



**HAL**  
open science

## Contentieux familial janvier 2017 -décembre 2017

Mélina Douchy-Oudot

► **To cite this version:**

Mélina Douchy-Oudot. Contentieux familial janvier 2017 -décembre 2017. Recueil Dalloz, 2018. <hal-04015366>

**HAL Id: hal-04015366**

**<https://hal.science/hal-04015366v1>**

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.



HAL Authorization

## **Contentieux familial**

**janvier 2017 - décembre 2017**

**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**

« *Semper reformandum* », le législateur n’a de cesse de réformer, tailler, modifier les normes ayant vocation à régir nos familles et les procédures. Ce faisant, il n’est pas sûr que le progrès soit toujours du côté de la nouveauté. Pour simplifier, d’intelligents petits guide-âne sont réalisés au moyen des circulaires (v. not. *Circulaire du 26 juillet 2017 de présentation de diverses dispositions en matière de droit des personnes et de la famille de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, NOR : JUSC1720438C ; BOMJ n° 2017-08 du 31 août 2017*).

- **Divorce conventionnel et Union européenne**

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2017, le divorce peut être réalisé en présence de deux avocats, sans intervention d’un juge, et enregistré par notaire : « Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374. Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229-3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229-4. Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire » (CC, art. 229-1). A été publié une circulaire, le 26 janvier 2017 présentant les dispositions en matière de divorce par consentement mutuel sous forme de fiches à destination des praticiens (BOMJ n° 2017-06 du 30 juin 2017). Ce nouveau divorce s’inscrit dans la perte du caractère institutionnel du mariage réduit à n’être qu’une forme de conjugalité parmi d’autres. En somme, aucune raison de passer devant le juge aux affaires familiales, les pacsés avec enfant qui se séparent n’y passent pas non plus. Dira-t-on que le lien matrimonial en mariage a une solidité particulière, qu’il offre un cadre plus sécurisé, c’est ce que la réforme initiée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 sur la justice du XXI e siècle refuse implicitement. Certains juristes ne l’ont pas entendu ainsi (Cyril Nourissat, Alexandre Boiché, Delphine Eskenazi, Alice Meier-Bourdeau, Grégory Thuan Dit Dieudonné – AJ fam. 2017, 266,)), saisissant la Commission européenne, le 19 avril 2017, par une plainte dénonçant le non-respect des règlements suivants Bruxelles II bis (Règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003, spéc. art. 39, 41 et 42), Obligations alimentaires (Règl. (CE) n° 4/2009, 18 déc. 2008), Régimes matrimoniaux (Règl. (UE) 2016/1103, 24 juin 2016) et Rome III sur la loi applicable au divorce (Règl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010). La réponse se fait encore attendre...

- **Incidence de la réforme de l'appel sur le divorce**

« L'appel défère à la cour la connaissance des chefs de jugement qu'il critique expressément et de ceux qui en dépendent. La dévolution ne s'opère pour le tout que lorsque l'appel tend à l'annulation du jugement ou si l'objet du litige est indivisible ». Cette nouvelle rédaction de l'article 562 CPC résultant du décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, article 10, en supprimant l'appel général, a bouleversé la vie de nombreux conjoints, le plus souvent les épouses, en remettant en cause le maintien du devoir de secours et donc aussi le maintien dans le logement conjugal, le temps des voies de recours. La dissolution du mariage est acquise à la date à laquelle le divorce acquiert force de chose jugée (CC, art. 260, 2°). Désormais, l'appel est limité aux chefs du jugement qu'il critique. Il s'ensuit que si le principe du divorce n'a pas été contesté en première instance et qu'il est acquis, l'appel ne pourra être fait que des autres chefs, par exemple la prestation compensatoire, mais pas du chef obtenu à défaut d'intérêt de l'appelant. L'intimé opposera très légitimement l'irrecevabilité sur ce chef devant le conseiller de la mise en état. Il s'ensuit qu'avant la réforme, le bénéficiaire d'un devoir de secours en formant un appel général, et en limitant ses conclusions à seulement certains chefs, pouvait bénéficier du maintien du devoir de secours et de l'avantage s'il lui avait été concédé du logement, désormais la limitation de l'appel à la critique des chefs de jugement non acquis pourrait avoir pour effet de supprimer cette prorogation de la protection pendant le temps de la procédure si le divorce a été acquis en première instance (*ceci intéresse également le calcul de la prestation compensatoire et sa réévaluation en cas d'appel général, v. not. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janv. 2017, n° 16-10.809, sur ces questions voir l'excellente analyse de Ph. Gerbay et N. Gerbay, Guide du procès civil en appel, Lexis-Nexis 2018, Fiche 13*).

- **Délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse étendu par la loi n° 2017-347 du 20 mars 2017**

L'article L. 2223-2 CSP étend le délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse aux modes numériques, remettant en cause les sites ayant vocation à dissuader la femme enceinte à avorter. La réforme s'est heurtée au rempart de la liberté d'expression. Par deux réserves d'interprétation, le Conseil constitutionnel protège cette liberté en donnant les clés de compréhension du nouveau texte. Ayant rappelé que : « les dispositions contestées répriment les pressions morales et psychologiques, menaces et actes d'intimidation exercés à l'encontre de toute personne cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, quels que soient l'interlocuteur sollicité, le lieu de délivrance de cette information et son support », le Conseil établit « 14. *Toutefois, d'une part, la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne saurait être regardée comme constitutive de pressions, menaces ou actes d'intimidation au sens des dispositions contestées, sauf à méconnaître la liberté d'expression et de communication. Ces dispositions ne peuvent donc permettre que la répression d'actes ayant pour but d'empêcher ou de tenter d'empêcher une ou plusieurs personnes déterminées de s'informer sur une interruption volontaire de grossesse ou d'y*

*recourir. 15. D'autre part, sauf à méconnaître également la liberté d'expression et de communication, le délit d'entrave, lorsqu'il réprime des pressions morales et psychologiques, des menaces ou tout acte d'intimidation à l'encontre des personnes cherchant à s'informer sur une interruption volontaire de grossesse, ne saurait être constitué qu'à deux conditions : que soit sollicitée une information, et non une opinion ; que cette information porte sur les conditions dans lesquelles une interruption volontaire de grossesse est pratiquée ou sur ses conséquences et qu'elle soit donnée par une personne détenant ou prétendant détenir une compétence en la matière » (Décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, JO du 21 mars).*

L'Alliance Vita a déposé un recours devant le Tribunal administratif de Paris contre le ministère de la santé à propos du site officiel sur l'interruption volontaire de grossesse dans lequel figurait une vidéo dont les informations sont, selon les requérants, inexactes et non objectives : « Le recours concerne particulièrement une vidéo intitulée : « Y a-t-il des conséquences psychologiques après une IVG ? », dans laquelle un gynécologue affirme « qu'il n'y a pas de séquelle à long terme psychologique de l'avortement ». Cette affirmation va à l'encontre du rapport de l'IGAS de 2010, qui souligne le manque d'étude objective sur les conséquences de l'IVG qui « demeure un événement souvent difficile à vivre sur le plan psychologique. » Le déni de toute séquelle à long terme consécutive à un tel événement est susceptible de tromper les femmes, non seulement lorsqu'elles hésitent, mais aussi lorsqu'elles ressentent ce type de souffrance longtemps après une IVG. Dans ce recours, Alliance VITA dénonce également l'inexactitude de certaines informations contenues dans le dossier guide sur l'IVG, qui date de novembre 2014, alors que l'article L.2212-3 du code de la Santé publique impose une mise à jour annuelle »

<https://www.alliancevita.org/2017/02/delit-entrave-ivg-vita-depose-un-recours-devant-la-justice-administrative>).

- **Changement de prénom déjudiciarisé par La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, art. 56, I, la circulaire Circ. 17 févr. 2017, NOR : JUSC1701863C, le décret n° 2017-450 du 29 mars 2017, la circulaire du 10 mai 2017 (JUSC1709389C).**

L'officier de l'état civil substitue le juge aux affaires familiales en matière de changement de prénom : « *Toute personne peut demander à l'officier de l'état civil à changer de prénom. La demande est remise à l'officier de l'état civil du lieu de résidence ou du lieu où l'acte de naissance a été dressé. S'il s'agit d'un mineur ou d'un majeur en tutelle, la demande est remise par son représentant légal (al. 1)*» (CC, art. 60 ; I. Copé-Bessis, A. Karila-Danziger, AJ Famille 2017, 382).

En cas d'opposition du procureur de la République, une phase judiciaire peut toujours se dérouler devant le juge aux affaires familiales : « *S'il estime que la demande ne revêt pas un intérêt légitime, en particulier lorsqu'elle est contraire à l'intérêt de l'enfant ou aux droits des tiers à voir protéger leur nom de famille, l'officier de l'état civil saisit sans délai le procureur de la République. Il en informe le demandeur. Si le procureur de la République s'oppose à ce changement, le demandeur, ou son représentant légal, peut alors saisir le juge aux affaires familiales (CC, art. 60, al. 4)* ».

La procédure obéit aux articles 1055-1 à 1055-4 du code de procédure civile, en particulier : « les demandes formées en application des dispositions du troisième alinéa de l'article 57 et du dernier alinéa de l'article 60 du code civil obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance » (CPC, art. 1055-3). Le ministère de l'avocat est donc obligatoire. Lorsque le changement de prénom concerne un enfant mineur la demande doit être faite par les deux parents. En cas de désaccord des parents, le juge des tutelles pourrait être saisi au visa de l'article 387 CC indique la circulaire du 17 février 2017 (p. 24), l'article renvoyant au désaccord des administrateurs légaux. S'agissant de la personne de l'enfant et non de ses biens, il nous semblerait cependant plus adapté de saisir de la question le juge aux affaires familiales.

- **Changement de la mention du sexe à l'état civil, précisions du D. n° 2017-450, 29 mars 2017, JO 31 mars et de la circulaire du 10 mai 2017 (JUSC1709389C).**

La modification de la mention du sexe est régie aux articles 61-5 à 61-8 du Code civil et 1055-5 à 1055-9 du code de procédure civile. Le principe est celui de l'article 61-5 CC disposant : « Toute personne majeure ou mineure émancipée qui démontre par une réunion suffisante de faits que la mention relative à son sexe dans les actes de l'état civil ne correspond pas à celui dans lequel elle se présente et dans lequel elle est connue peut en obtenir la modification. Les principaux de ces faits, dont la preuve peut être rapportée par tous moyens, peuvent être : 1° Qu'elle se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; 2° Qu'elle est connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; 3° Qu'elle a obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué ». La compétence est celle du tribunal de grande instance, le ministère d'avocat n'étant pas requis (CPC, art. 1055-7). L'article 61-6, al. 3 du Code civil précise que « le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande ».

On observera que le changement de la mention du sexe à l'état civil d'une personne peut avoir une incidence directe sur la vie de famille que cette personne a créé ou qu'elle est appelée à créer.

Pour la famille qu'elle est appelée à créer, aucune disposition ne permet d'informer le futur conjoint de la situation, puisque l'accès à la déclaration intégrale de l'état civil est strictement encadré. Rien de nouveau au regard du droit, à ceci près que le changement de la mention du sexe est aujourd'hui simplifié. Ceci pourrait conduire à un renouveau des nullités de mariage au fondement de l'article 180, al. 2 CC : « S'il y a eu erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de la personne, l'autre époux peut demander la nullité du mariage ». Si le sexe est encore aujourd'hui une qualité essentielle de la personne, puisque la nullité peut être demandée, il entre dans le domaine privé de celle-ci. Le conjoint n'a alors que cinq ans pour agir à compter du mariage (CC, art. 181). L'erreur sur le sexe n'est pas une cause visée à l'article 184 du Code civil fixant l'ordre public en matière matrimoniale par la délimitation des causes d'ouverture de nullité et qui permet une action trentenaire à compter de la célébration du mariage. La nullité consécutive à l'erreur sur le sexe de la personne est donc une nullité

relative, laquelle fait l'objet de ratification dans les cinq ans de la célébration.

Quant à la famille déjà créée au moment de la modification demandée, le changement sur les actes d'état civil des autres membres de celle-ci est subordonné à leur consentement dans la limite de l'article 1055-9 CPC.

- **Dispositions règlementaires sur la déclaration judiciaire de délaissement parental, la délégation ou le retrait de l'autorité parentale (Décret n° 2017-148 du 7 février 2017 portant diverses dispositions de procédure en matière d'autorité parentale)**

Ce décret permet la mise en application des dispositions résultant de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 ayant inséré aux articles 381-1s. du Code civil la déclaration judiciaire de délaissement parental : « *un enfant est considéré comme délaissé lorsque ses parents n'ont pas entretenu avec lui les relations nécessaires à son éducation ou à son développement pendant l'année qui précède l'introduction de la requête, sans que ces derniers en aient été empêchés par quelque cause que ce soit* » (CC, art. 381-1). La procédure est régie aux articles 1202 et suivants du code de procédure civile. « Les demandes en déclaration judiciaire de délaissement parental sont portées devant le tribunal de grande instance du lieu où demeure le mineur » (CPC, art. 1202, al. 3). Des précisions relatives à la requête en délégation, retrait ou délaissement sont apportées au nouvel alinéa 2 de l'article 1203 : « *Outre les mentions prévues à l'article 58, la requête indique, à peine d'irrecevabilité, le lieu où demeure le mineur et, le cas échéant, le lieu où demeurent le ou les titulaires de l'autorité parentale ainsi que les motifs de la requête* ».

Le contradictoire est renforcé à l'article 1204 CPC imposant la convocation par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, au moins huit jours avant l'audience des personnes qu'il énumère, avec l'indication de la possibilité de consulter le dossier. Le nouvel article 1208-1 CPC dispose en ce sens que « *le dossier peut être consulté au greffe, jusqu'à la veille de l'audience, par le requérant, les parents, le tuteur, la personne ou le service à qui l'enfant a été confié ou leurs avocats s'ils sont assistés ou représentés. L'avocat peut se faire délivrer copie de tout ou partie des pièces du dossier pour l'usage exclusif de la procédure. Il ne peut communiquer les copies obtenues ou leur reproduction à son client* ».

Les liens de la procédure diligentée lorsqu'une procédure d'assistance éducative est en cours sont clarifié en un nouvel article 1205-1 CPC. La nécessaire audition des parents permet au juge d'ordonner une recherche dans l'intérêt des familles s'ils ont disparu, avec sursis maximal de six mois (CPC, art. 1208, al. 2 nv).

Une clarification des règles relatives aux notifications et voies de recours provient de la suppression de la législation par renvoi qui résultait de l'ancien article 1209 CPC. Désormais, le mode de notification – LRAR –, le délai – huit jours – à compter de la décision, ainsi que les destinataires sont prévus à l'article 1208-3 CPC, le délai d'appel de quinze jours à compter de cette notification ou de l'avis communiqué au procureur de la République à l'article 1209 CPC. Les modalités de l'appel sont celles de la procédure sans représentation obligatoire auxquelles renvoie l'article 1209-1 CPC.

Enfin, l'article 1208-4 CPC dispose opportunément que « *le tribunal saisi d'une demande de*

*déclaration judiciaire de délaissement parental, statue en la même forme et par le même jugement, sur la délégation de l'exercice de l'autorité parentale ».*

- **Modifications procédurales relatives au déplacement illicite international d'enfant**

Le décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile a modifié les articles 1210-4 et suivants du code de procédure civile en renforçant le rôle du procureur de la République.

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

### **A – Parentés**

- **Action en contestation de paternité, interruption du délai de forclusion, nécessité d'assigner le père légal et l'enfant (Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n° 15-27245, AJ Famille 2017, 203, obs. J. Houssier ; Dr. Famille 2017, comm. 101, obs. H. Fulchiron)**

Pour interrompre le délai pour agir, l'action en contestation de paternité fondée sur l'article 333 du Code civil doit encore être intentée de façon pertinente contre les bonnes personnes. La précision apportée par la Cour de cassation est importante : « *si le délai de forclusion prévu par l'article 333, alinéa 2, du code civil peut être interrompu par une demande en justice, conformément à l'alinéa premier de l'article 2241 du même code, l'action en contestation de paternité doit, à peine d'irrecevabilité, être dirigée contre le père dont la filiation est contestée et contre l'enfant* ». En l'occurrence, l'action n'avait pas été engagée contre l'enfant dans le délai requis de cinq ans, l'assignation contre le seul père n'ayant pu interrompre dès lors le délai de forclusion. Il s'ensuit que la vérité biologique alléguée n'est pas recevable, dès lors que le législateur, à l'expiration du délai de cinq ans, estime plus conforme à l'intérêt de l'enfant de conformer la vérité sociologique du lien, indépendamment de la première. La solution pour autant sur ce point n'est peut-être pas définitive, tout dépend les intérêts en présence et l'équilibre de ceux-ci proportionnellement appréciés par la Cour de cassation (voir l'intéressante analyse de H. Fulchiron sur ce point).

La condition de l'assignation cumulativement adressée au père et à l'enfant ne figure ni au code civil, ni au code de procédure civile, mais dans l'interprétation faite par une circulaire de la disposition : « *L'action exercée par le parent qui se prétend tel est dirigée contre l'enfant et son ou ses représentants légaux* » (Circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation CIV 2006-13 C1/30-06-2006 NOR : JUS C0620513 C, III, 3.1.1.a). Elle est désormais clairement posée par la Cour de cassation.

- **En matière de filiation, les causes doivent être communiquées au Ministère public (Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2017, n° 16-12.917)**

La solution est acquise, mais elle doit régulièrement être réitérée. L'article 425, 1° CPC exige la communication au ministère public des causes relatives à la filiation, l'exigence étant d'ordre public. On observe cependant par touches successives une forme de privatisation des

liens, par la place croissante de la volonté dans le lien de parenté. Mais la règle procédurale demeure. Il est vrai en l'occurrence qu'il s'agissait d'une question de filiation s'intégrant dans un litige successoral, la contestation du lien portait sur la filiation d'un successible.

- **Gestation pour autrui, un droit à la transcription de l'acte de naissance pour le parent biologique (CEDH, 19 janv. 2017, n° 44024/13, Laborie c/ France ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 2017, 4 arrêts)**

La solution est aujourd'hui actée par la France (Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, D. 2015, 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; AJ Famille 2015, 496, obs. F. Chénéde; RTD civ. 2015, 581, obs. J. Hauser), la Cour européenne inscrit les nouvelles condamnations dans la ligne des arrêts Mennesson et Labassée pour violation du droit à la vie privée (CEDH, 26 mai 2014, n° 65941/11 et n° 65192/11, Labassée c/ France et Mennesson c/ France, D. 2014, 1797, note F. Chénéde ; RTD civ. 2014, 616, obs. J. Hauser ; CEDH, 21 juill. 2016, n° 9063/14 et n° 10410/14, Foulon et Bouvet c/ France, Dr. famille 2016, comm. 201, obs. H. Fulchiron) : « 31. Comme dans les arrêts Foulon et Bouvet précités (§ 56), la Cour prend bonne note des indications du Gouvernement relatives au revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation le 3 juillet 2015, postérieurement à l'introduction de la présente requête et au prononcé des arrêts Mennesson et Labassée. Elle observe aussi que le Gouvernement entend déduire de ce nouvel état du droit positif français que le deuxième requérant et les troisième et quatrième requérants ont désormais la possibilité d'établir leur lien de filiation par la voie de la reconnaissance de paternité ou de la possession d'état, ou par la voie de l'action en établissement de filiation prévue par l'article 327 du code civil. Elle constate toutefois qu'à supposer cette circonstance avérée et pertinente – ce que contestent les requérants –, le droit français a en tout état de cause fait obstacle durant presque quatre ans et huit mois à la reconnaissance juridique de ce lien de filiation (les troisième et quatrième requérants étant nés le 22 novembre 2010) ». Quant à la GPA hétérologue, la solution relative à l'Italie indique bien que les Etats ont encore pouvoir pour déterminer l'intérêt général, en retirant l'enfant aux parents d'intention (CEDH, gr. ch., 24 janv. 2017, Paradiso et Campanelli c/Italie, AJ Famille 2017, 93 et Dr. Famille 2017, étude 4, A. Dionisi-Peyrusse).

La Cour de cassation réitère l'alignement de sa jurisprudence dans quatre arrêts en date du 5 juillet 2017 (n° 15-28.597, n° 16-16.901 et n° 16-50.025, n° 16-16.455, n° 16-16.495 : *JurisData* n° 2017-013096, Dr. Famille 2017, étude 13, J.-R. Binet), validant dans l'un d'eux, en dépit de la résistance courageuse de la Cour d'appel de Dijon, l'adoption par le mari du père de l'enfant : « le recours à la gestation pour autrui à l'étranger ne fait pas, en lui-même, obstacle au prononcé de l'adoption, par l'époux du père, de l'enfant né de cette procréation, si les conditions légales de l'adoption sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ». Certains juges du fond vont plus loin et n'hésitent pas à admettre la transcription à l'égard non seulement du parent biologique, mais aussi à l'égard de l'autre parent d'intention (CA Rennes, 6e ch., sect. A, 12 déc. 2016, Dr. Famille 2017, étude 3, L. Brunet).

## **B – Conjugalités**

### 1 – Les statuts conjugaux

- **Le mariage fictif n'est pas protégé par la CESDH (Civ. 1<sup>re</sup>, 1er juin 2017, n° 16-13441, Dr. Famille 2017, comm. 174, obs. M. Gayet)**

« *Un mariage purement fictif ne relève pas de la sphère protégée par les articles 8 et 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en l'absence de toute intention matrimoniale et de toute vie familiale effective* ». En l'occurrence, l'homme avait épousé la fille de sa compagne avec laquelle il a continué de vivre maritalement. A son décès, des enfants d'un premier lit ont contesté le mariage. La décision prouve que tous les verrous n'ont pas été levés en matière familiale ....demeure un ordre public patrimonial.

- **L'autorisation du juge des tutelles pour un PACS (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 2017, n° 16-24832)**

La signature d'un pacte civil de solidarité par un majeur faisant l'objet d'une mesure de protection judiciaire, en l'occurrence une tutelle, suppose l'autorisation du juge des tutelles, après information prise auprès de la famille et de l'entourage de la personne protégée (CC, art. 462). L'opposition d'un enfant d'un premier lit n'a pas suffi à interdire le PACS lorsque le majeur veut délibérément donner un statut protecteur à sa compagne avec laquelle il vit depuis 1981 : « *si l'état de santé de l'intéressé justifie le maintien de la mesure de protection, sa parole est claire quant à sa volonté de donner un statut à sa compagne, de sorte que la seule opposition des enfants du premier lit ne peut justifier le refus d'une mesure conforme à la volonté exprimée par le majeur protégé* ».

### 2 – La rupture du lien

- **La non recevabilité du pourvoi en cassation contre l'arrêt relatif aux mesures provisoires d'une ordonnance de non-conciliation et le procès équitable (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2017, n° 16-15322)**

L'arrêt qui statue sur l'appel d'une décision qui se borne à aménager les mesures provisoires prévues par une ordonnance de non-conciliation, sans mettre fin à l'instance ne peut faire l'objet d'un pourvoi immédiat. Cette restriction prévue aux articles 606 et 608 CPC ne porte pas atteinte au droit au procès équitable : « *Attendu qu'appliquée aux mesures provisoires prises au cours d'une procédure de divorce, une telle règle, qui ne restreint que temporairement l'accès au juge de cassation, ne porte pas atteinte, dans sa substance même, au droit à un tribunal* ».

- **Le report de la date des effets du divorce : la collaboration (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janvier 2017, n° 14-19978, AJ Famille 2017, 141, obs. A. de Guillenchmidt-Guignot)**

L'article 262-1, al. 2 du code civil autorise les époux à reporter la date des effets du prononcé du divorce : « *A la demande de l'un des époux, le juge peut fixer les effets du jugement à la*

*date à laquelle ils ont cessé de cohabiter et de collaborer. Cette demande ne peut être formée qu'à l'occasion de l'action en divorce* ». La Cour de cassation a précisé que « *seule l'existence de relations patrimoniales entre les époux, résultant d'une volonté commune et allant au-delà des obligations découlant du mariage ou du régime matrimonial, caractérise le maintien de leur collaboration* ». La formulation reprise d'arrêts antérieurs (Civ. 1<sup>re</sup>, 17 novembre 2010, n° 09-68292, Civ. 1<sup>re</sup>, 24 oct. 2012, n° 11-30.522) ajoute à ceux-ci une exclusivité de compréhension manifestée par le terme « seule » (en ce sens J.-R. Binet, *Dr. Famille* 2017, comm. 53).

- **La communication du règlement des intérêts pécuniaires des époux régularisée en appel (Civ. 1re, 22 février 2017, n° 16-10.692)**

Lors de l'introduction de l'instance en divorce, une proposition de règlement des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux doit être jointe (CC, art. 257-2). La fin de non-recevoir peut être régularisée jusqu'à ce que le juge statue, y compris en appel (CPC, art. 126).

- **L'absence de contestation de la demande en divorce de l'époux ne vaut pas acquiescement (Civ. 1re, 22 février 2017, n° 16-14.644)**

L'épouse qui n'a pas contesté en première instance la demande en divorce du mari est recevable en appel à former une demande reconventionnelle en divorce pour faute.

### III – Les conflits dans les familles

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

##### 1 – La parole de l'enfant

- **L'audition du mineur en appel suppose qu'il ait fait une nouvelle demande au cours de cette instance (Civ. 1re, 14 septembre 2017, n° 17-19218)**

Lorsque le mineur qui a fait la demande en première instance pour être auditionné ne l'a pas été, il doit à nouveau former une demande en appel, la Cour n'ayant pas à l'auditionner d'office : « *l'article 338-5 du code de procédure civile, la décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours ; que, dès lors, en l'absence d'effet dévolutif de l'appel à cet égard, l'enfant qui souhaite être entendu par la cour d'appel doit lui en faire la demande* ».

##### 2 – L'exercice de l'autorité parentale

- **Le non-respect d'un droit de visite et d'hébergement peut donner lieu à une peine de prison partiellement ferme (Crim., 2 novembre 2017, n° 16-85783, Dr. Famille 2018, comm. 33, obs. H. Fulchiron)**

La mère était en situation de récidive refusant expressément au père tout lien avec leur fille. La chambre criminelle approuve les juges du fond au vu des circonstances particulières de l'espèce, la mère avait en effet déjà été condamnée à une peine de prison avec mise à l'épreuve,

continuant de résister, elle a été condamnée à la prison ferme. Il n'est pas sûr que ce soit là le meilleur moyen de répondre aux conflits familiaux...

- **Des circonstances nouvelles exigées par le juge pour modifier la délégation de l'autorité parentale (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janvier 2017, n° 15-28.230, AJ Famille 2017, 297, obs. A. Machez, F. Berdeaux ; Dr. Famille 2017, comm. 78, obs. H. Fulchiron)**

Les séparations frappent tous les couples, y compris les couples de même sexe. En l'occurrence, deux femmes pacsées se sont séparées. Or, la mère de naissance, ayant eu un enfant deux ans après la signature du pacs, les deux femmes par requête conjointe demandent la délégation et le partage de l'autorité parentale qui est accordée par jugement à la partenaire. Un peu plus de deux ans après, elles se séparent, la mère souhaitant qu'il soit mis fin à la délégation. Pour décider le maintien de la délégation, les juges relèvent que la partenaire a participé dès le départ au choix de vie de l'enfant, a contribué à son éducation, et qu'aucune circonstance nouvelle ne justifiait le retrait de cette délégation, conformément à l'article 377-2 CC.

- **La compétence exceptionnelle du juge des enfants en matière d'autorité parentale (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janvier 2017, n° 15-28.935, AJ Famille 2017, 138, obs. P. Pedron ; Dr. Famille 2017, comm. 82, obs. S. Tetard)**

Cette compétence, le juge des enfants la tient de l'article 375-7, al. 2 CC : « *Sans préjudice de l'article 373-4 et des dispositions particulières autorisant un tiers à accomplir un acte non usuel sans l'accord des détenteurs de l'autorité parentale, le juge des enfants peut exceptionnellement, dans tous les cas où l'intérêt de l'enfant le justifie, autoriser la personne, le service ou l'établissement à qui est confié l'enfant à exercer un acte relevant de l'autorité parentale en cas de refus abusif ou injustifié ou en cas de négligence des détenteurs de l'autorité parentale, à charge pour le demandeur de rapporter la preuve de la nécessité de cette mesure* ». En l'espèce, le juge avait transféré « à l'aide sociale à l'enfance le droit d'effectuer des démarches liées à la scolarité et aux loisirs de la mineure en lieu et place des détenteurs de l'autorité parentale » disant qu'il lui en serait rendu compte. Cette décision confirmée par la cour d'appel est cassée, dès lors que le transfert n'était pas limité dans le temps. Il faut donc non seulement spécifier l'acte transféré, mais encore la durée du transfert.

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

- **Le droit de visite médiatisé dans un espace de rencontre (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 2017, n° 16-16709)**

L'article 1180-5 CPC fait obligation au juge aux affaires familiales lorsqu'il décide qu'un droit de visite s'exercera dans un espace de rencontre, de déterminer la périodicité et la durée des rencontres. En l'espèce, le juge avait seulement fixé le temps et le lieu : « jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement sur son action en contestation de paternité et pour une durée maximale de six mois, d'un droit de visite médiatisé au Centre de médiation familiale, EMES, à Pontoise ».

- **Le maintien de relations avec l'ancienne compagne de la mère de l'enfant (Civ. 1<sup>re</sup>, 13 juillet 2017, n° 16-24084)**

Lorsqu'un enfant a été voulu par deux femmes, sans que juridiquement le lien à l'enfant n'ait été organisé, la séparation du couple n'interdit pas à l'ancienne compagne de maintenir des liens avec l'enfant. En l'occurrence, la mère avait refait sa vie avec un homme et ne souhaitait pas le maintien des liens de son enfant avec sa précédente compagne. N'a pas été cassé la cour d'appel ayant retenu *« que l'intérêt de l'enfant commande qu'elle ait accès aux circonstances exactes de sa conception, de sa naissance, ainsi que des premiers temps de son existence, sans que cela n'empêche une relation affective de qualité avec l'actuel compagnon de sa mère, et que l'existence de relations conflictuelles entre les parties n'est pas un obstacle suffisant pour justifier le rejet de la demande formée »*. La Cour de cassation retient *« que, selon l'article 371-4, alinéa 2, du code civil, dans sa rédaction issue de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, si tel est l'intérêt de l'enfant, le juge aux affaires familiales fixe les modalités des relations entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables »*.

- **L'interdiction de sortie du territoire prévention au déplacement illicite de l'enfant (Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 mars 2017, n° 15-26664, Dr. Famille 2017, comm. 146, obs. A. Devers)**

La Cour de cassation se livre à un contrôle de proportionnalité de l'atteinte à la libre circulation des personnes consécutive à une interdiction de sortie du territoire pour conclure à la légitimité de celle-ci au regard du risque de déplacement illicite de l'enfant en l'espèce : *« Mais attendu, d'abord, que l'interdiction de sortie de l'enfant du territoire sans l'accord des deux parents, prévue à l'article 373-2-6, alinéa 3, du code civil, est nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui en ce qu'elle vise à préserver les liens des enfants avec leurs deux parents et à prévenir les déplacements illicites, conformément aux objectifs poursuivis par le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ; qu'elle est également proportionnée aux buts poursuivis, dès lors que, n'interdisant la sortie du territoire de l'enfant que faute d'accord de l'autre parent, elle n'est pas absolue, et que, pouvant faire l'objet d'un réexamen à tout moment par le juge, elle n'est pas illimitée dans le temps ; qu'il en résulte qu'en prononçant une telle mesure, la cour d'appel n'a pas méconnu le principe de libre circulation garanti par les textes visés par le moyen »*.

## **B – Les conflits patrimoniaux des familles**

### 1 – Les contributions, pensions et prestations

- **Le changement dans les ressources et la date de suspension de la prestation**

**compensatoire (Civ. 1re, 15 juin 2017, n° 15-28076)**

L'article 276-3 du Code civil permet d'obtenir la suspension judiciaire de la prestation compensatoire en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties. La Cour, à propos du versement d'une prestation sous forme de rente, vient indiquer que « *la prestation compensatoire judiciairement suspendue, en fonction du changement important dans les ressources du débiteur, prend effet à la date de la demande de suspension* ».

- **La mesure d'instruction relative à la prestation compensatoire et le prononcé du divorce (Civ. 1<sup>re</sup>, 15 novembre 2017, n° 16-25700)**

« *A défaut de surseoir à statuer sur le prononcé du divorce, le juge ne peut ordonner une mesure d'instruction relative à la prestation compensatoire, sans, au préalable, constater une disparité dans les conditions de vie respectives des époux créée par la rupture du mariage* ».

La Cour pose une alternative, soit le prononcé du divorce et la constatation de la disparité dans les conditions de vie des époux justifiant l'octroi de la prestation, soit le sursis à statuer sur le prononcé du divorce en cas de mesure d'instruction relative à la prestation.

- **Les allocations familiales ne font pas partie des revenus (Civ. 1<sup>re</sup>, 4 janvier 2017 n° 16-10407, Dr. Famille 2017, comm., 61, obs. C. Berthier)**

Pour apprécier la disparité dans les conditions de vie des époux, il n'y a pas lieu d'intégrer les allocations familiales au titre de revenus d'un époux. La Cour estime que « *de telles prestations sont destinées à l'entretien des enfants et non à l'époux qui en reçoit le versement, de sorte qu'elles ne peuvent constituer des revenus pour celui-ci* ». La solution n'est pas nouvelle, mais mérite d'être rappelée (déjà : Civ. 1<sup>re</sup>, 15 févr. 2012, n° 11-11.000, AJ famille 2012, 225, obs. S. David ; D. 2012, 552 ; RTD civ. 2012, 301, obs. J. Hauser).

2 - Les créances entre époux, les régimes matrimoniaux, leur liquidation

- **Le juge aux affaires familiales est compétent en matière de liquidation sans nécessité de séparation des époux (Civ. 1re, 1er juin 2017, n° 15-28344)**

Au visa des articles 213-3, 2° du code de l'organisation judiciaire et 815-17, al. 3 du Code civil, la compétence du juge aux affaires familiales en matière de liquidation des intérêts pécuniaires et patrimoniaux des époux n'est pas subordonnée à leur séparation. En l'espèce, une société créancière de l'un des époux avait saisi le juge aux affaires familiales sur le fondement de l'article 815-17 CC afin de provoquer le partage judiciaire d'un bien immobilier appartenant en indivision aux époux mariés sous le régime de la séparation de biens. La Cour refuse l'argument de la cour d'appel fondé sur l'article L. 213-3 COJ qui limiterait la compétence du juge aux affaires familiales aux conflits de famille : « *que la compétence spéciale du juge aux affaires familiales pour connaître de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux, résultant de cet article, n'est pas subordonnée à la séparation des époux, et que l'action par laquelle le créancier personnel d'un indivisaire provoque le partage d'une indivision, exercée au nom de ce dernier, doit être portée devant le juge*

*compétent pour connaître de l'action de ce débiteur ».*

- **Pas de convention sur la liquidation et le régime matrimonial avant l'instance en divorce contentieux (Civ. 1re, 27 septembre 2017, n° 16-23.531)**

La Cour au visa de l'article 265-2 CC dénonce la légalité d'un accord entre époux sur la liquidation et le partage du régime matrimonial antérieur à l'instance en divorce. Aux termes de ce texte, « les époux peuvent, pendant l'instance en divorce, passer toutes conventions pour la liquidation et le partage de leur régime matrimonial ». Elle en déduit « qu'une convention comportant, ne serait-ce que pour partie, des stipulations relatives à la liquidation et au partage du régime matrimonial, ne peut être conclue avant l'assignation ou la requête conjointe en divorce » (déjà : Civ. 1re, 8 avril 2009, n° 07-15945 ; JCP N 2009, n° 28, 1234, note J.-G. Mahinga ; JCP N 2010, n° 48, 1368, note Ch. Lesbats ; A. Devers, « L'accord procédural des époux sur la compensation du divorce », D. 2009, 2084).

### 3 – Les successions et libéralités

- **Famille recomposée et donation déguisée entre époux (Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 2017, n°16-14.323)**

La volonté du défunt de gratifier son épouse ayant été établie par le remboursement à plus de 60% du prix d'acquisition d'un immeuble alors qu'ils étaient mariés sous le régime de la séparation de biens, la déclaration mensongère selon laquelle elle avait acquis cet immeuble par ses fonds personnel, la renonciation rapide de celle-ci à la succession de son mari décédé ayant permis la clôture de la succession par le notaire, et l'invitation faite à l'enfant d'un premier lit du défunt de se rapprocher du notaire relativement à la question du financement du bien, alors que celui-ci ne pouvait que réitérer le fait que la succession était clôturée, sont des éléments constitutifs de manœuvres dolosives imputables à la veuve pour ne pas réintégrer la donation à la succession.