mauger-Vielpeau, « *L'habilitation familiale : la saisine du juge des tutelles* », *Dr. fam.*

2016, dossier 41 ; *AJ Fam.* 2016, 126, obs. D. Filosa, P. Salvage-Gerest, V. Avena-Robardet).

- **Le droit des étrangers, un contentieux naturellement familial**

L'étranger, s'il peut arriver isolé, a le plus souvent des liens de famille ou crée des liens de famille, les questions relatives au séjour des étrangers sont donc aussi de nature familiale. La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France. L'acquisition ou la perte de la nationalité française, l'attribution, le renouvellement ou non de la carte de séjour, voire de résident dépendra en grande partie de questions familiales, là des violences justifiant le refus, ici un lien de fratrie élément d'acquisition, sur ces nouveautés : *AJ fam.* 2016, 178, V. Avena-Robardet ; M. Bouleau, « La loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 « relative au droit des étrangers en France » ou les illusions du législateur », *D.* 2016, 1720 ; D. Turpin, *RCDIP* 2016, 235 ; L. Domingo, *JACT* 2016, 2237).

- **La protection de l'enfant au sein des familles ou sans famille**

La loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant instaure notamment une procédure de « déclaration judiciaire de délaissement parental » (CC, art. 381-1 et 381-2) et assure, dans la continuité, une prise en charge dans la durée de l'enfant à protéger, sur les nouvelles dispositions légales : F. Eudier et A. Gouttenoire, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant – Une réforme 'impressionniste' », *JCP G* 2016, doct. 479 ; « Une protection accrue des mineurs par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 », *Procédures* 2016, alerte 35, nos observations. Plusieurs dispositions réglementaires ont fait suite afin d'assurer une efficacité pérenne à la protection de l'enfance, parmi lesquels, outre le décret n° 2016-1248 du 22 septembre 2016 relatif au protocole de mise en œuvre et de coordination des actions de prévention menées en direction de l'enfant et de sa famille, le décret n° 2016-1352 du 10 oct. 2016 (JO du 12) organisant l'accueil de l'enfant pris en charge par l'ASE en dehors de toute mesure éducative (V. A.-R., *AJ fam.* 2016, 512), le décret n° 2016-1557 du 17 nov. 2016 (JO du 19) déterminant les éléments utiles au rapport relatif au projet pour l'enfant (*AJ fam.* 2016, 563) lequel avait été précédé du décret n° 2016-1283 du 28 sept. 2016, ou encore le décret n° 2016-1476 du 28 oct. 2016 (JO du 3) précisant les modalités d'évaluation par une équipe pluridisciplinaire en présence d'une information préoccupante (*AJ fam.* 2016, 512) ou, dans chaque département, la désignation d'un « médecin référent » pour la protection de l'enfance (CASF, L. 221-2). La protection qui s'étend à l'enfant qui ne jouit plus de la protection de sa famille relève, plus spécifiquement, du décret n° 2016-840 du 24 juin 2016 pris en application de l'article L. 221-2-2 du code de l'action sociale et des familles et relatif à l'accueil et aux conditions d'évaluation de la situation des mineurs privés temporairement ou définitivement de la protection de leur famille et de l'arrêté du 17 novembre 2016.

L'article 63 de la loi n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique a par ailleurs modifié l'article 40 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 dans le but de faciliter l'effacement de toutes données personnelles relatives aux mineurs : « sur demande de la personne concernée, le responsable du traitement est tenu d'effacer dans les meilleurs délais les données à caractère personnel qui ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de

l'information lorsque la personne concernée était mineure au moment de la collecte ».

- **Autorisation de sortie du territoire d'un mineur non accompagné**

Une nouvelle fois les conditions de sortie du territoire d'un mineur ont été modifiées (v. aussi : *l'interdiction de sortie du territoire de l'enfant par le JAF en 100 décisions de cours d'appel*, Dr. fam. 2017, dossier spécial). La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale consacre son article 49 à cette question : « l'enfant quittant le territoire national sans être accompagné d'un titulaire de l'autorité parentale est muni d'une autorisation de sortie du territoire signée d'un titulaire de l'autorité parentale » (CC, 371-6). Le décret n° 2016-1483 du 2 nov. 2016 (JO du 4) fixe les modalités de l'autorisation à produire lors du passage des frontières (AJ fam. 2016, 562), en particulier les mentions obligatoires : « 1° Les nom, prénoms, date et lieu de naissance de l'enfant mineur autorisé à quitter le territoire ; 2° Les nom, prénoms, date et lieu de naissance du titulaire de l'autorité parentale signataire de l'autorisation, la qualité au titre de laquelle il exerce cette autorité, son domicile, sa signature ainsi que, le cas échéant, ses coordonnées téléphoniques et son adresse électronique ; 3° La durée de l'autorisation, qui ne peut excéder un an à compter de la date de signature » (D. art. 1<sup>er</sup>) et la photocopie du document justifiant de l'identité du mineur (D., art. 2).

- **Renouvellement des procédures en matière personnelle et familiale par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle et son décret d'application n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale**

La loi a été analysée, disséquée, contemplée...critiquée aussi, par une myriade d'auteurs (*Dossier : Modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, AJ fam. 2016, 567 ; *Loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, Dr. fam. 2017, 01 ; *Dossier Loi J21 : avancées et inquiétudes procédurales*, GP 2017, n° 5), qui sur le changement de sexe (CC, art. 61-8 ; P. Aufferet et C. Barousse, Numéro spécial, Dr. fam. 2016, 580 et S. Paricard, 585 ; C. Bernard-Xémard, « La loi du 18 novembre 2016 : un grand pas pour les personnes transgenres ? », Dr. fam. 2017, dossier 7 ; A. Batteur, « La loi J21 apporte des modifications substantielles à l'état des personnes », EDFP 2016/11, p. 1), qui sur le réexamen des décisions civiles en matière d'état des personnes (COJ, art. L. 452-1 COJ ; F. Chénéde, Numéro spécial, Dr. fam. 2016, 595 ; T. Le Bars, « Convention européenne des droits de l'homme et état des personnes : instauration d'une procédure de réexamen des décisions de justice en matière civile », Dr. fam. 2017, dossier 12), qui sur la mission dévolue à la Cour de cassation (H. Croze, « Cour de cassation : la vraie révolution ? », Procédures 2017, repère 1 ; L. Cadiet, « La loi « J21 » et la Cour de cassation : la réforme avant la réforme ? », Procédures 2017, étude 3 ; F. Ferrand, « La Cour de cassation dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle - À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 », JCP G 2016, 1407), là le divorce par convention (*Dossier : Divorce par consentement mutuel : la réforme !*, AJ Fam. 2017, 13 et 95 ; *Fiches techniques sur le divorce sans juge et la nouvelle procédure d'envoi en possession* : [http://encyclopedie.avocats.fr/GED\\_BWZ/114164693234/00](http://encyclopedie.avocats.fr/GED_BWZ/114164693234/00). MiN-JuS 2017-01-

[26 Circulaire DCM - Presentation des dispositions.pdf](#) ; C. Lienhard, « Le nouveau divorce par consentement mutuel. Une révolution culturelle », *D.* 2017, 307 ; J. Hauser, « Sans juge », *JCP G* 2017, Edito ; J. Gautier, « Critique de la déjudiciarisation à marche forcée : l'exemple du divorce par consentement mutuel devant le notaire dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *LPA* 2016, n° 232, p. 7 ; N. Fricéro, « Le nouveau divorce extrajudiciaire par consentement mutuel », *Dr. fam.* 2017, dossier 3 ; H. Fulchiron, « Le divorce sans juge, c'est maintenant. Et après ? - - (observations sur l'après divorce sans juge) », *Dr. fam.* 2017, dossier 4 ; A. Devers, « Le divorce sans juge en droit international privé », *Dr. fam.* 2017, dossier 5 ; E. Viganotti, « Divorce sans juge et droit international privé : réflexions d'un avocat français », *GP* 2017, n° 04, p. 11 ; E. Mulon, « L'acte d'avocats », *Dr. fam.* 2017, dossier 11 ; L. Mauger-Vielpeau, « La séparation de corps par consentement mutuel », *EDFP* 2017/02, p. 5 ; « Le divorce par consentement mutuel sans juge et l'enfant », *EDFP* 2016/11, p. 4 ; « Contentieux familial : divorce conventionnel par acte d'avocat et dispositions en matière successorale », *Procédures*, étude 10, nos observations), ici le pacte civil de solidarité (P. Hilt, *Dr. Fam.* 2016, 572 ; V. Poure, « Le transfert du pacte civil de solidarité à l'officier de l'état civil : entre compétences nouvelles et naturelles », *Dr. fam.* 2017, dossier 6), mais aussi la médiation et plus largement les modes alternatifs de règlement des différends (Y. Strickler, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Procédures* 2017, étude 7 ; J. Gautier, « Le renforcement des modes de règlement amiables des litiges civils après la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle : évolution forte ou arlésienne ? », *LPA* 2016, n° 256, p. 5 ; S. Amrani-Mekki, « Les modes amiables de résolution des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *GP*, 2017, n° 05, p. 46 ; N. Fricéro, « Les modes alternatifs de règlement des différends dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *Dr. fam.* 2017, dossier 10 ; v. aussi : Dossier : Le processus collaboratif, *AJ fam.* 2016, 515 ; D. n° 2016-514 du 26 avril 2016 relatif à l'organisation judiciaire, aux modes alternatifs de résolution des litiges et à la déontologie des juges consulaires), le changement de nom ou de prénom (F. Viney, « Les dispositions relatives à l'état civil dans la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *AJ fam.* 2016, 577) ou encore les questions relevant du droit successoral (M. Nicod, « Réforme de l'envoi en possession », *Dr. fam.* 2017, dossier 9). Le moins que l'on puisse dire est que l'amplitude de la réforme n'ira pas sans poser des difficultés d'interprétation et consécutivement d'application.

- **Procréation et garanties, quelles protections ?**

Le décret n° 2016-1622 du 29 nov. 2016 relatif aux dispositifs de biovigilance et de vigilance en assistance médicale à la procréation porte sur l'objet, la mise en œuvre et la compétence des différents acteurs de ces dispositifs. L'assistance médicale à la procréation fait l'objet d'un contrôle renforcé afin d'apprécier tout effet indésirable ou préjudiciable aux termes des nouveaux articles R. 2142-39 et suivants du Code de la santé publique.

- **Une homologation des conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale sans débat**

Le décret n° 2016-1906 du 28 décembre 2016 simplifie la procédure d'homologation des conventions formalisées par les parents sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale et la pension alimentaire (L. Mauger-Vielpeau, « Homologation judiciaire des conventions

*parentales et dispositions procédurales du divorce par consentement mutuel sans juge : une simplification et une accélération des procédures familiales », EDFP 2017, 1). Est soumis à l'homologation du juge, la « convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant » (CC, 373-2-7, al. 1<sup>er</sup>). Le nouvel article 1143 CPC prévoit une saisine du juge aux affaires familiales par requête conjointe, sur laquelle il va statuer sans débat, à moins qu'il n'estime devoir entendre les parties. Il ne peut qu'homologuer ou non, mais il ne peut pas modifier les termes de la convention qui lui est soumise. Tout intéressé peut en référer devant lui. Le refus d'homologation quant à lui peut faire l'objet d'un appel formé par déclaration au greffe de la cour d'appel et sera jugé selon la procédure gracieuse. Afin de respecter la parole de l'enfant, il est ajouté un quatrième alinéa à l'article 338 CPC ainsi formulé : « dans toute convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales selon la procédure prévue par l'article 1143 ou par les articles 1565 et suivants, mention est faite que le mineur capable de discernement a été avisé de son droit à être entendu et assisté d'un avocat et, le cas échéant, qu'il n'a pas souhaité faire usage de cette faculté ». La question de la réalité de l'information cependant reste entière puisqu'il appartient aux seuls parents d'informer l'enfant.*

- **La coopération renforcée en Europe instaurée en matière de régimes matrimoniaux et patrimoniaux**

Le 8 juillet 2016, deux règlements ont été adoptés, dont l'application est fixée au 29 janvier 2019, permettant une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux (Règ. UE n° 2016/1103) et patrimoniaux pour les partenariats enregistrés (Reg. UE n° 2016/1104).

## **II – Les liens de famille devant les juridictions**

### **A – Parentés**

#### 1 – Les ascendants

.../...

#### 2 – Les descendants

- **Reconnaissance prénatale**

De qui viennent les enfants ? (F. Kernaleguen, « « Vos enfants ne sont pas vos enfants » : être institué parent ? », JCP G 2017, doct. 185). Il n'appartient pas, en tout cas, à l'officier d'état civil de le dire, lequel est tenu d'enregistrer les déclarations qui lui sont faites sans en vérifier la sincérité. La solution a été opportunément rappelée (*Rép. min. n° 14798 et n° 14840, JO Sénat 7 avr. 2016, p. 1456*). Il leur appartient cependant de prévenir le procureur de la République en cas de doute sérieux et de rappeler aux déclarants qu'ils s'exposent à des

poursuites par application de l'article 441-4 du Code pénal.

- **Filiation par procréation assistée sans tiers donneur (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 2016, n° 15-13.427, RTD civ. 2016, 333, obs. J. Hauser)**

La solution a le mérite de la clarté : « *l'établissement judiciaire de la filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée sans tiers donneur obéissait aux règles générales édictées par les articles 327 et suivants du code civil et qu'en application des dispositions du second alinéa de l'article 310-3 du même code, la preuve de la paternité pouvait être apportée par tous moyens* » et « *les dispositions des articles 311-19 et 311-20 du code civil n'étaient pas applicables à l'action en établissement judiciaire de la filiation à la suite d'une procréation médicalement assistée sans tiers donneur, ces textes ne régissant que les procréations médicalement assistées avec tiers donneur* ». Les faits étaient peu usuels puisqu'en l'occurrence, le père et la mère avaient eu une relation sentimentale de 1997 à 1999, qu'en 2006 Monsieur accepte de la congélation de ses gamètes pour permettre la fécondation de Madame, alors qu'il est alors marié et père de trois enfants. Elle s'engage semble-t-il à lui demander aucun compte de sa paternité. Souvent femme varie et une action judiciaire en établissement de paternité est diligentée, Monsieur s'oppose à celle-ci en indiquant qu'ils n'avaient aucun projet parental commun et aucune vie commune, ce qui est un obstacle à l'établissement de la filiation conformément aux articles 311-19 et 311-20 CC. L'argument est logiquement rejeté car il ne s'agit pas ici de présomption de filiation. Il n'y a pas de tiers donneur. Ces éléments sont donc indifférents lorsque la procréation résulte de parents biologiquement identifiés. Il y a lieu d'appliquer les règles classiques de recherche de paternité des articles 310-3 et 327 et suivants du Code civil.

- **Constatation d'état, calcul du nouveau délai de prescription par application de l'article 2222, al. 2 CC (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 2016 n° 14-21.457)**

L'article 2222 CC fixe les règles de droit transitoire applicables en cas de modification du régime d'une prescription et a opéré consécration de la jurisprudence de la Cour de cassation (not. Soc., 22 novembre 2001, n° 99-21403) synthétisé comme suit lors de l'examen de la loi par le Sénat : « *– la loi nouvelle n'a pas d'effet sur une prescription ou une forclusion acquise ; en cas d'allongement du délai de prescription ou de forclusion, le nouveau délai s'applique, compte tenu du délai déjà écoulé ; – en cas de réduction du délai de prescription ou de forclusion, le nouveau délai s'applique, sans toutefois que sa durée puisse excéder la durée prévue par la loi antérieure* ». L'ajout du législateur a consisté à préciser qu'il est tenu compte du délai déjà écoulé en cas d'application d'un délai de prescription. L'arrêt rapporté illustre l'application de la disposition. Selon la Cour de cassation, il « *résulte des articles 2222, alinéa 2, et 330 du code civil, ce dernier dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, que, la loi substituant le délai de prescription décennale de l'action en constatation de la possession d'état au délai de prescription trentenaire étant entrée en vigueur le 1er juillet 2006, le nouveau délai court à compter de cette date, sous réserve que la durée totale de prescription n'excède pas la durée prévue par la loi antérieure* » (déjà à propos d'une action



en contestation de paternité : Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2013, n° 11-28.780, Dalloz actualité, 28 mars 2013, obs. R. Méssa ; D. 2013, 706 ; 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; 2014, 689, nos obs. ; RTD civ. 2013, 359, obs. J. Hauser).

- **Proportionnalité à la Cour de cassation, le délai de prescription des actions relatives à la filiation et l'atteinte alléguée à la vie privée (Civ. 1<sup>re</sup>, 06 juillet 2016 n° 15-19.853, D. 2016, 1980, note H. Fulchiron ; Civ. 1<sup>re</sup>, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, AJ fam. 2016, 543, obs. J. Houssier ; D. 2016, 2062, obs. I. Gallmeister ; Civ. 1<sup>re</sup>, 9 novembre 2016, n° 15-25.068, AJ fam. 2016, 601, obs. M. Saulier)**

Dans le premier arrêt, à des fins successorales, un homme tend à établir sa filiation paternelle, action qui sera reprise par ses héritiers en 2014. Le délai de prescription est expiré. Pour contourner la prescription, ils invoquent la violation de l'article 8 CESDH au motif « *que l'impossibilité de faire établir, au travers de celle de leur père, leur ascendance portait une atteinte directe à leur vie privée* », et soulèvent « *que les règles qui restreignent le droit d'une personne à voir établie sa filiation biologique portent atteinte au respect dû à sa vie privée et familiale ; qu'en jugeant pourtant que l'application des règles de prescription prévues par l'article 333 du code civil, qui enferment dans un délai de cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé l'action en contestation de paternité, préalable nécessaire à l'action aux fins d'établissement de paternité, et qui font obstacle à une telle action lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance* » porte atteinte à ce droit. Pour rejeter le pourvoi et approuver la cour d'appel, la Cour de cassation reconnaît « *d'abord, que, si l'application d'un délai de prescription ou de forclusion, limitant le droit d'une personne à faire reconnaître son lien de filiation paternelle, constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* », mais que « *la fin de non-recevoir opposée aux consorts X...est prévue à l'article 333 du code civil et poursuit un but légitime, en ce qu'elle tend à protéger les droits et libertés des tiers ainsi que la sécurité juridique* » (déjà : Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juin 2015, n° 14-20.790, D. 2015, 2365, note H. Fulchiron ; RTD civ. 2015, 596, obs. J. Hauser ; pour la première incursion dans les méthodes du droit européen : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26066, D. 2014, 179, note F. Chénéde, 153, point de vue H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; AJ fam. 2014, 124, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2014, 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud).

Le deuxième arrêt applique le nouveau principe en ces termes « *que si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'obstacle opposé à Mme Y... est prévu à l'article 320 du code civil et poursuit un but légitime en ce qu'il tend à garantir la stabilité du lien de filiation et à mettre les enfants à l'abri des conflits de filiations* ». L'absence de disproportion résulte concrètement du fait que « *l'intéressée avait disposé de procédures lui permettant de mettre sa situation juridique en conformité avec la réalité*

*biologique, la cour d'appel a pu en déduire que l'atteinte portée au droit au respect de sa vie privée n'était pas disproportionnée au regard du but légitime poursuivi ; qu'en déclarant irrecevable l'action en recherche de paternité et, par suite, la demande d'expertise biologique, elle n'a donc pas méconnu les exigences résultant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ».*

Le troisième arrêt est plus explicite encore s'agissant de l'application du contrôle de proportionnalité à la filiation. En l'espèce, la prescription de l'article 321 CC était opposée à une action en recherche de paternité. La solution posée le 6 juillet devient classique : « *que, si l'impossibilité pour une personne de faire reconnaître son lien de filiation paternelle constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par ce texte, la prescription des actions relatives à la filiation est prévue par la loi et poursuit un but légitime en ce qu'elle tend à protéger les droits des tiers et la sécurité juridique* », puis appliquée de façon que l'on pourrait qualifier de délibérément pédagogique :

1° « *qu'il s'en déduit que, s'agissant en particulier de l'action en recherche de paternité, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a prévu des dispositions transitoires favorables, dérogeant à la règle selon laquelle la loi n'a pas, en principe, d'effet sur une prescription définitivement acquise, afin d'étendre aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance le nouveau délai de prescription de dix ans* » ;

2° « *qu'ainsi, ces dispositions, qui ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance (le droit), d'une part, les droits des tiers et la sécurité juridique (le but légitime), d'autre part, ne méconnaissent pas les exigences résultant de l'article 8 précité* ».

3° « *qu'il appartient toutefois au juge d'apprécier si, concrètement, dans l'affaire qui lui est soumise, la mise en œuvre de ces dispositions ne porte pas, au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention, une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi* ». Sur cette appréciation concrète, il est relevé parmi les éléments de l'arrêt d'appel que « *cette action, qui tend à remettre en cause une situation stable depuis cinquante ans, porte atteinte à la sécurité juridique et à la stabilité des relations familiales, M. Y... étant âgé de 84 ans, marié et père d'une fille ; qu'en l'état de ces énonciations, la cour d'appel a pu en déduire que la prescription opposée à M. X... ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale* ». La pertinence d'un contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation a déjà été réfléchi (v. not. C. Jamin, « *Introduction comparative à la question du contrôle de proportionnalité en matière de droits fondamentaux* », RTD civ. 2015, 263 ; P. Jestaz, J.-P. Marguénaud, C. Jamin, « *Révolution tranquille à la Cour de cassation* », D. 2014, p. 2061) et s'inscrit naturellement dans la discussion actuelle sur la réforme de la Cour de cassation (not. B. Louvel, « *Réflexions à la Cour de cassation* », D. 2015, 1326 ; B. Haftel, « *Libres propos sur l'avant-projet de réforme de la Cour de cassation et la fonction du juge* », D. 2015, 1378 ; V. Rebeyrol, « *Une réforme pour la Cour de cassation ?* », JCP G 2015, doctr., 954 ; P. Cassia, « *Filtrer l'accès au juge de cassation ?* », D. 2015, 1361 ; C. Jamin, « *Cour de cassation : le fil et la pelote* », D. 2015, 1641 ; M. Babonneau, « *Filtrage des pourvois : la Cour de cassation espère retrouver sa « mission*

*normative* », *Dalloz Actualité* 17 juin 2015 ; « *La réforme annoncée de la Cour de cassation* », in *les Quarante ans du Code de procédure civile*, éd. Panthéon-Assas 2016, nos obs.).

- **Expertise et droit de la filiation**

« *L'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas l'ordonner* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, n°98-12.806, D. 2000, 731, note T. Garé ; RTD civ. 2000, 304, obs. J. Hauser). On retiendra *primò* que l'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue pas en soi un motif légitime de refus de l'expertise, en l'espèce l'expertise était semble-t-il demandée par esprit de vengeance du père prétendu contre la mère refusant de reprendre la relation amoureuse avec lui (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2016, n° 15-22.848, AJ fam. 2016, 495, obs. C. Siffrein-Blanc ; déjà : Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janv. 2015, n° 13-28.256, D. 2015, 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2015, 367, obs. J. Hauser). *Secundo*, l'expertise ne se conçoit qu'en matière de filiation. Une personne demande une expertise pour prouver l'adéquation entre la filiation et l'acte de naissance dont elle requiert la délivrance, cet acte ayant été délivré à une autre personne se réclamant de la même identité. Ne fallait-il pas étendre la solution propre du droit de la filiation au contentieux, né du refus de délivrance d'un acte d'état civil, lequel impliquait tout autant la nécessité de faire la preuve du lien de filiation ainsi que le soutenait le demandeur ? La Cour de cassation s'y oppose en ces termes : « *l'action destinée à obtenir la copie intégrale d'un acte de naissance n'est pas une action relative à la filiation, de sorte que l'expertise biologique, qui ne saurait être une expertise génétique, réglementée par l'article 16-11 du code civil, n'est pas de droit* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 2016, n° 14-25-559, AJ Fam. 2016, 210). Autrement dit, pour ce type de contentieux, l'expertise génétique est exclue, quant à l'expertise biologique elle peut être ordonnée mais n'est pas de droit. Au demeurant s'agissant cette fois de l'expertise génétique, il a été rappelé qu'elle ne peut être ordonnée que par le juge du fond et non le juge statuant en référé : « *qu'il résulte du cinquième alinéa de l'article 16-11 du code civil qu'une mesure d'identification d'une personne par ses empreintes génétiques ne peut être ordonnée en référé mais seulement à l'occasion d'une instance au fond relative à la filiation* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 2016, n° 15-16.696, AJ Fam. 2016, 388, obs. M. Saulier ; sur le refus de transmission d'une QPC sur cette question : Civ. 1<sup>re</sup>, 16 déc. 2015, n° 15-16.696, D. 2016, 857, obs. F. Granet-Lambrechts ; AJ fam. 201, 213, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2016, 91, obs. J. Hauser ; Procédures, 2016/07, nos obs.), la paix des familles, ou ce qu'il en reste, est encore prioritaire.

- **Adoption, secret de la filiation d'origine (Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mars 2016 n° 15-13.147, RTD civ. 2016, 319, obs. J. Hauser)**

L'acte de l'état civil contient les éléments relatifs à l'état de la personne, son statut personnel. Lorsque des éléments touchant à la personne ont été modifiés, doivent-ils figurer dans la copie intégrale de l'acte de naissance qui est délivré par l'officier d'état civil ? Ainsi du changement de sexe ou, dans l'arrêt rapporté, de la légitimation adoptive d'un enfant. En l'espèce, une personne adoptée a sollicité, en vue d'obtenir des documents d'identité, des copies intégrales de son acte de naissance. Or, les copies, délivrées par l'officier de l'état civil, mentionnaient

qu'elle avait fait l'objet d'une légitimation adoptive, transcrite le 15 avril 1966 et contenant des indications relatives à sa filiation d'origine. La situation ne se poserait plus actuellement en raison de l'article 354 du Code civil. Pour rejeter le recours effectué contre l'Etat, la Cour de cassation rejette l'argument tiré de l'instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999 (IGREC) article 197-8-1 n'ayant ni force réglementaire ni force légale alors qu'il n'autorise pourtant la communication des éléments de la filiation d'origine que si le demandeur est l'adopté et qu'il indique lors de sa demande le nom de ses parents d'origine. La Cour retient ensuite « *qu'en l'absence de secret de l'adoption imposé par la loi, et de disposition légale ou réglementaire prévoyant que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé lors de la délivrance de copies intégrales d'actes de naissance, la cour d'appel a exactement décidé, sans être tenue de répondre à un moyen inopérant fondé sur les dispositions relatives à la délivrance d'extraits, que l'officier de l'état civil n'avait pas commis de faute* ». Cet arrêt pose en tout état de cause la question de la rencontre du statut personnel, de la filiation comme mode d'identification de la personne et du droit au respect de la vie privée et familiale.

- **Procédure d'adoption, l'accès refusé aux associations de protection de l'enfance (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 2016, n° 15- 10.576, 15-10.577, n° 15-10.579, n° 15-10.733, AJ fam. 2016, 205, obs. F. Berdeaux-Gacogne ; Dr. famille 2016, étude 11, A. Gouttenoire ; RTD civ. 2016, 334, obs. J. Hauser)**

Les différentes espèces sont relatives à deux femmes qui se sont mariées, l'une d'elle donnant naissance à un enfant pour lequel son épouse dépose une requête aux fins d'adoption plénière. L'association Juristes pour l'enfance intervient volontairement à l'instance gracieuse en adoption, élevant l'affaire au contentieux. L'intervention volontaire est recevable si elle se rattache aux prétentions des parties par un lien suffisant (CPC, art. 325). En l'occurrence, l'adoption d'un enfant par l'épouse de la mère entraine-t-elle dans la défense des intérêts collectifs de l'association ? Celle-ci a pour objet notamment « de conduire et développer une action d'intérêt général à caractère familial et social centrée autour de la défense de l'intérêt des enfants nés, à naître ou à venir, et pour la protection de l'enfance sous quelque forme que ce soit », « d'être à l'initiative de toute actions (...) pour la défense des enfants (...) ». Le lien entre l'objet et le litige est manifestement suffisant. Pour autant, l'intérêt à agir est-il légitime ? La Cour répond par la négative : « *que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain que la cour d'appel a estimé que cette association, qui n'invoquait aucun autre intérêt que la défense des intérêts collectifs dont elle se prévalait, ne justifiait pas d'un intérêt légitime à intervenir dans une procédure d'adoption* ». Pour rejeter le droit propre invoqué par l'association consistant à ce que ne soit pas prononcée « une adoption qui constituerait un détournement de cette institution » et demander la confirmation du jugement, la cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, estime que l'association « *se bornait à s'opposer à la demande d'adoption et à la confirmation du jugement (...) qu'elle n'élevait aucune prétention à son profit* ». Il faut donc conclure de cette décision que les intérêts collectifs défendus par une association sont insuffisants à justifier son intervention dans les procédures gracieuses relatives à l'état des personnes. Seul le ministère public pourrait donc intervenir

pour défendre l'intérêt des personnes les plus vulnérables, sauf à l'intervenant à justifier d'un droit propre ce qui, en matière d'adoption, est difficilement concevable pour une association. Sur le fond, on ne sera pas étonné de l'issue implicite donnée à l'adoption par l'épouse de l'enfant de la mère s'étant faite inséminer à l'étranger – la pratique étant encore prohibée en France –, le ministère public ne s'étant pas opposé, dès lors que la solution avait été suggérée par la Cour de cassation en ces termes : « *le recours à l'assistance médicale à la procréation, sous la forme d'une insémination artificielle avec donneur anonyme à l'étranger, ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, par l'épouse de la mère, de l'enfant né de cette procréation, dès lors que les conditions légales de l'adoption sont réunies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant* » (Avis n° 15010 et 15011 du 22 septembre 2014). La Cour européenne des droits de l'homme, en parallèle à cette évolution, en matière d'état civil, rappelle qu'il est impératif de transcrire la filiation à l'égard du parent dont le lien biologique avec l'enfant est avéré serait-il issu d'une gestation pour autrui à l'étranger (*encore dernièrement : CEDH 21 juill. 2016, Foulon et Bouvet c. France, req. n° 9063/14 et 10410/14, Dalloz Actualité 25 juillet 2016, obs. T. Coustet*). Dans le même temps, la même Cour, réunie en grande chambre, a admis tout récemment qu'une gestation pour autrui réalisée en violation du droit interne italien, alors que les parents d'intention n'ont aucun lien biologique avec l'enfant, justifie un placement de celui-ci auprès des services sociaux s'opposant ainsi à l'établissement de tout lien de filiation avec ceux qui ont été à l'origine de sa conception (*CEDH, 24 janvier 2017, req. n° n° 25358/12, Paradiso et Campanelli*). La solution s'inscrit-elle dans l'évolution actuelle, certains en doute tel P. Le Maigat qui, à l'occasion d'une présentation sommaire de l'arrêt, défend « *alors que la gestation pour autrui devrait être considérée comme une liberté fondamentale, il est inquiétant de constater aujourd'hui un certain consensus politique et idéologique pour condamner ce mode de procréation, alors qu'il est évident que le futur de la procréation à travers des techniques non classiques de procréation in vitro, reposant notamment sur la fabrication de cellules sexuelles artificielles, va nous amener d'ici quelques années à une remise en cause bien plus radicale du droit de la filiation et des principes sociétaux actuels* » (*D. 2017, 215*). Même si on peut ne pas partager les idées de l'auteur, il faut bien reconnaître sa clairvoyance sur les questions à venir.

### 3 – Les collatéraux

.../...

## **B – Conjugalités**

### 1 – La séparation de corps

- **La tierce opposition contre la convention homologuée (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 2016, n° 14-29.631, AJ Fam. 2016, 158, S. David)**

Une séparation de corps par consentement mutuel ayant été prononcée avec homologation de la convention, un tiers, en l'occurrence le liquidateur d'une SCP, est-il recevable à former tierce-opposition sur le fondement de l'article 1104 CPC ? Il est répondu, sans surprise, par l'affirmative dès lors « que la procédure de la séparation de corps obéit aux règles prévues

pour la procédure de divorce ».

## 2 – La rupture du lien

- **Le juge du divorce, juge du partage (Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 2016 n° 15-14.757)**

Le 7 novembre 2012, au visa des articles 255, 10° CC et 267, al. 4 CC, il est jugé que le juge du divorce devient totalement juge du partage « *si le projet de liquidation du régime matrimonial établi par le notaire désigné sur le fondement du 10° de l'article 255 contient des informations suffisantes, le juge, à la demande de l'un ou l'autre des époux, statue sur les désaccords persistant entre eux* ». La solution fondée sur l'article 267, al. 4, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015, est réitérée. Le pouvoir liquidatif est subordonné à l'analyse notariale effectuée dans le projet liquidatif.

- **L'avocat professionnel qualifié au sens de l'article 255,9° (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 2016 n° 15-25.879, AJ Fam. 2016, 603, obs. J. Casey ; D. 2016, 2167)**

Au titre des mesures provisoires de l'article 255, le juge aux affaires familiales peut « 9° *Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux* ». Au demandeur qui opposait l'incompatibilité de la qualité d'avocat avec celle d'expert judiciaire contre la désignation d'un avocat au visa de ce texte, la Cour répond « *que l'article 115 du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991, organisant la profession d'avocat, n'interdit pas la désignation d'un avocat en qualité de professionnel qualifié, au sens de l'article 255, 9°, du code civil, dès lors que l'exercice de ces fonctions, confiées par un juge, ne caractérise pas celui d'une profession* ».

- **Date du divorce, pourvoi et désistement (Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 2016 n° 15-11.151, AJ Fam. 2016, 207, obs. S. Thouret ; Procédures 2016/2, nos obs.)**

Une décision prononçant le divorce acquiert force de chose jugée, en cas de désistement du pourvoi, à la date de ce désistement et non à la date de l'arrêt d'appel. Cette décision pourrait consécutivement donner lieu à différentes stratégies procédurales selon que la partie souhaite obtenir le maintien de mesures provisoires lesquelles ne prennent fin qu'avec la décision de divorce passée en force de chose jugée.

- **Le divorce est opposable aux tiers au jour de sa transcription à l'état civil (Com., 27 septembre 2016, n° 15-10.428)**

Le fait que le divorce soit opposable aux tiers au jour de sa transcription aux registres de l'état civil a des effets importants en matière de procédure collective. Un divorce ayant ainsi été retranscrit sur les actes d'état civil après l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire du mari, le jugement de divorce n'a été rendu opposable aux tiers en ce qui concerne les biens des époux que postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. La Cour conclut que « *l'immeuble dépendant de la communauté était donc entré dans le gage commun des créanciers de celle-ci avant qu'il ne devienne indivis, de sorte que le liquidateur judiciaire pouvait procéder à sa réalisation dans les conditions prévues à l'article L. 642-18 du code de commerce* ».

- **L'exception de chose jugée à l'étranger est subordonnée à la vérification de la régularité du jugement étranger (Civ. 1<sup>re</sup>, 21 septembre 2016 n° 14-29.340, AJ Fam. 2016, 540, obs. A. Boiché)**

Lorsqu'un jugement de divorce est prononcé à l'étranger, en l'espèce en Tunisie, la reconnaissance de plein droit de la décision étrangère n'exclut pas la vérification par le juge aux affaires familiales de la régularité de la décision, au besoin d'office. Une cour d'appel a vu son arrêt énonçant que les décisions tunisiennes de divorce bénéficient de plein droit de l'autorité de chose jugée en France cassé, dès lors « *qu'il lui incombait d'examiner, au besoin d'office, la régularité internationale du jugement de divorce tunisien* » (pour une décision marocaine : Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 2016, n° 15-17.723 ; 31 mars 2016, n° 15-12.379). Or, pour cette régularité, elle aurait dû de se reporter à la convention Franco-tunisienne du 28 juin 1972 relative à l'entraide judiciaire en matière civile et commerciale et à la reconnaissance et à l'exécution des décisions judiciaires (JO, du 17 mars 1974, p. 3076), en particulier l'article 22. Outre le jugement de divorce tunisien, traduit par un traducteur assermenté, il faut encore que la partie rapporte la preuve de la signification du jugement, ainsi que le certificat de non recours du greffe ayant rendu la décision.

### 3 – Les violences conjugales

- **Caractère limitatif de l'énumération de 515-11 du Code civil s'impose également à la cour d'appel (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2016 n° 14-26.203, RTD civ. 2016, 825, obs. J. Hauser; AJ fam. 2016, 538, obs. A. Sannier ; JCP 2016, Pan. 992, n° 5, dir. P. Murat)**

Est cassé l'arrêt d'une cour d'appel ayant condamné un mari pour avoir de façon abusive provoqué l'hospitalisation d'office de son épouse dès lors que « *lorsqu'il est saisi d'une demande de protection sur le fondement des articles 519-9 et 519-10 du code civil, le juge aux affaires familiales ne peut prononcer que les mesures limitativement énoncées à l'article 515-11 ; que la cour d'appel, saisie de l'appel d'une décision de cette nature, statue dans la limite des pouvoirs de ce juge* ».

- **Caractère de vraisemblance faits de violence, un pouvoir souverain des juges ddu fond (Civ. 1<sup>re</sup>, 05 octobre 2016 n° 15-24.180)**

La seule vraisemblance des faits de violence conjugale suffit à fonder l'ordonnance de protection et celle-ci est appréciée souverainement par les juges du fond. Les plaideurs feront donc l'économie de ne pas saisir inutilement la Cour de cassation au prétexte d'un défaut de réponses à conclusions, telle est la leçon qui peut être tirée de l'arrêt rapporté selon lequel : « *c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel, qui n'était pas tenue de s'expliquer sur une pièce qui n'avait pas été spécialement invoquée devant elle et a répondu aux conclusions prétendument délaissées, a estimé qu'il résultait des éléments probants versés aux débats qu'il existait des raisons sérieuses de considérer comme vraisemblables la commission des faits de violence allégués et le danger auquel la victime était*

exposée ».

#### 4 – Les statuts conjugaux

- **Le mariage entre alliés objet d'un contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation (Civ. 1<sup>re</sup>, 08 décembre 2016 n° 15-27.201)**

Un homme, né en 1925, épouse, en secondes noces, une dame de vingt-quatre ans sa cadette, puis divorce une nouvelle fois, pour épouser deux ans après, en 2002 alors qu'il a 77 ans, la fille de celle-ci, née en 1975, alors âgée de 27 ans. Au décès de celui-ci, en 2010, les enfants du premier lit, assignent l'épouse en nullité du mariage avec leur père sur le fondement de l'article 161 CC. Entre temps, la jeune épousée est placée sous curatelle renforcée en cours de procédure justifiant l'intervention du curateur à l'instance, laissant penser que le mari avait sans doute eu pour fin davantage la protection de l'enfant qu'il connaissait depuis l'âge de neuf ans que la volonté réelle de fonder un nouveau foyer. La Cour de cassation rappelle que la nullité du mariage peut être demandée dans les trente ans de son prononcé (CC, art. 184), et que « *l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par les articles 161 et 184 du code civil et poursuit un but légitime en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale* », pour ensuite considérer qu'il n'y avait pas concrètement d'atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale.

- **La protection de l'ordre public et des bonnes mœurs au-delà du temps de la prescription en matière matrimoniale : le temps de change rien à l'affaire (Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 2016 n° 15-50.098)**

Garant de l'ordre public, le ministère public, au visa des articles 6 CC et 423 CPC, peut s'opposer à la transcription d'un mariage pour cause de bigamie alors même que la nullité ne peut plus être aujourd'hui soulevée en raison de la prescription de l'action. En l'espèce, le premier mariage avait été dissous par divorce trois ans après le second, et le second avait duré plus de trente ans.

- **L'action en nullité de mariage introduite par un tiers postérieurement au décès de l'un des époux et le règlement « Bruxelles II bis » (CJUE, 13 octobre 2016 n° C-294/15, AJ fam. 2016, 606, obs. A.Boiché)**

Quelle est la juridiction compétente pour connaître de l'action en nullité du mariage ? Saisie par voie de question préjudicielle, la Cour de justice de l'Union européenne indique qu'elle relève du champ du règlement, tout en refusant le chef de compétence tiré de la résidence habituelle lequel ne peut bénéficier qu'aux époux du mariage dont la nullité est demandée et donc les dispositions de l'article 3, § 1, a), cinquième et sixième tirets, du règlement n° 2201/2003.

- **Conventionnalité de la différence de régime juridique applicable aux couples de concubins de même sexe et aux couples de concubins de sexe différent (CEDH, 14 juin 2016, n° 35214/09, Aldeguer Tomás c. Espagne)**

M. Tomas Aldeguer a vécu avec un autre homme en concubinage avant que l'Espagne ne légalise le mariage entre personnes de même sexe. Ce dernier étant décédé, il ne peut bénéficier de la pension de réversion reconnue au conjoint survivant. Or, en Espagne, une loi



a prévu au profit du concubin survivant d'une personne de sexe différent, la possibilité de bénéficier de la pension lorsque le remariage a été impossible du fait de l'interdiction du divorce dans ce pays. Le requérant argue d'une situation discriminatoire en raison de l'orientation sexuelle puisqu'il ne peut bénéficier de ce régime dérogatoire. Pour rejeter la requête, si la Cour européenne « *a observé certaines similitudes entre les deux situations envisagées in abstracto, ces éléments à eux seuls ne permettent pas de considérer que la situation dans laquelle se trouvait M. Aldeguer Tomás en 2005 était comparable à celle du concubin survivant d'un couple d'hétérosexuels qui n'avaient pas eu la possibilité de se marier avant l'adoption de la loi de 1981. Comme l'a noté le Gouvernement, la disposition en cause dans la loi de 1981 visait spécifiquement à offrir une solution exceptionnelle aux couples concernés en accordant au concubin survivant le bénéfice d'une pension de réversion dans certaines conditions. Cette solution doit être replacée dans un contexte qui se caractérisait par des inégalités entre hommes et femmes concernant l'accumulation des droits à pension dans le cadre du travail rémunéré, puisque les femmes étaient sous-représentées dans la population active* ».

### III – Les conflits dans les familles

#### A – Les conflits d'autorité dans les familles

##### 1 – La parole de l'enfant

- **L'audition du mineur, un droit martelé par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 2 février 2016, req. n° 71776/12 ; 11 octobre 2016, req. n° 23298/12**

Dans le contexte de l'adoption du troisième protocole additionnel à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, entré en vigueur le 7 avril 2016, permettant la saisine directe du Comité des droits de l'enfant par le mineur et son avocat, la jurisprudence européenne forme donc un concert harmonieux en rappelant l'importance pour l'enfant de son droit d'être auditionné, lequel tranche avec la cacophonie résultant du divorce conventionnel où l'on peine à comprendre les modalités qui permettront l'information adéquate de l'enfant sur son droit à saisir le juge, en dépit de la volonté de ses parents.

#### B – Les conflits patrimoniaux des familles

##### 1 – Les contributions, pensions et prestations

- **L'exécution volontaire de la pension alimentaire fixée en appel de l'ONC (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 2016 n° 15-10.788)**

Une ordonnance de non conciliation fixe la résidence des enfants chez la mère ainsi que la pension alimentaire et la pension au titre du devoir de secours. Appel de l'ordonnance est interjeté fixant à l'inverse la résidence des enfants chez le père et supprime consécutivement la pension alimentaire pour ceux-ci. La mère peut-elle se prévaloir des sommes fixées par l'ordonnance de non conciliation entre la date du prononcé de l'arrêt d'appel l'ayant modifiée et la date de sa signification ? La Cour répond par la négative dès lors que le père avait exécuté

spontanément l'arrêt de la cour d'appel dès son prononcé : « l'exécution volontaire du jugement, qui dispense le débiteur de le notifier, est caractérisé par la volonté non équivoque de celui-ci d'accepter son exécution et n'est pas subordonnée à l'accord des parties », or, conformément à l'article 502 CPC, les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés à moins que l'exécution n'en soit volontaire.

- **Prescription quinquennale de l'action en paiement de la contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 2016, n° 15-17.993, Dalloz Actualité, 6 juillet 2016, obs. V. Da Silva ; D. 2016, 1200, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2016, 494, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2016, 601, obs. J. Hauser)**

« Si la règle « aliments ne s'arrangent pas » ne s'applique pas à l'obligation d'entretien, l'action en paiement d'une contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant est soumise à la prescription quinquennale prévue » par l'article 2224 CC (déjà : Civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2005, n° 03-13.375, AJ fam. 2005, 446, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2005, 828, obs. R. Perrot et 104, obs. J. Hauser ; Defrénois 2006, 341, obs. J. Massip ; depuis : Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 2016, n° 15-21783). Ce faisant s'il est idéalement indiqué que la contribution est due depuis le jour de la naissance de l'enfant, en l'absence d'exécution spontanée, l'action en paiement elle ne pourra être faite que pour les cinq dernières années dues.

- **Recevabilité de l'action en contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant, l'intérêt à agir de la mère en présence d'un enfant majeur (Civ. 1<sup>re</sup>, 9 novembre 2016, n° 15-27.246, AJ Fam. 2016, 602, obs. J. Houssier)**

Le fait que l'enfant devenue majeure intente une action en recherche de paternité, n'exclut pas la recevabilité de l'action de sa mère en contribution à son entretien contre le père dès lors que les effets de la paternité remontent au jour de la naissance, même si ainsi qu'il a été vu l'action en paiement est limitée par l'article 2224 CC. En revanche, il va de soi que le père ne pourra être condamné deux fois au même objet. Il y aura donc lieu de déterminer celle des personnes à même de recevoir la contribution au vu des circonstances de fait, la mère ou la fille, en particulier la détermination de la durée pendant laquelle la mère a eu la charge effective cette dernière.

- **Le prononcé du divorce soumis à la constitution de garanties est une pratique constitutionnelle (DC-QPC, 29 juillet 2016 n° 2016-557)**

La disposition de l'article 274, 1° CC est conforme à la Constitution dès lors qu'« il appartient au juge d'apprécier la nécessité de subordonner le prononcé du divorce à la constitution de garanties et la capacité du débiteur à constituer celles-ci », aussi « les dispositions contestées ne peuvent donc avoir d'autre effet que de retarder le prononcé du divorce. Ainsi l'atteinte à la liberté de mettre fin aux liens du mariage résultant des dispositions contestées est proportionnée à l'objectif poursuivi ».

- **Le transfert au bénéficiaire au profit des Caisses d'Allocations familiales (CAF) du**

**caractère alimentaire de la dette contre le débiteur d'aliments (Avis de la Cour de cassation, 5 septembre 2016 n° 16-70.007, AJ Fam. 2016, 492, obs. V. Avena-Robardet)**

Pour exclure l'effacement de la dette dont est redevable le débiteur d'aliments à l'égard de la CAF ayant, à titre d'avance sur la créance impayée, versé une allocation de soutien familial au bénéficiaire du créancier d'aliments, la Cour de cassation est d'avis, en raison de ce caractère subrogatoire, que le caractère alimentaire de la dette pour le débiteur exclut son effacement dans le cadre d'un rétablissement personnel.

- **Le fractionnement de la prestation compensatoire par le juge, oui, l'octroi d'un délai de paiement, non (Civ. 1<sup>re</sup>, 07 décembre 2016, n° 15-27.900).**

Au visa de l'article 275 CC, il est jugé que *« lorsque le débiteur de la prestation compensatoire n'est pas en mesure de verser le capital dans les conditions prévues au premier, le juge en fixe les modalités de paiement dans la limite de huit années sous forme de versements périodiques »* mais *« que le juge qui fait application de ce texte ne peut accorder un délai pour verser la première fraction »*. En l'espèce, les juges du fond avait retardé le paiement à la liquidation et du partage de la communauté, dans le délai de six mois à compter de son prononcé. La solution est reprise de l'ancien article 275-1 CC et est expliquée par le fait que le divorce étant prononcé il n'est plus aucun devoir de secours et qu'il n'y a pas lieu de la différer d'un jour. Le caractère alimentaire de la prestation le justifierait (en ce sens : J. Casey, AJ fam. 2017, 66). Si le principe se comprend, l'aspect pratique tenant à la réalisation des fonds lorsque les sommes sont conséquentes permettait aussi de saisir l'intérêt d'un report de la première fraction. La Cour maintient sa jurisprudence antérieure et oppose un refus.

- **Qualification refusée de contribution aux charges du mariage (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 2016 n° 15-25.944, AJ fam. 2016, 544, obs. J. Casey)**

Au moment de la liquidation de la communauté, le remboursement pendant la vie commune par l'un des conjoints de la somme due pour le financement du logement de la famille, voire d'une résidence secondaire, dont il est fait acquisition est comptabilisé au titre de la contribution aux charges du mariage (*déjà : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 2013, n° 11-26.933, AJ fam. 2013, 383, obs. S. Blanc-Pelissier ; RTD civ. 2013. 582, obs. J. Hauser ; aussi : 18 déc. 2013, n° 12-17.420, AJ fam. 2014, 129, obs. P. Hilt ; RTD civ. 2014. 698, obs. B. Vareille ; et plus récemment : 22 juin 2016, n° 15-21.543, AJ fam. 2016, 443, obs. J. Casey*). Les juges du fond avaient ainsi retenu *« pour dire que le financement par M. X..., seul, d'un appartement indivis destiné à la location a constitué, non une donation indirecte révocable, mais un acte rémunérateur et indemnitaire pour Mme Y..., l'arrêt retient que les charges du mariage, distinctes par leur fondement et leur but d'une obligation alimentaire, ne comportent pas uniquement le logement et la nourriture des époux mais également ce qui contribue à l'entretien et l'éducation des enfants et à l'organisation d'une épargne permettant aux époux de continuer leur existence après cessation de leur capacité d'activité rémunératrice, que ce soit par accident ou par limite d'âge et, plus généralement, à protéger la famille, et que l'achat d'un bien immobilier autre que le logement de la famille, destiné à assurer ces buts, peut*

*notamment entrer dans cette notion* ». La Cour de cassation casse l'arrêt de façon on ne peut plus nette : « *le financement, par un époux, d'un investissement locatif destiné à constituer une épargne, ne relève pas de la contribution aux charges du mariage* ».

## 2 – Le domicile conjugal

- **Le recouvrement de l'indemnité d'occupation et la prescription (Civ. 1<sup>re</sup>, 08 juin 2016, n° 15-19.614)**

Dans les divorces qui se passent mal, on excusera le pléonasme, la liquidation peut...durer. L'écoulement du temps sera, lorsque le mariage dissous aura été contracté sans contrat, en faveur du créancier de l'indemnité d'occupation qui aura tout intérêt à l'inertie. Toutefois, l'arrêt rapporté apporte une précision importante : « *si, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008, le créancier peut poursuivre pendant dix ans l'exécution du jugement portant condamnation au paiement d'une somme payable à termes périodiques, il ne peut, en vertu de l'article 2224 du code civil, applicable en raison de la nature de la créance, obtenir le recouvrement des arriérés échus plus de cinq ans avant la date de sa demande et non encore exigibles à la date à laquelle le jugement avait été obtenu* » (déjà : Civ. 2<sup>ème</sup>, 29 janvier 2015, n°13-20043). Il faudrait ajouter pour être tout à fait exact que le délai quinquennal opposable au bénéficiaire de l'indemnité d'occupation peut également être interrompu : « *lorsqu'un ex-époux forme une demande en paiement d'une indemnité d'occupation plus de cinq ans après la date à laquelle le jugement de divorce a acquis force de chose jugée, il n'est en droit d'obtenir qu'une indemnité portant sur les cinq dernières années qui précèdent sa demande, sauf les cas d'interruption ou de suspension de la prescription* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 2016, n° 15-15560). Il a été notamment jugé que « *le délai de cinq ans prévu par l'article 2224 du code civil est interrompu, notamment, par un procès-verbal de difficultés, dès lors que celui-ci fait état de réclamations concernant une créance entre époux* » (Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 2016, n° 15-27497).

## 3 - Les créances entre époux, les régimes matrimoniaux, leur liquidation

- **Solidarité des époux et découvert d'un compte personnel (Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 2016, n° 15-24.616)**

L'engagement solidaire des époux sur les dettes est régi par les articles 220 et 1415 CC. Il s'ensuit que le juge ne peut rendre l'épouse solidaire du solde débiteur du compte ouvert par son mari « *sans constater le consentement de Mme X... au fonctionnement du compte à découvert ou que celui-ci avait uniquement porté sur des sommes modestes nécessaires aux besoins de la vie courante* ».

- **Changement de régime matrimonial et homologation (DC-QPC, 8 septembre 2016 n° 2016-560)**

La constitutionnalité de l'article 1397, al. 6 CC a été mise en cause par un requérant au motif « *qu'en prévoyant que le changement de régime matrimonial prend effet, entre les époux, à des dates différentes selon que l'acte notarié y procédant est soumis ou non à homologation judiciaire, les dispositions contestées instituent une différence de traitement entre les conjoints, notamment selon qu'ils ont ou non des enfants mineurs* ». Or, la fixation de la date est distincte en raison de situations elles-mêmes distinctes, l'homologation étant justifiée par

la volonté de protéger des personnes dont les intérêts pourraient être lésés ou le sont par le changement de régime effectué. Il n'est donc pas discriminatoire de fixer deux dates distinctes au changement de régime, la première à la date de la modification lorsque l'homologation n'est pas requise, la seconde à la date de l'homologation. La disposition est jugée constitutionnelle : « *le législateur a établi une différence de traitement en rapport direct avec l'objet de la loi qui est de fixer la date à laquelle le changement de régime matrimonial est acquis* ».

- **Ordonnance de non conciliation et détermination du régime matrimonial, pouvoir du JAF (Civ 1<sup>re</sup>, 24 février 2016, n° 15-14.887, AJ fam. 2016, 217, obs. P. Hilt)**

Au visa de l'article 255 du Code civil, la Cour de cassation affirme que le juge aux affaires familiales peut, dans le cadre de la procédure de non conciliation préalable au divorce, déterminer le régime matrimonial des époux. Il ne peut en revanche attribuer les parts de biens indivis, tel un véhicule. La solution s'inscrit raisonnablement dans la liste des mesures susceptibles d'être prise à titre provisoire par le juge aux affaires familiales, en partie énumérée à l'article 255, mais aussi dans l'évolution des pouvoirs du juge aux affaires familiales lorsqu'il est juge du divorce.

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

- **Qualification de l'assurance vie, incidence pour la liquidation de la communauté (Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 2016, n° 15-14.737, AJ Fam. 2016, 393, P. Hilt)**

La Cour rappelle le principe figurant au Code des assurances selon lequel : « *il résulte de l'article L. 132-16 du code des assurances que le bénéfice de l'assurance sur la vie contractée par un époux commun en biens en faveur de son conjoint constitue un propre pour celui-ci, peu important que les primes aient été payées par la communauté* ». Il s'ensuit qu'est bien fondé l'arrêt de la cour d'appel qui refuse de réintégrer à l'actif de la communauté les capitaux versés à la bénéficiaire en exécution de contrats d'assurance sur la vie.