



**HAL**  
open science

# Le lien familial en dehors du droit civil de la famille – la procédure civile

Mélina Douchy-Oudot

## ► To cite this version:

Mélina Douchy-Oudot. Le lien familial en dehors du droit civil de la famille – la procédure civile. Le lien familial hors du droit civil de la famille, Jun 2013, Grenoble, France. hal-04015416

**HAL Id: hal-04015416**

**<https://hal.science/hal-04015416v1>**

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.

# **Le lien familial en dehors du droit civil de la famille – la procédure civile**

**Mélina Douchy-Oudot**

**Professeur à l'Université du Sud Toulon-Var, Centre de droit et de politique comparés Jean-Claude Escarras, UMR 73-18**

Les liens sont étroits entre la famille et la procédure que ce soit au stade de la constitution des liens, il suffit de songer à l'invasion du Code civil par la procédure en matière de filiation, de la dissolution des liens, le décret du 29 octobre 2004 sur les procédures de divorce en témoigne, ou tout simplement de la gestion des crises familiales.

Ce faisant, on observe un double mouvement de la famille vers la procédure et réciproquement. La procédure a des règles de fonctionnement propres qu'il faut maîtriser au service de la famille. On observe également dans une certaine mesure que les particularités tenant à la matière familiale, essentiellement la proximité des personnes résultant du lien de famille, vont conduire à une adaptation des règles procédurales.

La problématique centrale de notre journée aurait pu conduire à arrêter là l'investigation. Il est cependant apparu un élément important dans ce va et vient famille et procédure. La procédure n'a pas simplement un rôle d'accueil de la famille, il ne se réduit pas à aménager la rigueur des mécanismes procéduraux. La procédure constitue l'un des creusets de la transformation de la famille. Ceci est patent s'agissant de l'élargissement du lien de famille. Le procès civil est un lieu d'expression des nouveaux liens de solidarité et de leur intégration dans la notion de famille. Au plan européen, c'est par la notion de coopération judiciaire civile que semble se construire un droit civil européen de la famille.

Je ne sais si le temps nous sera donné pour arpenter tous ces champs où croissent les liens de la procédure et de la famille, mais nous allons au moins entamer la marche. Deux étapes sont prévues sur ce chemin, la première, celle du double mouvement de la famille et de la procédure (I) et la seconde, finale, celle du pic constitué par les apports de la procédure au droit civil de la famille lui-même qu'il soit interne ou européen (II).

## **I – Un double mouvement de la famille et de la procédure**

En matière familiale, la procédure peut avoir une incidence directe sur les droits des parties en présence. Une bonne maîtrise de la procédure par l'avocat sera indéniablement au service de la famille (A) et ce d'autant plus que la procédure aura parfois en amont été adaptée à la matière familiale par le législateur (B).

### **A – Incidence des mécanismes procéduraux sur la famille**

Est-il nécessaire de souligner en liminaire que le propos ne saurait être exhaustif, mais seulement illustratif de l'importance de la formation procédurale des spécialistes du droit civil de la famille ou plus largement des contentieux familiaux au sens substantiel ? Il va de soi que servir le droit civil de la famille suppose de maîtriser les questions liées à la procédure et aux juridictions. La rencontre entre les disciplines est naturelle comme l'a montré pour le droit pénal Camille Montagne ce matin. Les enjeux de l'appel (2) ou encore les questions de compétence juridictionnelle ou de pouvoir du juge (1) en rendront compte.

#### **1 – Pouvoirs du juge et juge compétent**

Le droit civil de la famille se heurte souvent à la question du juge compétent. Il n'est pas toujours aisé d'articuler les règles de compétence juridictionnelle, ainsi pour les mesures provisoires, l'expertise génétique en matière de filiation ou encore la liquidation des intérêts patrimoniaux des époux dans le cadre d'un divorce.

Autour de l'enfant, une pluralité de juge peut être appelé à agir, juge du fond, juge des référés, juge des enfants, juge aux affaires familiales, il n'est pas toujours aisé de déterminer l'étendue des pouvoirs de chacun<sup>1</sup>. Ainsi, lorsque par ordonnance de non conciliation, le juge aux affaires familiales ordonne l'exercice commun de l'autorité parentale sur les deux enfants des époux en instance de divorce et que saisine est ensuite effectuée du juge des enfants, un peu plus d'un an après, lequel ordonne une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert

---

<sup>1</sup> Au point que le décret n° 2009-398 du 10 avril 2009 relatif à la communication de pièces entre le juge aux affaires familiales, le juge des enfants et le juge des tutelles posait les bases d'une communication utile des pièces relatives à l'enfant, avant que la tutelle des mineurs ne soit confiée au juge aux affaires familiales lui-même.

pour une durée d'un an, mesure ne remettant pas en cause les modalités d'exercice de l'autorité parentale fixées par le précédent juge, quels pouvoirs pourront être dévolus au juge d'appel saisi d'un recours contre la mesure d'assistance éducative ? Dans cette affaire, la Cour a ordonné la main levée de la mesure et lui a substitué un placement provisoire chez leur père pour une durée d'un an en fixant les modalités du droit de visite et d'hébergement de la mère. La Cour a-t-elle ou non excédé ses pouvoirs ? La Cour de cassation l'a estimé, la cour d'appel n'ayant pas caractérisé « au jour où elle statuait, l'état de danger dans lequel se trouvaient les mineurs en raison d'un fait nouveau survenu postérieurement à l'ordonnance de non-conciliation justifiant le retrait des enfants de leur milieu actuel ». En effet, il appartient au juge aux affaires familiales seul de fixer l'exercice de l'autorité parentale, à moins que l'enfant ne soit depuis la décision de ce dernier en situation de danger<sup>2</sup>.

Dans le cadre de la procédure de divorce, il convient de se reporter aux articles 1118 et 1119 CPC lesquels disposent respectivement : « En cas de survenance d'un fait nouveau, le juge peut, jusqu'au dessaisissement de la juridiction, supprimer, modifier ou compléter les mesures provisoires qu'il a prescrites » (al. 1) étant précisé que « La décision relative aux mesures provisoires est susceptible d'appel dans les quinze jours de sa notification. En cas d'appel, les modifications des mesures provisoires, s'il y a survenance d'un fait nouveau, ne peuvent être demandées, selon le cas, qu'au premier président de la cour d'appel ou au conseiller de la mise en état » (CPC, art. 1119)<sup>3</sup>. Il faut également savoir que le seul recours contre les mesures provisoires rendues par le conseiller de la mise en état est le déféré à la cour d'appel<sup>4</sup>.

L'autre exemple d'aménagement procédural sera de type prospectif, empruntant à la réflexion de notre ami Me Philippe Gerbay que nous avons évoqué lors d'un précédent colloque organisé par l'association Processualis en mars 2010 à Dijon. Faut-il maintenir l'expertise génétique ordonnée en première instance par le juge du fond lorsqu'un appel est diligenté sur la recevabilité de l'action relative à la filiation, ceci que l'appel soit immédiat ou différé ? Il y a un droit à l'expertise biologique ou génétique, mais en cas d'appel, ne serait-il pas judicieux de suspendre la mesure en attendant l'issue de la procédure d'appel ? Le risque, à défaut de suspension, est que la mesure d'instruction n'ait pas pour effet de tendre à l'établissement d'un lien de filiation selon la décision des juges d'appel. Or, en vertu de

---

<sup>2</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2006, n° 05-13.360 ; *D.* 2006, Jur. p. 1947, note M. HUYETTE. *RTD civ.* 2006, p. 299, obs. J. HAUSER. *AJ Famille* 2006, p. 288, obs. H. GRATADOUR.

<sup>3</sup> Cette action n'enlève pas la compétence du juge de la mise en état, en première instance, pour ordonner toute autre mesure provisoire Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2005, n° 03-20548, *Bull. civ.*, I, n° 356.

<sup>4</sup> Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 4 oct. 2005, n° 04-12.735, *Bull. civ.* I, n° 355. *D.* 2005, IR p. 2901 ; *RTD civ.* 2005, p. 94, obs. J. HAUSER. *AJ Famille* 2005, p. 447, obs. S. DAVID. *Gaz. Pal.*, 25 avr. 2006, n° 115, obs. J. MASSIP.

l'article 16-11 al. 2 C. civ., il apparaît nettement que le législateur n'a pas voulu dissocier l'action au fond et l'identification recherchée par la mesure d'instruction.

Si les premiers juges déclarent l'action recevable, et en même temps ordonnent avant dire droit la mesure d'instruction, faut-il conclure à l'irrecevabilité de l'appel comme l'a fait la Cour de cassation sur le fondement des articles 544 et 545 CC ? Considérer qu'il s'agit d'une décision avant dire droit plutôt qu'un jugement mixte permet en partie de contourner la difficulté, le professeur Huet-Weiller en avait félicité les juges de la cour d'appel de Versailles en 1991. Encore que ni l'opportunité de la solution ni sa légalité en matière de filiation ne convainquent tout à fait. Peut-on soutenir que la décision relative à la recevabilité d'une action en matière de filiation ne tranche pas partie du principal lorsqu'elle a pour effet d'empêcher tout examen au fond de la demande et ce de façon définitive ? La jurisprudence continue à l'affirmer, même si à notre connaissance les juges n'aient pas été appelés à statuer sur cette question depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005, ratifiée par la loi du 16 janvier 2009. La solution mériterait d'être revue car si l'on permettait l'appel immédiat par le moyen de la qualification de jugement mixte, ce serait ouvrir la possibilité aux juges d'appel d'utiliser l'article 568 CPC, c'est-à-dire leur permettre, à bon escient, d'évoquer l'affaire.

Décider autrement revient, mais c'est là affaire d'opportunité, à priver le plaideur de son recours contre la décision d'irrecevabilité, et conduit à la réalisation d'une expertise génétique dont peut-être la cour d'appel aura à déclarer l'action irrecevable lorsqu'elle en sera ultérieurement saisie, notamment s'il s'agit d'une action en contestation de possession d'état. Pourquoi en somme « chercher une vérité biologique si l'action est irrecevable parce qu'existe une possession d'état » soulignait le professeur Hauser à propos d'une action en contestation de paternité sur le fondement de l'ancien article 322, alinéa 2 a contrario ?

Ne faut-il pas en pareil cas et à défaut de dispositions plus éclairées que les avocats conseillent à leurs clients de ne pas se soumettre à l'expertise génétique, libre aux juges d'en tirer toutes conséquences, et de déplacer le débat au stade de l'appel contre la décision qui sera rendue ? Mais n'est-ce pas alors aller à contresens de la loyauté procédurale recherchée par les auteurs du rapport Magendie en déplaçant la vraie discussion au stade de la deuxième instance ? L'instance d'appel il est vrai conserve tout son intérêt au-delà de la seule question évoquée ici ne serait-ce que parce qu'il est et demeure, même après les réformes intervenues, une voie d'achèvement du litige .

Un ultime exemple plus récent emprunte au droit patrimonial de la famille. La question est de savoir si le juge du divorce peut être le juge du partage, avec les arrêts remarquables de la Cour de cassation du 7 novembre 2012. On se souvient de ces trois arrêts : le

juge du divorce peut désigner le notaire chargé de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux (1ère esp.), le juge du divorce doit ordonner cette liquidation et ce partage (2ème esp.), il peut également, s'il a désigné un notaire lors de l'audience de conciliation, se fonder sur le projet de liquidation desdits intérêts pour fixer, en cas de désaccord des époux le montant de l'indemnité d'occupation du logement par le mari (3ème esp.)<sup>5</sup>.

Il ne suffit donc pas de connaître le droit civil de la famille encore faut-il maîtriser les rouages procéduraux d'accès au juge, ce que révèlent encore les enjeux de l'appel.

## 2 – Enjeux de l'appel

Les effets particuliers de l'appel, effet dévolutif, effet suspensif, la conception de l'appel, voie d'achèvement ou non du litige, auront des répercussions sur la matière du litige et le traitement qui en sera fait. Classiquement, le jeu doit être maîtrisé de l'appel général ou limité, parfois de l'appel principal ou incident, mais également de la recevabilité de l'appel ou de la recevabilité des demandes nouvelles.

La rédaction de la déclaration d'appel peut avoir une incidence en matière de prestation compensatoire. Faut-il lorsque l'on a obtenu gain de cause en première instance par le prononcé du divorce former un appel général contre la décision pour faire valoir une demande de prestation compensatoire, ou peut-on se contenter d'un appel limité à la question de la prestation ? Il faut rappeler que l'étendue de l'appel résulte de la déclaration, en ce sens le choix de l'appel limité exclu toute extension de l'appel par voie de conclusions ultérieures. Il a été également jugé à l'inverse qu'un appel général opérant dévolution pour le tout ne peut ultérieurement faire l'objet de limitation par le demandeur. L'appel général opérant dévolution pour le tout, la limitation dans les conclusions à certains chefs critiqués du jugement ne vaut pas acquiescement, la décision quant au divorce ne peut être passée en force de chose jugée qu'après le prononcé de l'arrêt<sup>6</sup>. On notera cependant que l'appel peut être considéré comme non soutenu pour certains chefs de demande si après avoir formé un appel général, les parties limitent leurs griefs à certains chefs du jugement seulement. Il ne s'agit pas alors de l'étendue de la saisine de la Cour comme le soulignait le professeur Perrot mais de délimitation de l'objet du litige par le moyen des écritures .

L'appel général est à conseiller lorsqu'une demande de prestation a été formée en première instance, et non un appel limité. Ceci parce que les juges pour apprécier la date à

---

<sup>5</sup> Déjà : Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 12 avril 2012, n° 11-20.195, *D.* 2012, p. 2011, note C. BRENNER ; contra : J. CASEY, *Liquidation et procédure de divorce : un arrêt étrange qui dérange...*, note ss. l'arrêt préc., *Gaz. Pal.* 2012, n° 22-23, p. 7 ; *AJ famille* 2012, 403, obs. S. DAVID.

<sup>6</sup> Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 31 janvier 2013, n° 11-29004.

laquelle il y a disparité dans le train de vie des époux, c'est-à-dire le droit à prestation, se placent au moment du prononcé du divorce. L'appel général remet en cause la force de chose jugée relative au divorce, les juges d'appel vont donc se placer au moment où ils statuent pour apprécier le droit à prestation. Si l'appel est limité aux seuls effets pécuniaires du divorce, en particulier la prestation compensatoire demandée en première instance, les juges d'appel devront se placer au jour où le divorce a acquis force de chose jugée, c'est-à-dire au jour du jugement de première instance. Ceci explique l'avis de la Cour de cassation en date du 9 juin 2008 sur fond de divorce sur demande acceptée. La Cour est d'avis que « l'appel général d'un jugement prononçant un divorce sur le fondement des articles 233 et 234 du Code civil, même si l'acceptation du principe de la rupture du mariage ne peut plus être remise en cause, sauf vice du consentement, ne met pas fin au devoir de secours, la décision n'acquérant force de chose jugée qu'après épuisement des voies de recours ».

La question de l'appel principal ou incident n'était pas non plus à négliger avant la réforme opérée par le décret du 9 décembre 2009 des procédures d'appel ayant assigné un délai de deux mois à l'appel incident. En l'absence de délai, certains se sont vu reconnaître bigame pour n'avoir interjeté appel principal limité que de la prestation compensatoire et non du prononcé du divorce, oublieux que par appel incident l'autre époux pouvait remettre en cause le prononcé du divorce lui-même.

Au demeurant, les questions procédurales d'étendue du recours ou de date de saisine des juridictions sont habituelles pour ce type de contentieux. Il n'est pas indifférent de se rappeler que la recevabilité de l'appel s'apprécie au jour où le juge statue, et il faut donc apprécier l'intérêt pour agir à cette date. Il s'ensuit que le mensonge d'un époux sur ses revenus peut encore être attaqué par la voie d'appel et non par la voie du recours en révision, lorsque l'épouse s'est rendue compte de la falsification avant l'expiration du délai pour agir<sup>7</sup>.

La procédure est un outil indispensable à la réalisation des droits subjectifs, pour cette raison elle l'est encore davantage en droit civil de la famille. La litanie des exemples pourrait être allongée à loisirs. S'agissant des enjeux de l'appel, la toute dernière solution relative aux demandes nouvelles devant la cour n'est pas anodine : l'article 564 du code de procédure civile, en sa rédaction issue du décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009, ne confère au juge « *que la simple faculté de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de la nouveauté d'une demande en appel, qui n'est pas d'ordre public* »<sup>8</sup>. L'avocat doit tout à la fois connaître le droit substantiel et maîtriser les procédures, ceci est vrai en toute discipline juridique, et a

---

<sup>7</sup> Civ. 1ère, 23 novembre 2011, n° 10-19.839.

<sup>8</sup> Cass. civ. 2e, 10 janvier 2013, n° 12-11667, Rev. dr. et proc. 2013/05.

fortiori en droit de la famille, où le rôle du juge est essentiel et par suite le jeu procédural que lui impose les textes. Le droit procédural, tel un saule, se penche délicatement sur le phénomène familial pour s'adapter à ses particularités. Le pléthore de lois ou de décrets relevant spécifiquement du droit civil de la famille sous l'angle procédural ou plus largement juridictionnel en atteste<sup>9</sup>.

## **B – La procédure adaptée à la matière familiale**

L'adaptation de la procédure civile tient essentiellement à la nature du lien familial qui suppose la proximité du lien des personnes. De façon générale, la procédure civile invite les litigants à la concertation, plus qu'en d'autres domaines (1). Le contexte familial ensuite a conduit à la recherche de simplification des règles procédurales (2). La procédure a enfin su s'adapter à la particularité de certains contentieux de la famille (3).

### **1 – La recherche de concertation lors d'un conflit familial**

La procédure s'oriente ouvertement, le décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 le révèle, vers une volonté forte du législateur d'inciter à l'usage des modes de résolutions amiables des différends. Le nouveau Livre V du Code de procédure civile est tout consacré à cette résolution amiable. La famille est la terre d'élection de ces mécanismes concertés qui ouvrent sur l'homologation judiciaire. L'intérêt des nouvelles dispositions procédurales résultant du décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 est sans nul doute dans les dispositions communes applicables à l'homologation de l'accord amiable (CPC, art. 1565 à 1568), ainsi qu'il a été souligné dans le Panorama 2013 Contentieux familial<sup>10</sup>. Le juge compétent est celui du contentieux de la matière considérée et il ne peut modifier le contenu de l'accord des parties. La requête ne fait pas l'objet de la contribution juridique généralisée. Le juge peut soit homologuer, tout tiers peut alors en référer au juge lui-même, soit refuser d'homologuer, l'appel est alors possible selon les règles de la procédure gracieuse.

---

<sup>9</sup> Et notamment : la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 relative à la clarification du droit et à l'allègement des procédures; le décret n° 2009-1221 du 12 octobre 2009 relatif à la spécialisation des juridictions en matière d'adoption internationale ; le décret n° 2009-1591, 17 déc. 2009 relatif à la procédure devant le juge aux affaires familiales en matière de régimes matrimoniaux et d'indivisions ; ou plus récemment sur l'exercice du droit de visite de l'un des parents avec l'enfant le décret n° 2012-1153 du 15 octobre 2012 et le décret n° 2012-1312 du 27 novembre 2012 définissant les espaces de rencontre et aménagés les modalités de visite.

<sup>10</sup> D.2013/05.



En matière familiale, l'intérêt de la médiation est tel que la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles a prévu la mise en place, par dérogation à l'article 373-2-13 CC et à titre expérimental pour les tribunaux de grande instance désignés par arrêté et jusqu'au 31 décembre 2014, du recours impératif à la médiation pour les décisions fixant les modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ou avant toute demande de modification des dispositions contenues dans la convention homologuée, sauf les dérogations suivantes : « 1° Si la demande émane conjointement des deux parents afin de solliciter l'homologation d'une convention selon les modalités fixées à l'article 373-2-7 du code civil ; 2° Si l'absence de recours à la médiation est justifiée par un motif légitime ; 3° Si cette tentative de médiation préalable risque, compte tenu des délais dans lesquels elle est susceptible d'intervenir, de porter atteinte au droit des intéressés d'avoir accès au juge dans un délai raisonnable ». L'application du nouveau texte reposera tout entier sur le pouvoir de sanction donné au juge aux affaires familiales, puisqu'en l'absence de médiation, ce juge pourra opposer une fin de non-recevoir. Par deux arrêtés du 16 mai 2013<sup>11</sup>, il a été décidé que l'expérience se déroulerait devant les tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras.

Outre le domaine des modalités d'exercice de l'autorité parentale, la concertation est particulièrement importante lors de la dissolution du lien matrimonial. Le divorce par consentement mutuel repose tout entier sur la convention des époux sur les effets du divorce et lie le prononcé du divorce à celle-ci. La procédure est simplifiée par rapport aux divorces dits contentieux. Et tout est fait pour encourager, depuis la loi du 26 mai 2004, au passage d'une forme contentieuse à une forme consensuelle, il s'agit des fameuses passerelles. L'article 247 CC prévoit que le passage d'un divorce contentieux à un divorce par consentement mutuel est envisageable quel que soit le type de divorce contentieux et à tout moment de l'instance<sup>12</sup>. Le recours à la convention de procédure participative résultant de la loi du 22 décembre 2010 et rendue effective par le décret précité du 20 janvier 2012 permet également aux époux de réfléchir sur l'opportunité de solutions concertées, même si s'agissant du divorce la phase judiciaire sera inéluctable (CC, art. 2067).

## **2 – La recherche de simplification de la procédure**

---

<sup>11</sup> JO du 31 mai, *JCP G.*, 10 juin, 666.

<sup>12</sup> Voir également pour les autres passerelles 247-1 et 247-2 CC.

Le lien familial incline la procédure à plus de simplicité tout simplement parce qu'elle s'adresse à des particuliers et parce que le juge aux affaires familiales, juge unique, pourra lors de la comparution des parties régler plus facilement le litige si la forme n'est pas trop lourde. Les articles 1137 et suivants du Code de procédure civile résultant du décret n° 2004-1158 du 29 octobre 2004 ont institué une procédure familiale commune. Celle-ci est caractérisée par l'oralité, et par conséquent l'absence de représentation obligatoire, la simplicité de la saisine, la voie de requête étant admise, les parties se défendant elles-mêmes.

Ceci étant, cette simplicité des textes ne doit pas faire perdre de vue que le plus souvent les parties choisiront d'être représentées, et que l'usage de la procédure ne sera pas aussi aisé qu'il y paraît. Sans pouvoir le développer ici, on se souvient des difficultés rencontrées à l'occasion de l'extension des compétences du juge aux affaires familiales en droit patrimonial de la famille (COJ, art. L213-3). A côté de la procédure simplifiée, orale, sans représentation obligatoire des articles 1137 et suivants CPC, à côté de la procédure avec représentation obligatoire dans le cadre du divorce, s'adjoint la procédure transposée du TGI, à savoir celle des articles 750 CPC, pour le règlement des questions patrimoniales relatives à la liquidation des régimes matrimoniaux et des indivisions. Un même dossier familial peut relever de plusieurs procédures, laquelle faudra-t-il appliquer ? sera-t-il nécessaire d'ouvrir autant d'instances que de demandes ? Le cas sera fréquent d'une crise familiale supposant d'une part, la fixation des modalités de l'exercice de l'autorité parentale, la détermination de la contribution aux charges du pacs ou du mariage, la liquidation de l'indivision des partenaires liés par un PACS ou d'un régime matrimonial et la question préalable de la rupture du PACS ou le prononcé du divorce. Et si l'on ajoute la question du jeu des demandes incidentes, il est aisé de comprendre que la simplification de la procédure n'est pas tâche aisée.

La solution la plus adéquate sera sans doute de développer des adaptations de la procédure aux situations strictement familiales.

### **3 – L'élaboration d'une procédure familiale spécifique**

Cette adaptation est patente s'agissant des procédures intéressant ou impliquant des enfants. Le trésor procédural en la matière résulte du travail patient des « avocats d'enfant » et de l'importance prise par la Convention internationale des droits de l'enfant, surtout depuis l'application directe de certaines de ses dispositions devant nos juridictions. Lorsque l'enfant est partie à la procédure, tel le cas d'une procédure d'assistance éducative, le code de

procédure civile prévoit aux articles 1187 et suivants des dispositions spécifiques afin tout à la fois de permettre l'accès au dossier, mais aussi la protection de l'enfant s'agissant de l'accès aux pièces du dossier.

Lorsque l'enfant est impliqué par une procédure, tout a convergé pour que la parole de l'enfant soit entendue. La procédure admet cette situation *sui generis* où une personne, en l'occurrence l'enfant, se voit reconnaître des droits procéduraux opposables sans que l'on puisse la considérer comme partie à cette procédure. On se souvient que la Cour, au visa des articles 3-1 et 12-2 de la CIDE, ensemble 388-1 CC et 383-1 et 388-2 NCPC, avait retenu que « *dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ; que lorsque le mineur capable de discernement demande à être entendu, il peut présenter sa demande au juge en tout état de la procédure et même, pour la première fois, en cause d'appel ; que son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée* ». Deux arrêts du 8 et 22 novembre 2005 confirmaient le tournant décisif pris par la Cour<sup>13</sup>. L'aboutissement normatif est le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 ayant donné lieu à la dernière version des articles 338-1 à 338-12 CPC. L'application des nouveaux textes à, quant à elle, donné lieu à des arrêts intéressants, dont deux arrêts de la Cour de cassation rendus récemment venus préciser, pour l'un, que l'enfant a le droit d'être entendu plusieurs fois au cours d'une même procédure<sup>14</sup>, pour l'autre, que l'oralité du compte-rendu de l'audition ne porte pas atteinte au principe du contradictoire<sup>15</sup>. L'issue n'est sans doute pas achevée dès lors qu'aucun recours n'est prévu contre la décision de refus d'audition du mineur de la part du juge et que cette carence pourrait faire l'objet d'une saisine de la Cour européenne des droits de l'homme.

L'adaptation de la procédure ne concerne pas que les enfants, mais toute personne qui dans la famille pourrait pâtir de la proximité du lien, tel que la réponse donnée par la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants et le décret d'application n° 2010-1134 du 29 septembre 2010 relatif à la procédure civile de protection des victimes de violences au sein des couples. L'ordonnance de protection en matière de violences conjugales pouvant être délivrée par le juge aux affaires familiales emprunte le chemin de la procédure pour donner une réponse que le droit souhaite adaptée à ces situations. Il est moins sûr qu'elle le soit.

---

<sup>13</sup> D. 2006, 554, note F. BOULANGER.

<sup>14</sup> Cass. civ. 1re, 24 oct. 2012, n° 11-18.849, *Procédures* 2012, comm. 358, nos obs. ; *JCP G* 2012, 1191, obs. Y. FAVIER.

<sup>15</sup> Cass. civ. 1re, 20 juin 2012, n° 11-19.377, *Dr. fam.* 2012, comm., 133, C. NIERINCK.

A l'issue de ce rapide tour d'horizon des liens procédure et famille, il n'est pas excessif de conclure à l'existence de spécificités procédurales en matière familiale. Plus encore, il ne saurait y avoir de droit civil de la famille sans contentieux procédural familial. Mais l'étude de ces liens conduit, au-delà, à considérer que la procédure apporte plus radicalement au droit interne et européen de la famille en transformant le lien familial.

## **II – Les apports de la procédure civile au droit civil de la famille interne et européen**

L'investigation menée des liens famille-procédure conduit au-delà de l'existence d'un contentieux proprement familial à constater l'action directe de la procédure sur la famille elle-même à un moment où l'on a pu penser à une certaine frilosité du droit civil de la famille, à tout le moins à sa demande de soutien en vue de la reconnaissance d'une appréhension élargie du concept de famille (A). En droit européen, c'est également le droit civil de la famille qui, à partir de la coopération judiciaire civile, est transformé sous couvert de mobilité internationale (B).

### **A – L'appréhension élargie de la famille par la procédure**

L'extension d'abord de la compétence juridictionnelle du juge aux affaires familiales étend le concept de famille à toutes les formes de couples, avant la loi du 17 mai 2013 (1). La réflexion sur la reconnaissance ensuite des liens de famille au-delà des règles de filiation participe du même mouvement (2).

#### **1 – Le concept de famille élargi à toutes les formes de couple**

Chacun se souvient de la saisine du Conseil constitutionnel sur la question de savoir s'il y avait atteinte à l'égalité entre les différentes formes de couple par l'absence de droit à pension de réversion en dehors du couple marié (Code des pensions civiles et militaires de

retraite, art. L.39) ?<sup>16</sup> Au visa de l'article 6 DDHC, le Conseil rappelait en liminaire que la loi « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle unisse ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un est l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ». Il est ensuite conclu que « le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui reconnaît l'article 34 de la Constitution, défini trois régimes de vie de couple qui soumettent les personnes à des droits et des obligations différents ; que la différence de traitement quant au bénéfice de la pension de réversion entre les couples mariés et ceux qui vivent en concubinage ou sont unis par un PACS ne méconnaît pas le principe d'égalité ». Cette pension de réversion a pour objet est-il souligné de compenser la perte de revenus que le conjoint survivant subit du fait du décès de son époux fonctionnaire civil. Ce qui était très intéressant dans cette décision est l'analyse qui est faite des trois formes de vie en couple par le Conseil :

- le concubinage, défini par l'article 515-8 CC, les concubins, à la différence des époux, ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune obligation réciproque ;
- le PACS, conformément à l'article 515-4 CC, les partenaires sont assujettis à des obligations financières réciproques et à l'égard des tiers ; que toutefois le Code civil ne confère aucune compensation pour pertes de revenus en cas de cessation du PACS au profit de l'un des partenaires, ni aucune vocation successorale au survivant en cas de décès d'un partenaire ;
- « le régime du mariage a pour objet non seulement d'organiser les obligations matérielles et patrimoniales des époux pendant la durée de leur union, mais également d'assurer la protection de la famille ; que ce régime assure aussi une protection en cas de dissolution du mariage » .

La référence à la protection de la famille est le maître mot. Le droit à pension de réversion ne se conçoit qu'en termes de solidarité familiale. Le dernier bastion qui permettait de distinguer le mariage du PACS et du concubinage est la notion de famille. Le Pacs et le concubinage restent la limite du lien familial, plus proche de l'organisation interpersonnelle de la vie à deux. La procédure civile, sous l'impulsion du recteur Serge Guinchard, s'était deux ans auparavant refusée à exclure ces deux formes d'union de la famille. L'extension

---

<sup>16</sup> Déc. n° 2011-155 QPC du 29 juillet 2011, D. 2012, *Panorama Contentieux familial*, précité, nos obs.

substantielle des compétences du juge aux affaires familiales validée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 confère au juge la connaissance de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, des demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins, de la séparation de biens judiciaire, sous réserve des compétences du président du tribunal de grande instance et du juge des tutelles des majeurs .

Nous avons pu écrire que ce nouveau texte témoignait de la volonté du groupe de travail « Guinchard » et, avec lui, du législateur, d'intégrer au cœur de la famille toutes les formes de vie commune. Il ne s'agit donc pas d'une simple modification procédurale, mais bien d'un choix sur ce qui constitue la famille. Ce constat rejoint celui qui a été fait par le professeur Borga en droit des affaires. Au-delà, il est permis de ne pas partager le monisme juridique que l'on souhaite imposer au droit de la famille aujourd'hui<sup>17</sup>.

## **2 – L'extension envisageable du lien de famille au-delà des règles de la filiation**

On songe, bien sûr, à la délégation de l'autorité parentale et à l'accession de la parentalité entre personnes de même sexe notamment. L'article 377, al. 1er CC dispose : « *Les père et mère, ensemble ou séparément, peuvent, lorsque les circonstances l'exigent, saisir le juge en vue de voir déléguer tout ou partie de l'exercice de leur autorité parentale à un tiers, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants ou service départemental de l'aide sociale à l'enfance* ». Sur ce fondement, les juridictions admettent régulièrement la possibilité pour des couples de même sexe dont l'un des membres a enfanté de déléguer à l'autre partie de l'autorité parentale<sup>18</sup>. Mais c'est là œuvre

---

<sup>17</sup> Y. LEQUETTE, Observations sur le " nominalisme législatif " en matière de filiation, *Mél. G. Viney*, 2008, p. 647, et qui peut être, *mutatis mutandi*, transposé à la notion de famille, à ceci près que, pour l'instant, les règles de fond restant différentes en droit patrimonial de la famille selon le type de vie commune, les personnes vivant ensemble auront simplement le même juge, *Dalloz Panorama Contentieux*, 2012, nos obs.

<sup>18</sup> La Cour de cassation a même admis que délégation soit faite à la compagne de la mère décédée, avec l'accord du père, plutôt qu'au profit de la sœur de la mère décédée : « Mais attendu, d'abord, qu'aucune disposition légale n'impose au juge de choisir par priorité parmi les membres de la famille, le tiers à qui il délègue tout ou partie de l'autorité parentale ; qu'il lui appartient seulement de rechercher si les circonstances exigent une telle délégation et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant ; qu'ayant relevé que les enfants résidaient depuis le décès de leur mère au domicile de la personne qui avait été désignée par cette dernière pour les prendre en charge en cas de décès, qu'ils entretenaient des liens de proximité et d'affection avec cette personne qui faisait partie de leur vie depuis leur plus jeune âge, que selon l'enquête de gendarmerie, les enfants étaient bien intégrés dans la vie associative de la commune et qu'ils jouissaient d'une bonne estime au sein de la population et de leur propre voisinage, que leur situation auprès de Mme Y..., dotée de capacités éducatives et affectives, constituait un repère stable puisque les enfants avaient toujours vécu dans la région de Montpellier, la cour d'appel, sans prendre uniquement en considération le souhait exprimé par les enfants, a pu décider qu'il était de l'intérêt de ceux-ci de fixer leur résidence chez Mme Y... et de déléguer partiellement à celle-ci l'exercice de l'autorité parentale dont M. Z... était seul titulaire et de le partager entre eux ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision », Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 2008, n° 07-11273.

prétorienne plus que procédurale. La procédure civile *stricto sensu* sans étendre pour l'instant le lien de famille au-delà du lien juridique invite les commentateurs à réfléchir sur la notion de famille, lorsqu'en dépit du secret de la naissance, elle réfléchit sur le meilleur moyen de reconnaître des droits aux grands-parents de l'enfant né sous X.

Dans un arrêt remarqué, au moyen d'une demande en intervention volontaire principale dans une procédure d'adoption, des grands-parents entendaient faire reconnaître leurs droits sur l'enfant. En procédure, la demande en intervention suppose l'intérêt et la qualité pour agir. Les grands-parents prétendus, qui, pour s'opposer à l'adoption par des tiers de l'enfant abandonné à la naissance par leur fille, se greffent à l'instance en adoption plénière par ce moyen procédural, doivent rapporter leur intérêt à agir leur conférant qualité. En l'absence de lien de filiation établi entre leur fille et l'enfant, aucun lien ne peut être établi entre eux et leur petit-enfant, ils n'ont donc pas d'intérêt à s'opposer à l'adoption plénière :

*« Mais attendu que l'intervention des époux X ..., qui, en s'opposant à l'adoption plénière et en prétendant assurer la charge de l'enfant ou, au moins, créer des liens avec lui, forment des demandes propres, est une intervention principale ; qu'elle suppose la réunion d'un intérêt et d'une qualité pour agir ; que l'arrêt retient, d'abord, par motifs propres et adoptés, que, pour leur conférer qualité pour agir, doivent être établis le lien de filiation qui les unit à D ... X..., et celui allégué entre celle-ci et C ... ; puis, que le nom de la mère ne figure pas dans l'acte de naissance de l'enfant et que celle-ci a, au contraire, souhaité que son identité ne soit pas connue, aucune reconnaissance ou possession d'état n'ayant en conséquence existé ; encore, que l'action n'est pas une contestation, prescrite, de l'immatriculation de l'enfant comme pupille de l'Etat, le 15 février 2006 ou de son placement, le 3 mai 2006, en vue de l'adoption ; que la cour d'appel a exactement déduit de ces éléments, sans que la modification, par la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, de l'article 326 du code civil soit susceptible de modifier cette situation, qu'en l'absence de filiation établie entre leur fille et C ..., les époux X ... n'avaient pas qualité pour intervenir à l'instance en adoption »<sup>19</sup>.*

---

<sup>19</sup> Civ. 1, 8 juill. 2009, n° 08-20.153, D. 2009. AJ 1973, obs. C. Le Douaron ; AJ fam. 2009. 350, obs. F. Chénéde ; RDSS 2009. 972, obs. T. Tauran ; RTD civ. 2009. 708, obs. J. Hauser ; D. 2010. 989, nos obs.

La Cour de cassation a refusé d'ouvrir, par la voie procédurale, la possibilité d'établissement d'un lien de filiation transgénérationnel lorsque la mère en a indirectement refusé le principe. Le refus d'une solution renouvelée en droit de la famille a été vivement critiqué, d'autant plus que l'absence d'intérêt à agir des grands-parents en droit est, par simple bon sens, difficilement contestable en fait<sup>20</sup>. Le vrai débat est de savoir si l'on doit permettre à la famille par le sang d'agir, hors délai, pour établir le lien de filiation avec un enfant dont elle ignorait souvent l'existence pendant le délai utile pour agir, et alors que cet enfant a déjà été placé dans une famille adoptive. Le débat a été relancé par une cour d'appel en 2011<sup>21</sup>. L'action fut jugée recevable sur le fondement de l'article L. 224-8 du Code de l'action sociale et des familles. Les grands-parents n'ayant aucun lien de droit avec l'enfant en raison de l'anonymat de l'accouchement, la cour d'appel a retenu l'existence d'un lien de fait avec ce dernier.

Les liens entre la procédure et la famille alimentent la réflexion de fond du droit civil de la famille, il en est de même sous l'angle du droit européen.

## **B – La construction d'un droit civil européen de la famille par la coopération judiciaire civile**

La coopération judiciaire civile à l'intérieur de l'espace de justice européen est l'outil de construction d'un droit européen de la famille à partir des questions de compétence juridictionnelle, de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues. Bruxelles II bis a été pionnier en ce domaine, et depuis le champ de la matière familiale s'est largement étendu. Il est impossible d'envisager l'intégralité de l'apport de la coopération judiciaire au droit civil de la famille. On peut cependant noter quelques traits du règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 et des règlements ultérieurs, qui révèlent la physionomie prise par ce droit de la famille au sein de l'Union européenne.

Parmi ceux-ci :

- l'existence de la règle particulière du « juge le mieux placé » pour décider de la compétence témoigne de la particularité du contentieux familial y compris au sein de l'Union européenne. Aux termes, en effet, de l'article 15 Règ. n° 2201/2003, « A titre d'exception, les juridictions d'un Etat membre compétentes pour connaître du fond peuvent, si elles estiment qu'une

<sup>20</sup> J. Hauser, *RTD civ.* 2009. 708, préc. ; P. Murat, *Dr. fam.* 2009. 108 ; F. Chénéde, préc. ; C. Le Douaron, préc.

<sup>21</sup> Angers, 26 janv. 2011, M.et MmeO..., n°10/01339, Dalloz Actualité, 02 février 2011.



juridiction d'un autre Etat membre avec lequel l'enfant a un lien particulier est mieux placée pour connaître de l'affaire, ou une partie spécifique de l'affaire, et lorsque cela sert l'intérêt supérieur de l'enfant [...] » surseoir, demander à une autre juridiction d'exercer sa compétence sous réserve, dans ce cas, de l'acceptation par l'une des parties au moins ;

- le certificat européen conférant force exécutoire aux décisions relatives au déplacement illicite d'enfant pour faciliter le retour de celui-ci auprès du parent ayant la garde, avant même que Bruxelles I bis (règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 ) n'ait généralisé à la suppression de la procédure d'exequatur ;

- le recours à la loi d'autonomie pour choisir la loi applicable au divorce et réduire les situations de forum shopping résultant du prix de la course dans le cadre du traité dit de Rome III, règlement n° 1259/2010 du 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps ;

- l'avènement d'une forme de droit mondialisé avec le règlement n° 04/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires ;

- la suppression des frontières entre le droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille avec le règlement relatif aux successions et les propositions de règlement relatives aux régimes matrimoniaux ou aux indivisions des partenariats enregistrés.

La technicité et l'ampleur des questions procédurales et de droit international interdisent de traiter ici du contenu des liens exprimés entre la procédure et le droit civil de la famille. Il faut cependant observer la construction en marche de ce droit familial à partir de la coopération judiciaire civile renforcée par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, laquelle se trouve enrichie par ses liens avec la charte des droits fondamentaux et ses liens avec la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme. Autant d'éléments qui ouvre le lien familial en dehors du droit civil de la famille, par le moyen de la procédure, sur une vision européenne de celui-ci. C'est donc un beau mariage que celui du droit civil de la famille et de la procédure. Gageons que celui-là restera indissoluble.