



HAL
open science

La contribution du juge judiciaire à la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille

Alexis Alvarez Elorza

► **To cite this version:**

Alexis Alvarez Elorza. La contribution du juge judiciaire à la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Droit. Université de Pau et des Pays de l'Adour (UPPA), 2018. Français. NNT : . tel-03287894

HAL Id: tel-03287894

<https://hal.science/tel-03287894>

Submitted on 16 Jul 2021

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.

THÈSE

UNIVERSITÉ DE PAU ET DES PAYS DE L'ADOUR
École doctorale des Sciences Sociales et Humanités (ED 481)

Présentée et soutenue le 11 décembre 2018
par Alexis ALVAREZ ELORZA

pour obtenir le grade de docteur
de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour
Spécialité : Droit privé

LA CONTRIBUTION DU JUGE JUDICIAIRE À LA RÉVÉLATION DE L'UNITÉ CONCEPTUELLE DE LA NOTION DE FAMILLE

MEMBRES DU JURY

RAPPORTEURS

- François CHÉNEDÉ (Rapporteur)
Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon III
- Vincent ÉGÉA (Rapporteur)
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

EXAMINATEURS

- Anne LEBORGNE
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille
- Sophie PARICARD
Professeur à l'Université de Toulouse I Capitole
- Marc AZAVANT
Maître de conférences HDR à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour

DIRECTEUR

- Virginie LARRIBAU-TERNEYRE
Professeur à l'Université de Pau et des Pays de l'Adour



L'Université de Pau et des Pays de l'Adour n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à exprimer mes remerciements à Madame le Professeur Virginie Larribau-Terneyre pour la confiance qu'elle m'a accordée en acceptant de diriger cette thèse, pour son soutien et ses conseils avisés, lesquels m'ont permis d'accomplir mes travaux de recherche. Je tiens particulièrement à la remercier pour sa bienveillance tout au long de ces années de doctorat, non seulement dans le cadre de la réalisation de cette thèse, mais également dans tous les projets auxquels j'ai pu participer. Merci encore pour tout.

J'exprime ma gratitude aux membres du jury qui ont accepté de lire cette thèse. Ma réflexion ne pourra qu'être enrichie par la pertinence de leurs observations et commentaires.

J'adresse mes remerciements aux membres du Centre de recherche et d'analyse juridiques (CRAJ) de l'Université de Pau et des Pays de l'Adour.

Je remercie également mes amis et camarades du doctorat, qui m'ont toujours soutenu. De même, je remercie Maître Arnaud Sabin pour son temps, son écoute et ses conseils. Je remercie aussi mes parents, qui ont été toujours présents malgré la distance. Enfin, je remercie Cécilia pour tout l'amour, la patience et le soutien qu'elle m'a accordé pendant ces longues années de doctorat.

Liste des abréviations

<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique. Famille
<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
art.	Article
art. préc.	Article précité
Ass. plén.	Assemblée Plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. Civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C. cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
C. pén.	Code pénal
C. proc. civ.	Code de procédure civile
CA	Cour d'appel
<i>CCC</i>	Cahiers du Conseil constitutionnel
CE.	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDH	Convention européenne des droits de l'homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers
CGI	Code général des impôts
CIDE	Convention internationale des droits de l'enfant
Circ.	Circulaire
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CNRTL	Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales
COJ	Code de l'organisation judiciaire
Cons. Const.	Conseil constitutionnel
Const.	Constitution
<i>CRDF</i>	Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CSP	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
Décr.	Décret
<i>Dr. et Pat.</i>	Revue droit et patrimoine
<i>Dr. fam.</i>	Revue droit de la famille
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>infra</i>	Voir ci-dessous
<i>J. Cl</i>	Juris-classeur. Encyclopédie
JAF	Juge aux affaires familiales
<i>JCP G</i>	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition générale
<i>JCP N</i>	Juris-classeur périodique (Semaine juridique), édition notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
<i>Mél.</i>	Mélanges
<i>NCCC</i>	Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel

<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	Page
PACS	Pacte civil de solidarité
Pan.	Panorama
<i>RDSS</i>	Revue de droit sanitaire et social
Règl.	Règlement
<i>Rép. Dr. Int. Privé</i>	Répertoire de droit international privé
Rép. Min.	Réponse ministérielle
<i>Rép. proc. civ.</i>	Répertoire de procédure civile
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RJPF</i>	Revue juridique Personnes et Famille
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
s.	Suivants.
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	Spécialement
<i>supra.</i>	Voir ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de Grande Instance
TI	Tribunal d'Instance
TLFi	Trésor de la langue française informatisé
UE	Union européenne
V.	Voyez

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE : La révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille dans le lien familial

Titre 1 La perception par le juge de l'unité conceptuelle de la notion de famille

Chapitre I : La compétence et la prétention comme moyens de la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille

Chapitre II La perception de l'unité conceptuelle dans les différentes sortes de prétentions

Titre 2. La révélation des sources de l'unité conceptuelle de la notion de famille

Chapitre I La révélation de la source duale du lien familial

Chapitre II La révélation de la marge de manœuvre du juge dans la construction du concept de lien familial

SECONDE PARTIE : La révélation des éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille

Titre 1 Un lien juridique modelé par les caractères issus de la règle d'ordre public familial

Chapitre I L'identification des caractères issus de la règle d'ordre public familial

Chapitre II La vérification par le juge des caractères issus de la règle d'ordre public familial dans le lien familial

Titre 2 Un lien juridique fondé sur la volonté caractérisée de constituer une famille ou *animus familiae*

*Chapitre I L'identification de l'*animus familiae* comme un élément constitutif du lien familial*

*Chapitre II L'appréhension de l'*animus familiae* par le juge judiciaire*

« J'avais demandé à mon grand-père s'il y avait par hasard des familles qui étaient plus vieilles que les autres... » « Non, en vérité, toutes les familles étaient aussi anciennes les unes que les autres. Tout le monde avait un père et une mère, deux grands-pères et deux grand-mères, et huit arrière-grands-parents »¹.

INTRODUCTION

1. Qu'est-ce que la famille ? S'il est possible d'avoir une idée du contenu et de la forme de la famille, il semble très compliqué d'exprimer d'une façon brève et concrète sa définition². Autrefois, le modèle familial fondé exclusivement sur l'alliance et sur la parenté permettait d'apporter une définition suffisante, conforme aux mœurs et à l'état du droit positif³. Aujourd'hui, on constate une diversité de situations familiales. Ainsi, il semblerait qu'il n'existe pas un seul modèle familial, mais plusieurs modèles familiaux⁴. C'est pourquoi certains auteurs ne parlent plus du droit de la famille, mais du droit *des familles*⁵. Cette diversité rend probablement impossible⁶ et même périlleux⁷ de donner la définition de la notion de famille. Toutefois, l'importance de la famille et la nécessité de sauvegarder les droits familiaux des personnes et de garantir une sécurité juridique aux membres de la famille

¹ D'ORMESSON (J.), « Au plaisir de Dieu », Folio, Gallimard, 1974, p. 14.

² COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », 7^e éd., Dalloz, Sirey, 2017, p. 1, n° 1 ; LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 1 : « la famille est une notion complexe » ; *ibid.*, n° 6 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », LexisNexis, 2016, p. 1, n° 1 ; HENNERON (S.), « La notion de famille n droit positif français », thèse, Lille, F. Dekeuwer-Défossez (*Dir.*), 2002, p. 5, n° 1 ; JAMBU-MERLIN (R.), « Quelques réflexions sur la définition juridique de la famille », in *Mél.G. Flattet*, Payot, 1985, p. 53 et s. ; REGLIER (A.-C.), « L'appréhension de la famille européenne », thèse, Aix-Marseille, A. LEBORGNE (*Dir.*), 2013, p. 1, n° 1.

³ PIERRE (M.), « Qu'est-ce que la famille », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, C. Neirinck (*Dir.*), Érès, 2003, p.21 et s. ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », coll. Droit civil, LGDJ, Lextenso, 2018, p. 18, n° 4 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », coll. Précis, 9^e éd, Dalloz, 2018, p. 20, n° 17

⁴ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mél. C. MOULY*, t. 1, Litec, Paris, 1998, p. 281 et s. ; FULCHIRON (H.), « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Defrénois* 2005, n° 19, p. 1461 ; TERRASSON DE FOUGERES (A.), « Le modèle dans le droit de la famille. Notion et fonction (Essai de droit comparé interne) », thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1994.

⁵ FULCHIRON (H.), « Penser la famille au pluriel ? », *Dr. fam.* 2017, repère 9 ; LEQUETTE (Y.), « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mél. G. Champenois*, Defrénois, Lextenso éditions, 2012, p. 523, et s. ; LEMOULAND (J.-J.), « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, p. 133.

⁶ LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 6 : « S'il est probablement impossible de s'accorder pour en donner une définition unique en raison de la complexité, de la diversité de la notion et de son caractère évolutif, en revanche, on reconnaît de façon unanime l'importance de la famille. »

⁷ LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Famille », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials, Quadriga, Lamy, PUF, 2003, p. 698 et s.

imposent la recherche de sa compréhension et de sa rationalisation. Ainsi, plusieurs questions se posent : existe-t-il une unité dans la diversité des situations familiales ? Peut-on découvrir l'élément commun sur lequel sont fondées toutes les familles ? Est-il possible de révéler la forme et le contenu de cet élément ? Qui pourrait être l'observateur efficace qui réalise cette découverte et opère cette révélation ? La notion de famille peut-elle être rationalisée sur le fondement de cet élément ? Dans le cadre de cette étude, nous nous proposons de tenter d'apporter une réponse à ces questions.

2. La notion de famille est la représentation⁸ du paradigme⁹ qui rationalise la réalité du phénomène familial. Le paradigme familial est la conceptualisation de l'ensemble des croyances, des valeurs reconnues et des techniques¹⁰ considérées comme propres à la famille. Il cherche à décrire et définir la substance de la famille afin de pouvoir donner une explication aux changements qu'elle subit¹¹.

3. La notion de famille a pour objet de saisir, de produire, de communiquer et de manier les éléments¹² qui composent le paradigme familial, lequel appréhende la famille en tant qu'institution juridique¹³. Ainsi, l'institution familiale est l'ensemble permanent, systémique et organique des règles de droit ordonnées et coordonnées¹⁴ qui règlent les rapports familiaux.

⁸ V. sur la fonction de la « notion » dans l' « outillage conceptuel des juristes », BERGEL (J.-L.) « Méthodologie juridique », Thémis, PUF, Paris, 2001, p. 50 et s. : « Saisissant par la pensée un phénomène ou une chose sensible sous une représentation générale, cette conceptualisation des faits est le moyen pour les juristes 'de les placer sous l'empire du droit et à la place qu'il leur assigne' » ; *ibid.* p. 51 : « Les concepts sont donc 'les instruments par lesquels le droit a prise sur la réalité'. Ils sont d'autant plus nécessaires pour assurer un ordre rationnel dans une société que celle-ci est plus complexe, car ils permettent d'extraire le réel ce qui est essentiel pour l'analyser et le traiter. »

⁹ V. « Paradigme », in *TLFi, site du Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRT)*, CNRS, spéc. C. : « Conception théorique dominante ayant cours à une certaine époque dans une communauté scientifique donnée, qui fonde les types d'explications envisageables, et les types de faits à découvrir dans une science donnée. » ; V. aussi « Paradigme », in *Dict. de l'Académie française*, spéc. 3. : « L'ensemble des représentations admises à un moment donné de l'histoire des sciences, et qui orientent le choix des problèmes à résoudre et la manière de les appréhender. »

¹⁰ V. sur la fonction du paradigme dans l'évolution et la stabilisation de la science, KUHN (TH.), « La structure des révolutions scientifiques », Flammarion, France, 1983 ; V. pour la notion de paradigme, *ibid.*, p. 238-239 : « Le terme *paradigme* est envisagé dans deux sens différents :

1. Il représente tout l'ensemble de croyances, de valeurs reconnues et de techniques qui sont communes aux membres d'un groupe donné.

2. Il dénote un élément isolé de cet ensemble : les solutions concrètes d'énigmes qui, employées comme modèles ou exemples, peuvent remplacer les règles explicites en tant que bases de solutions pour les énigmes qui subsistent dans la science normale.

¹¹ KUHN (TH.) *op. cit.*, p. 39.

¹² BERGEL (J.-L.) « Théorie générale du droit », coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, p. 226, n° 169.

¹³ V. « Institution », in *Vocabulaire juridique*, CORNU (G.), Assoc. H. Capitant, 11^e éd., Quadrige, PUF, 2016, spéc. 1 : « En un sens général et large, éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale : ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sens d'une collectivité ; on parle ainsi de l'histoire des institutions. »

¹⁴ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 209, n° 153.

Ces rapports sont régis par d'autres institutions juridiques¹⁵, telles que le mariage, la filiation, l'autorité parentale, ou encore le Pacte civil de solidarité si tant qu'il s'agisse d'un lien familial¹⁶, etc. La fonction de cet ensemble d'institutions est de rattacher les membres de la famille en leur imposant une certaine interdépendance¹⁷. Au cœur de la notion de famille, existe-t-il alors une idée maîtresse¹⁸ qui apporterait la stabilité au système et garantirait l'articulation cohérente et homogène des éléments qui la composent¹⁹, ce que nous appellerons l'unité conceptuelle de la notion ?²⁰ Elle constituerait le noyau dur autour duquel se construit l'ensemble des éléments qui constituent la famille²¹. L'unité conceptuelle constituerait l'élément essentiel du système qui représente la notion, car elle assurerait la cohésion des éléments de la notion. Elle caractériserait aussi son unicité, car elle refléterait la spécificité du phénomène familial, tel qu'appréhendé par le droit. L'identification de l'unité conceptuelle de la notion de famille permettrait donc la représentation juridique effective de la famille, même si le phénomène dépasse le strict cadre du droit.

Avant d'être une notion juridique, la famille doit en effet être appréhendée comme un phénomène²² en ce sens qu'il s'agit d'un fait qui peut être saisi par l'observation ou l'expérience et susceptible de faire l'objet d'une étude scientifique pluridisciplinaire.

4. Pour les sciences humaines et sociales non juridiques, la forme et la structure de la famille seraient ainsi le résultat de la combinaison des forces sociales, économiques et

¹⁵ *Ibid.*, p. 211, n° 155.

¹⁶ V. *supra*, n° 127 à 135.

¹⁷ Pour M. Bergel, l'idée maîtresse qui ordonne l'ensemble de règles et d'institutions qui constitue la famille est la solidarité, la communauté de vie et d'intérêt ou de cellule sociale (*ibid.*, p. 214, n° 159).

¹⁸ *Ibid.*, p. 210, n° 154 : Selon M. Bergel, l'institution est pour le juriste « un corps des règles » de droit organisées autour d'une « idée maîtresse ». Pour ce qui est de l'institution de la famille, cette idée maîtresse serait son organisation. Cette dernière détermine la manière dont les règles sont ordonnées, groupées et hiérarchisées. L'idée maîtresse maintient la logique et l'équilibre de l'institution et les règles qui régissent son existence, sa composition et son fonctionnement permettent l'organisation juridique du phénomène social appréhendé par le droit, en l'occurrence la famille.

¹⁹ *Ibid.*, p. 211, n° 156 : « On perçoit dès lors l'utilité du concept d'institution juridique. Il permet de rassembler autour d'un intérêt commun et d'une même inspiration des règles dispersées sous des rubriques différentes dans les textes ou les codes, mais qui sont complémentaires par la finalité et l'esprit qui les animent. Le recours à la théorie de l'institution permet dès lors de recenser tous les éléments disparates d'un même phénomène juridique ».

²⁰ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950 I. 851, n° 4.

²¹ La famille est donc constituée de plusieurs institutions ; telles que le mariage, les autres modes de vie de couple, la filiation, l'autorité parentale, les obligations entre ; lesquelles sont elles aussi constituées de plusieurs règles de droit.

²² V. « Phénomène », in *Dictionnaire Larousse* : « Fait naturel constaté, susceptible d'étude scientifique, et pouvant devenir un sujet d'expérience ». « Fait observé, en particulier dans son déroulement ou comme manifestation de quelque chose d'autre » ; V. aussi « Phénomène », in *Dictionnaire de l'Académie française* : Ce qui apparaît, se produit, se manifeste et peut être saisi par l'expérience ou l'observation. »

culturelles²³. Parmi ces sciences, l'anthropologie, la sociologie et même la démographie essayent d'analyser la structure et la fonction de la famille. L'anthropologie étudie les différents modèles de famille²⁴. Au XIXe siècle, le sociologue Frédéric Le Play a abandonné l'approche universaliste de l'époque et proposée la première nomenclature des structures familiales reparties en Europe²⁵ : la famille patriarcale²⁶, la famille-souche²⁷ et la famille instable²⁸, laquelle pourrait être rapprochée de la famille nucléaire contemporaine. La sociologie, quant à elle, apporte des nuances au discours de la crise de la famille²⁹ en analysant sa composition³⁰ et les effets de la modernisation de la famille sur sa structure³¹. Celle-ci est passée, selon la théorie d'Émile Durkheim³², de la famille « paternelle » et étendue de l'Ancien régime, comprenant le père, la mère et toutes les générations issues d'eux, sauf les filles et leurs descendants, à la famille « conjugale », composée du mari, de la femme et les descendants mineurs et célibataires. Cette transformation résulte d'un processus d'individualisation qui commence avec la Révolution française³³ et qui implique que l'individu est d'abord défini par lui-même et non pas par un lien de filiation. La famille moderne résulterait alors de cette transformation, caractérisée par un d'un double mouvement, d'abord de privatisation, dans lequel l'attention est portée à la qualité des relations interpersonnelles, puis de socialisation, qui suppose une intervention plus importante de l'État. La famille a dès lors acquis une nature hybride : d'une part, elle relève de la vie privée des personnes et permet de protéger leur individualité, d'autre part, elle devient un organe secondaire de l'État, lequel

²³ SEGALEN (M.), « Penser la famille : regards croisés de l'histoire et de la sociologie », in *Comment va la famille ?*, Cahiers français, 371, doc. fr., 2012, p. 3.

²⁴ MICHEL (A.), « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », in *Arch. philo. drot.*, t. 20, *Réformes du droit de la famille*, Sirey, 1975, p. 127.

²⁵ LE PLAY (F.), « L'organisation de la famille », Tours, Mame, 1875.

²⁶ La famille patriarcale est autoritaire et égalitaire. Elle produit les formes familiales les plus denses. Ainsi, les fils ont un droit égale à la succession du père. Cette famille est étendu, car les fils, une fois mariés, continuent de vivre avec la génération précédente, ce qui donne lieu à une communauté familiale « indivise ». Une fois que le chef de la famille décès, chaque fils peut partir de la maison familiale afin de créer une nouvelle famille, de laquelle il sera le patriarche (V. TODD (E.), « La troisième planète. Structures familiales et systèmes idéologiques », Seuil, 1983, p. 14.

²⁷ La famille-souche est autoritaire et inégalitaire. Le père exerce son contrôle sur ses fils, dont un seulement lui succède à la tête de l'exploitation familiale. Le reste de la fratrie doit sortir alors de la famille et subsister sans se marier. L'héritier dans cette famille peut être l'aîné, le puîné (le dernier fils) ou un fils choisi par le père entre tous (*Ibid.*).

²⁸ La famille instable ou nucléaire, implique une séparation rapide du père des fils, ainsi qu'un partage égalitaire de l'héritage entre les enfants (*Ibid.*)

²⁹ SEGALEN (M.), « Penser la famille : regards croisés de l'histoire et de la sociologie », art. préc.

³⁰ DE SINGLY (F.), « Sociologie de la famille contemporaine », p. 11.

³¹ SEGALEN (M.), « Penser la famille : regards croisés de l'histoire et de la sociologie », art. préc. p. 3.

³² DURKHEIM (É.), « La famille conjugale. Cours de 1982 », *Rév. philosophique*, 1921, p. 4 : http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_3/textes_3_2/famille_conjugale.pdf.

³³ DE SINGLY (F.), « Sociologie de la famille contemporaine », 3^e éd., Armand Colin, Barcelone, Espagne, 2007.p. 11.

pose les règles relatives à la constitution et au fonctionnement de la famille³⁴. Ainsi, la famille moderne est fondée sur trois caractères essentiels : « l'amour dans le mariage, la division stricte du travail entre l'homme et la femme, l'attention portée à l'enfant, à sa santé et à son éducation »³⁵.

Il faut tout de même relativiser ce passage de la famille étendue vers la famille nucléaire³⁶. En effet, il existe toujours, bien que de façon résiduelle et dans des régions relatives circonscrites (l'Occitanie et l'Alsace-Lorraine principalement), des exemples des familles étendues, appelées par certains auteurs « familles complexes », qui impliquent des ménages comprenant plus d'un couple, avec ou sans enfants³⁷.

La sociologie peut alors affirmer que chaque époque et, en moindre mesure, chaque région connaît une structure familiale prédominante³⁸. Cependant, elle constate aussi que la famille comporte une puissance de résistance et d'adaptation remarquable³⁹. Ainsi, le passage de la famille moderne à la famille contemporaine - « famille moderne 2 » selon François de Singly – traduit un approfondissement des principes de l'individualisation. En effet, les demandes sociétales qui revendiquaient une place plus importante de l'individu tout en demandant l'égalité entre l'homme et la femme ont augmenté et acquis une puissance considérable à partir des années 1960. Un exemple est le mouvement féministe, qui réclamait un changement de la situation de la femme, laquelle ne souhaitait plus être uniquement considérée comme une épouse et comme une mère, mais avant tout comme une personne⁴⁰. À cela s'ajoute le changement de conception du mariage, qui devient avant tout un endroit d'épanouissement de l'individu. La force des exigences de l'affection a fini par affaiblir l'importance du mariage. Le bonheur et la satisfaction personnels sont les objectifs prioritaires des personnes et la famille est un moyen d'atteindre ce bonheur⁴¹ : « la famille est au service de chacun de ses

³⁴ *Ibid.*, p. 12.

³⁵ *Ibid.*, p. 20.

³⁶ Si les sociologues des années 1950, représentés notamment par Talcott Parsons, pensaient que l'industrialisation impliquait la dissolution des liens de parenté et le rétrécissement de la famille à une forme nucléaire, la sociologie contemporaine constate que l'industrialisation n'a pas provoqué la réduction de ce groupe domestique. En effet, dans les premières grandes usines, la base familiale était la base du travail. Les membres de la famille étaient donc les ouvriers des ateliers artisanaux (M. Segalen « Penser la famille : regards croisés de l'histoire et de la sociologie », art. préc.) À cet égard, Alan Mac Farlane a constaté que la famille nucléaire était antérieure à la période industrielle, car elle existait déjà en Angleterre au Moyen âge (A. Mac Farlane, « The origins of the English individualism. The family, property and social transition », Oxford, Basil Blackwell).

³⁷ TODD (E.), LE BRAS (H.), « Le mystère français », Seuil, République des idées, 2013, p. 40.

³⁸ V. pour une analyse très intéressante des différentes structures en France par région, TODD (É.), LE BRAS (H.), *op. cit.*, p. 48 et s.

³⁹ SEGALEN (M.), « Penser la famille : regards croisés de l'histoire et de la sociologie », art. préc.

⁴⁰ DE SINGLY (F.), *op. cit.*, p. 21.

⁴¹ *Ibid.*, p. 22.

membres »⁴². C'est pourquoi le maintien d'une forme traditionnelle de la famille ne constitue plus un objectif pour les personnes. D'autres formes familiales que la famille traditionnelle sont alors apparues. Certaines de ces formes existaient déjà en réalité, telles que la famille recomposée ou monoparentale, mais elles ont été reconnues par la société et appréhendées relativement par le droit⁴³. En revanche, la famille homoparentale a été véritablement créée, il est vrai, à partir des structures familiales déjà existantes, notamment de la famille traditionnelle : seul le couple marié de même sexe a accès à la filiation.

5. Les sciences humaines et sociales non juridiques, en étudiant le phénomène familial, expliquent l'évolution des structures familiales. Pour autant, c'est le droit qui les modèle⁴⁴. C'est pourquoi il semble pertinent d'analyser la notion de famille retenue par le droit afin de comprendre son unicité. Or, cette notion de famille est particulièrement difficile à appréhender en l'absence de toute définition juridique dans les textes. Pendant longtemps le flou notionnel n'était pas gênant car on savait ce qu'était la famille, donc il n'était pas nécessaire de la définir (pas plus que le mariage) : constituée à partir du couple marié avec les enfants (famille nucléaire) à laquelle est attachée le maximum des effets et famille élargie comprenant toutes les personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance, seul le mariage pouvant créer l'alliance. Tel était le modèle de la famille retenu par le Code civil de 1804. À cet égard, Portalis, dans le *discours préliminaire du Code civil* affirmait que « les familles se forment par le mariage, et elles sont la pépinière de l'État »⁴⁵. La famille ne pouvait pas être constituée en dehors du mariage⁴⁶ et donc il n'existait pas de grandes difficultés pour en cerner les contours et les caractéristiques. Ainsi, la famille était construite sur une inégalité fondamentale entre les époux, laquelle impliquait que le groupe familial était sous la direction du mari, le chef de la famille, qui détenait d'une part, la puissance maritale, laquelle impliquait que la femme devait obéissance à son mari et était incapable de faire aucun acte juridique sans son autorisation et, d'autre part, la puissance paternelle, laquelle plaçait sous le pouvoir du père les enfants, rattachés de droit au mari de leur mère en raison de la présomption de paternité⁴⁷, donnant lieu

⁴² *Ibid*, p. 27.

⁴³ *Ibid*, p. 24.

⁴⁴ Jean Carbonnier affirmait que « la famille est un *phénomène* à base de données sociologiques, psychologiques – de données naturelles, en somme, que nous livrent des sciences ; mais il a été modelé par le *droit*, et il est toujours en attente d'être remodelé par une politique législative (« Droit civil », t. II, La famille, l'enfant, le couple, *op. cit.*, p. 7).

⁴⁵ PORTALIS (J.-E.-M.), « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », 1801, http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf.

⁴⁶ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 625, n° 1452

⁴⁷ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 4, n° 4.

à la filiation légitime. Il n'était pas question que les concubins puissent constituer une famille ni qu'ils aient entre eux des rapports familiaux. La maxime attribuée à Napoléon, selon laquelle « les concubins se désintéressant de la loi, la loi se désintéresse des concubins », révèle l'absence de toute prise en compte des relations de couple en dehors du mariage. De plus, l'adultère, sanctionné par la loi pénale, constituait une cause péremptoire de divorce. De même, la filiation naturelle ne pouvait produire les effets de la filiation légitime. Si l'enfant naturel pouvait être reconnu, ses droits successoraux étaient significativement plus faibles que ceux des enfants légitimes, il n'était pas réservataire et n'entraînait pas dans la famille de son auteur. Quant à l'enfant adultérin, il était impossible d'établir un lien de filiation à son égard et n'avait qu'un droit alimentaire⁴⁸.

6. Cependant, les changements subis par le phénomène familial ont engendré la montée de l'individualisme au sein de la société⁴⁹ et entraîné la transformation du paradigme familial dans la sphère juridique.

Le début de ces changements semble être fixé à la fin du XIX^e siècle⁵⁰, avec le rétablissement du divorce, supprimé par la loi du 8 mai 1816, et réinstauré par la loi Naquet du 27 juillet 1884. Des évolutions postérieures, tant légales que jurisprudentielles, ont facilité et favorisé le divorce. Cependant, c'est surtout après la Seconde Guerre mondiale que les transformations sociales vont donner lieu à une modification de la structure de la famille⁵¹. Ces changements ont été marqués⁵² par la baisse du nombre des mariages et la hausse des divorces, par l'augmentation considérable du nombre des naissances hors mariage, ainsi que par les recompositions familiales, la progression du concubinage et plus tard du Pacs. Cette évolution a provoqué l'éclatement du modèle familial⁵³.

Ces changements sont dus notamment à la libéralisation des mœurs⁵⁴, à la mise en cause du mariage et à l'évolution du droit de la famille⁵⁵. Ils résultent de la réception et de l'assimilation

⁴⁸ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 625, n° 1452 ; LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 43 ; TERRÉ (F.), GOLDIEGENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 4, n° 4.

⁴⁹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Mél. P. Catala, Le droit privé français à la fin du XX^e siècle*, LexisNexis, 2001, p. 83 et s.

⁵⁰ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 8, n° 25.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² V. en ce sens, HENNERON (S.), *op. cit.*, p. 11, n° 6 et s. ; LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 4.

⁵³ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 626, n° 1453

⁵⁴ LE BRAS (H.) et TODD (E.), « Le mystère français », La République des idées / Seuil, France, 2013, p. 15.

⁵⁵ V. en ce sens, BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », coll. Domat droit privé, 3^e éd., 2014, p. 8, n° 12 ; *ibid.*, p. 11, n° 15 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », 19^e éd, Dalloz, Sirey, 2017, p. 569, n° 1327 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.),

par le droit des principes de liberté et d'égalité. Ils ont conduit à la contractualisation⁵⁶ et à la déjudiciarisation⁵⁷ du droit de la famille, lequel a été détaché partiellement des diktats de la Biologie⁵⁸.

Il est possible d'identifier deux vagues majeures de réformes qui ont modifié le droit de la famille afin de l'adapter à la nouvelle réalité sociale et familiale. La première vague, durant les années soixante et soixante-dix, concerne les lois dirigées par le Doyen Carbonnier : le premier texte est la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, qui a instauré une égalité juridique parfaite entre les époux pour la gestion du patrimoine conjugal. Ensuite, la loi n° 70-459 du 4 juillet 1970 relative à l'autorité parentale consacre également une égalité entre le père et la mère en abrogeant la puissance paternelle, qui est substituée par l'autorité parentale. La loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation a consacré l'égalité entre les enfants naturels et les enfants légitimes. L'établissement de la filiation paternelle et l'instauration d'une action aux fins de subsides a amélioré la situation des enfants naturels et même adultérins, même si ces derniers faisaient toujours l'objet d'une discrimination successorale. Enfin, la loi n° 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, qui a consacré une pluralité des causes de divorce à côté du divorce pour faute, dont le divorce pour rupture de la vie commune et surtout le divorce par requête conjointe⁵⁹. Si cette vague a fragilisé la stabilité

« Droit de la famille », *op. cit.*, p. 9, n°s 26 et s. ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 7, n°s 12 et s. ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », coll. Cours Magistral, Ellipses, 2014, p. 45, n°s 51 et s. ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 22, n°s 12 et s. ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 7, n° 6.

⁵⁶ FENOUILLET (D.), DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.) (*Dir.*), « La contractualisation de la famille », coll. Études juridiques, Economica, 2001.

⁵⁷ Le législateur a favorisé, par la loi du 4 mars 2002, le recours à la médiation familiale afin de résoudre les conflits concernant l'autorité parentale. Il en va de même pour ce qui est de la loi du 26 mai 2004, qui favorise la médiation familiale et les autres modes amiables de règlement des conflits afin de régler les différends entre les époux. La loi du 18 novembre 2016 a également affiché l'intention du législateur de favoriser la déjudiciarisation d'une partie du droit de la famille en consacrant le divorce par consentement mutuel sans juge et en prônant le règlement amiable de conflits et le recours à la médiation familiale. En ce sens, dans son article 7, la loi dispose à titre expérimental, pour une durée de trois ans, une médiation familiale obligatoire préalable à la saisine du juge par les parents, concernant 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, ainsi que la modification des stipulations contenues dans la convention passée entre les parents.

⁵⁸ Ce détachement a eu lieu par l'ouverture de toutes les formes de vie de commune aux couples de même sexe, ainsi que par le droit d'adopter conféré aux couples mariés de même sexe. Toutefois, en matière de parenté, le détachement n'est que partiel, car la différence de sexe entre les parents est toujours une condition pour pouvoir établir un lien de filiation, hormis l'adoption par les couples mariés ; v. en ce sens, Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis, n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *Procédures* 2018, comm. 151 M. Douchy-Oudot ; v. aussi, ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : quel statut pour l'engendrement ? », in *L'ouverture du mariage aux couples de même sexe*, Y. Lequette, D. Mazeaud (*Dir.*), coll. Colloques, éd. Panthéon-Assas, 2014, p. 165.

⁵⁹ V. BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 627, n° 1454 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 7, n° 10 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 5, n° 5.

et la puissance du mariage, notamment à partir de la réforme du divorce et de la filiation, elle montre l'attachement du législateur au mariage et à la famille dite légitime.

La seconde vague, qui a eu lieu à la fin du XXe siècle semble avoir entraîné une modification profonde du paradigme familial, notamment après l'introduction au Code civil du Pacte civil de solidarité (PACS) par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999. Cette loi a instauré le pluralisme juridique en matière de couple à travers ce nouveau mode de vie commune concurrent au mariage, ainsi que par la définition du concubinage. De plus, ces formes de vie de couple ont été ouvertes aux couples de même sexe. En ce domaine, la réforme du divorce par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, dont les objectifs étaient de simplifier, pacifier et accélérer le divorce, a en quelque sorte affaibli le mariage, notamment à travers la simplification du divorce par consentement mutuel, bien que le divorce pour faute ait été maintenu. En outre, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, dite « mariage pour tous », a ouvert le mariage aux couples de même sexe, le détachant ainsi du paradigme biologique, en conférant à ces couples le droit d'adopter. Plus récemment, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, a instauré un divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, qui constitue une avancée importante de la déjudiciarisation du droit de la famille. Par ailleurs, en matière de parenté, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 comporte une évolution vers l'égalité entre les filiations, en alignant la vocation de l'enfant adultérin sur celle de l'enfant légitime. De même, la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 a consacré une véritable égalité en matière d'autorité parenté entre les parents, peu important s'ils sont mariés ou non. En ce qui concerne la filiation, l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 a réformé l'ensemble de règles régissant l'établissement et la contestation du lien de filiation et abrogé les distinctions entre enfant légitime, naturel et adultérin. Cette ordonnance a été ratifiée par une loi n° 2009-61 du 16 janvier 2006, qui a apporté des modifications significatives en matière d'accouchement anonyme. Plus récemment, la loi du 17 mai 2013, déjà évoquée, a ouvert l'accès à la filiation aux couples de même sexe mariés, qui peuvent désormais adopter de façon conjointe et adopter l'enfant du conjoint.

7. Ces mouvements ont été par ailleurs accompagnés par un renouvellement des sources du droit de la famille⁶⁰, lui-même marqué par un mouvement de fondamentalisation qui a contribué à la remise en cause du paradigme selon lequel la famille repose exclusivement sur le mariage et la filiation et provoqué des changements dès la racine de la notion de famille.

⁶⁰ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 229 et s. ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », in *Mél. C. Neirinck, op. cit.*, p. 279 et s.

À cet égard, la construction de la notion de vie familiale par la Cour européenne des droits de l'homme a constitué une réelle perturbation de la notion de famille⁶¹.

Cette notion de vie familiale, fondée sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, fait l'objet d'une interprétation « dynamique » et « évolutive »⁶², la Convention étant, selon la formule consacrée dans l'arrêt *Marckx c/ Belgique*, « un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle »⁶³.

La notion de vie familiale visait ainsi, dès le début de son utilisation par la Cour européenne des droits de l'homme, des situations familiales plus largement entendues qu'à travers la notion traditionnelle de famille. En effet, ni les auteurs de la Convention ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont souhaité valider ou privilégier un seul modèle familial. Ainsi, tous les modèles familiaux existant en Europe entrent dans la notion de vie familiale⁶⁴.

Cette notion concerne alors tant le lien de parenté ou d'alliance juridiquement établi et consacré que le lien factuel non reconnu juridiquement. Dès lors, elle dépasse les liens existants entre le couple et leurs enfants et s'étend jusqu'aux grands-parents, frères et sœurs, oncle et neveu, personne de confiance, personne de son choix, beau-parent, etc. Le lien pris en compte n'est pas seulement celui qui est déjà établi, mais également celui à construire. Les relations potentielles sont donc prises en compte. De plus, cette notion concerne tous les modes de vie de couple, tels que le mariage⁶⁵, les partenariats enregistrés et le concubinage. À cet égard, la Cour de Strasbourg a considéré dans son arrêt *Shalck et Kopf* que la relation entre deux personnes de même sexe relève de la vie familiale⁶⁶. La notion de vie familiale intéresse donc des liens affectifs et effectifs, qui comprennent des relations personnelles entre les intéressés⁶⁷. Si l'influence de la notion de vie familiale sur la notion de famille est incontestable, elle démontre aussi qu'il existe une différence entre les deux, l'une ne se

⁶¹ En ce sens, ÉGÉA (V.), « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », préf. A. Leborgne, tome 43, coll. Doctorat & notariat, Defrénois, 2010, p. 8, n° 4 ; LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 37.

⁶² SUDRE (FR.), « Droit européen et international des droits de l'homme », 13^e éd., PUF, 2016, n° 504 et s.

⁶³ CEDH, 13 juin 1978, *Marckx c/ Belgique*, § 58 ; *GACEDH*, 2007, p. 495, F. Sudre et *alii*.

⁶⁴ LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 241.

⁶⁵ CEDH, 22 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*.

⁶⁶ CEDH 24 juin 2010, *Shalck et Kopf c/*, req. n° 30141/04 ; *D.* 2011, *Pan.*, p. 1040, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2010, p. 765, obs. J. Hauser ; *Constitutions* 2010, p. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP* 2010. 1013, note H. Fulchiron ; *JCP G* 2010. I. 859, n° 30, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. Lagarde : Pour refuser de condamner l'Autriche, la Cour EDH a considéré le défaut de consensus des pays membres sur la question du mariage homosexuel (§58), ainsi que la marge d'appréciation laissée aux États (§62), et affirmé que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux États membres d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe (§63).

⁶⁷ V. sur ce point, MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 26, n° 20 ; v. aussi SUDRE (F.) (*Dir.*), « Le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Nemesis-Bruylant, 2002.

confondant avec l'autre. Dans le cadre de cette étude nous nous intéresserons à la notion de famille, laquelle semble être sous l'emprise de la notion de vie familiale, ce point restant à confirmer.

8. Tous ces changements ont généré une perte de lisibilité et d'intelligibilité de la notion de famille⁶⁸, car l'identification de son unité conceptuelle est devenue incertaine : la famille n'est pas seulement fondée sur le mariage ou sur l'enfant⁶⁹, il existe en effet des compositions familiales, en tout cas revendiquées comme telles par les individus, qui ne présentent pas ces éléments⁷⁰. Le défaut d'une description effective de l'unité conceptuelle de la notion de famille entraîne un problème d'insécurité juridique considérable : quel est l'élément qui permet de considérer qu'il existe une famille ? Existe-t-il plusieurs familles ? Sont-elles toutes reconnues par le droit ? Peut-on alors mettre en évidence une unité conceptuelle de la notion de famille et si tel est le cas, comment l'identifier ?

I. L'objectif de mettre en évidence l'unité conceptuelle de la notion de famille

a) La question de l'existence de l'unité conceptuelle de la notion de famille

9. En l'absence, d'une définition légale, les dictionnaires généralistes⁷¹ et la doctrine juridique proposent de nombreuses définitions de la famille⁷². Si l'existence d'un élément

⁶⁸ HENNERON (S.), *op. cit.*, p. 26, n° 16 ; LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 36-37 ;

⁶⁹ V. *contre*, NERINCK (C.), « L'enfant que l'on ne peut concevoir », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, *op. cit.*, p. 39, spéc. p. 46.

⁷⁰ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 1, n° 1.

⁷¹ V. « Famille », in *TLFi, site du CNRTL* : « Institution juridique qui groupe des personnes unies par les liens du mariage, par les liens du sang, éventuellement, en vertu d'un pacte, par des liens d'adoption. » « Groupe constitué par des familles (branches) et des individus apparentés par des alliances, par le sang, descendant d'ancêtres communs. » « Succession d'individus porteurs du même nom descendant les uns des autres. » « Ensemble constitué par un couple de parents et leurs enfants. » ; v. aussi « Famille », in *Dictionnaire de l'Académie française, site du CNRTL* : « Emprunté du latin *familia*, « ensemble des esclaves de la maison ; ensemble de tous ceux qui vivent sous le même toit, famille », dérivé de *famulus*, 'serviteur'. » « Ensemble de personnes unies par l'hérédité ou par alliance. » « Communauté de personnes vivant généralement sous le même toit, composée du père, de la mère et des enfants. » « Ensemble des personnes parentes, comprenant, outre les descendants, les ascendants et les collatéraux. » « Lignée, suite des individus descendant des mêmes ancêtres. » ; v. « Famille », in *Dictionnaire Larousse* : « Ensemble des générations successives descendant des mêmes ancêtres ; lignée. » « Ensemble des personnes unies par un lien de parenté ou d'alliance. » « Ensemble formé par le père, la mère et les enfants. » « Ensemble constitué par les enfants issus du mariage. » « Conjoint, enfant, parent avec qui quelqu'un vit. »

⁷² Selon le *Vocabulaire juridique*, le terme « Famille » désigne couramment soit, « l'ensemble des personnes qui sont unies par un lien de sang, qui descendent d'un auteur commun », soit, « le groupe restreint des père et mère et leurs enfants (mineurs) vivant avec eux », soit, « les seuls enfants, descendants directs ». De même, il affirme que le terme désigne parfois et dans des acceptions limitées, « l'ensemble des parents et alliés », « le groupe des parents et alliés entre lesquels existe une obligation alimentaire », « le groupe des personnes vivant sous le même toit », « le conseil de famille ». De même, le terme peut être utilisé pour désigner la famille

commun n'apparaît pas immédiatement la plupart de définitions font cependant explicitement référence à la notion de lien (« lien de parenté et d'alliance », « personnes unies par l'hérédité ou l'alliance », « personnes reliées entre elles par des liens fondés sur la parenté et alliance »⁷³...). Pourrait-on alors identifier dans le lien familial l'unité conceptuelle⁷⁴ de la notion de famille, l'idée maîtresse autour de laquelle se construiraient et s'articuleraient les éléments qui constituent la notion⁷⁵ ? Cette hypothèse mérite d'être explorée et vérifiée, ce qui est précisément l'objet de la recherche : en effet, si la notion de famille ne peut pas faire l'objet d'une définition suffisamment précise en raison de son caractère évolutif et fuyant, son sens pourrait alors être appréhendé à travers l'identification et la définition de son unité conceptuelle, à savoir la notion de lien familial, susceptible quant à elle de faire l'objet d'une définition qui la représente d'une façon précise⁷⁶.

L'unité conceptuelle de la notion de famille suppose ainsi la révélation de l'existence d'un élément commun à toutes les occurrences familiales, articulant l'ensemble des éléments qui composent la notion⁷⁷ et permettant la qualification d'une situation donnée en situation familiale.

adoptive, biologique, de fait, d'origine, légitime, monoparentale, naturelle, nourricière, par le sang, recomposée, spirituelle et unilinéaire ; la famille peut être définie « comme un groupe de **personnes qui sont reliées entre elles par des liens fondés sur l'alliance et la parenté** ; dans sa conception traditionnelle, elle repose donc sur le mariage et la filiation. La simple affection, même avec vie commune, n'y suffit pas : malgré l'extension actuelle du concubinage, on ne parle pas de véritable famille avant le lien créé par un enfant, lien de filiation » (A. Bénabent, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 1, n° 1 ; la famille est « un agrégat de personnes réunies en raison de leur origine commune » (J. Carbonnier, « Droit civil. La famille, l'enfant, le couple », t. 2, 21^e éd., PUF, 2002, p. 2 ; « Telle qu'elle apparaît au travers des sources juridiques, la famille est d'abord un **groupe de personnes unies par des liens de parenté ou subsidiairement d'alliance**, groupe au sein duquel s'insère normalement l'individu par l'intermédiaire de ceux qui lui donnent naissance : père et mère. » (A. Lefebvre-Teillard (A.), « Famille », art. préc. ; « si l'on adopte une première définition, très générale et peut-être trop simple, la famille est un **groupe de personnes unies par des rapports de parenté et d'alliance** (Ph. Malaurie, H. Fulchiron, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 19, n° 4 ; « en droit civil, la famille se définit comme un groupe de **personnes reliées entre elles par des liens fondés sur le mariage et la filiation** » (M. Pierre, art. préc., p. 22) ; la notion de famille peut être comprise comme « le groupe composé par les père et mère, c'est-à-dire le couple, et leurs enfants mineurs » (F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, « Droit civil. Droit de la famille », *op. cit.*, p. 16, n° 17).

⁷³ V. les expressions en gras dans les définitions de la famille figurant dans la note précédente.

⁷⁴ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

⁷⁵ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 210, n°s 154 et s.

⁷⁶ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 50.

⁷⁷ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 230, n° 173.

b) La nécessité d'appréhender la famille en tant que notion pour mettre en évidence son unité conceptuelle

10. L'identification de cette unité conceptuelle suppose alors que l'on appréhende la famille en tant que notion. La notion, en tant qu'outil mental, s'avère adaptée pour représenter la famille, car elle a pour objet de désigner des « idées générales aux contours plus vagues, parce que nées spontanément sur le terreau de l'expérience commune »⁷⁸. Ainsi, la notion⁷⁹ est un objet de connaissance « de ce qui existe déjà comme réalité intelligible »⁸⁰. La définition d'une notion est en constante construction et dépend du contexte théorique sur lequel on

⁷⁸ DUPOUEY (P.), « Choisir le juste mot. Travailler le vocabulaire de la culture générale », Coll. Optimum, Ellipses, 2006, p. 21.

⁷⁹ La distinction entre la notion et le concept est très subtile, l'utilisation de ces termes étant de ce fait indifféremment (P. Dupouey, *op. cit.*, p. 90 ; v. en ce sens, V. Champeil-Desplat, « Méthodologies du droit et des sciences du droit », coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2014, 324 n° 529). L'existence de cette confusion en droit a pu être relevée par Mme Pic, qui a constaté que le droit utilise des concepts existants dans d'autres matières, telles que la philosophie ou la sociologique, concernant des représentations sociales, afin de les doter des règles. De même, elle a soulevé d'une part, que la doctrine joue un rôle essentiel dans la consécration des concepts juridiques et, d'autre part, que les concepts sont dotés d'un effet juridique. Enfin, elle considère que les concepts juridiques ont une « fâcheuse tendance à la *mouvance* et à la *porosité* » (E. Pic., « Faire de la terminologie en droit ? », Cahiers du CIEL 2007-2008, Université Paris 7-Diderot, 57 à 69).

Toutefois, il est possible de les distinguer en tant qu'outils mentaux (J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 228, n° 178). Ainsi, la notion est définie comme « l'idée qu'on a d'une chose » (V. « Notion », in *Dictionnaire Larousse*). De même, elle est conçue comme une « connaissance immédiate, intuitive de quelque chose » ou comme une « connaissance d'ensemble, élémentaire, acquise de quelque chose ». Elle est, à l'instar du concept, une « représentation de l'esprit » qui renvoie à une « idée générale en tant qu'elle implique les caractères essentiels de l'objet » (V. « Notion », in *TLFi, site du CNRTL* ; v. aussi « Notion », in *Dictionnaire de l'Académie française, site du CNRTL*). Cependant, le degré de précision de la notion semble moindre que celui du concept : « Idée générale moins déterminée que le concept, mais possédant comme lui compréhension et extension (la notion de justice, le concept de justice chez Aristote » (v. « Notion », in *Dictionnaire de philosophie*, C. Godin, Fayard/éditions du temps, 2004.) « Le concept a une détermination plus rigoureuse, plus précise : ainsi dira-t-on le concept de mammifère et la notion de justice » (v. « Concept », in *Dictionnaire de philosophie, op. cit.*). En ce sens, M. Dupouey affirme que le concept se différencie de la notion par son caractère plus précisément déterminé. Le concept peut recevoir une définition précise, tant en extension qu'en compréhension » (P. Dupouey, *op. cit.*, p. 90). Le concept est alors, selon M. Bergel, une représentation mentale générale et abstraite des objets, susceptible de compréhension et de généralisation (J.-L. Bergel, « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 228, n° 170).

En ce sens, Hegel critiquait la méthode d'analyse des juristes, lesquels se contenteraient de dégager des « notions » pour appréhender les institutions juridiques, leur étude se limitant à les décrire de manière superficielle, sans saisir leur véritable substance (F.-P. Bénoit, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de philosophie de droit de Hegel », in *Mél. G. Peiser*, PUG, 1995, p. 23 et s.). Dès lors, le concept est apprécié comme un moyen de connaissance plus approfondi que la notion (*ibid.*, p. 24). En effet, le concept serait « l'expression de la réalité d'une institution à chaque stade de sa progression vers le rationnel absolu de l'Idée » (*ibid.*, p. 25). C'est pourquoi le concept exprime le rationnel d'une institution. Dès lors, « où il n'y a aucune part de rationnel, il ne peut y avoir de concept » (*ibid.*, p. 29).

Pour François Gény, la notion peut devenir un concept, la notion étant le « premier stade des opérations intellectuelles de l'élaboration du droit » (F. Gény, « Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique », LGDJ, 1922, p. 11). Ainsi, le deuxième stade implique la formulation des règles de droit (*Ibid.*, p. 112), alors que le troisième suppose la « systématisation des notions et des règles juridiques », le but étant d'établir un rapport harmonieux entre elles afin de constituer un ensemble cohérent (*Ibid.*, p. 113). Le dernier stade est donc la création du concept ou « construction juridique », laquelle implique le « plus haut degré de développement, auquel aspire l'esprit juridique, concentré dans sa quintessence et s'épanouissant selon ses vertus propres » (*Ibid.*).

⁸⁰ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 228, n° 170.

l'utilise. Si la notion ne fait pas obstacle à la pensée, elle est toujours problématique, car elle appelle une réflexion inséparable d'un travail de conceptualisation philosophique⁸¹.

11. La famille comme une notion indéterminée et conceptuelle. S'il semble pertinent d'analyser la famille à travers une notion, il faut cependant signaler qu'il existe une pluralité de notions que l'on peut classer d'une part, à partir de leur forme, en notions déterminées et en notions indéterminées⁸² et, d'autre part, à partir de leur substance, en notions conceptuelles et en notions fonctionnelles⁸³. Quel type de notion est approprié pour analyser la famille ? Il semble que l'on doive considérer la famille comme une notion indéterminée et conceptuelle.

12. L'appréhension de la famille comme notion indéterminée. Les notions déterminées⁸⁴ sont celles qui peuvent faire l'objet d'une définition précise. Une phrase brève peut désigner et décrire la notion, car tous ses éléments et les relations entre eux, ainsi que ses attributs et ses fonctions sont exprimés⁸⁵. La nature de cette notion est normalement figée, car elle a une vocation à s'inscrire de manière stable dans le temps. De leur côté, les notions indéterminées ont une nature vague - elles seraient des notions ouvertes au changement⁸⁶ -, qui font appel à une définition floue⁸⁷ : tel est le cas de la notion d'*ordre public*, d'*intérêt de l'enfant*, d'*intérêt de la famille*, d'*équité*, de *bonnes mœurs*, de *bon père de famille*, de *bonne foi*, de *faute*, etc. Ces notions, appelées aussi « notions à contenu variable », « notions floues »,

⁸¹ DUPOUEY (P.), *op. cit.*, p. 91.

⁸² BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 232, n° 174 ; BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 115 et s. ; CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », art. préc. ; CHAMPEIL-DESPLAT (V.), *op. cit.*, p. 312, n° 508 ; PERELMAN (CH.), VANDER ELST (V.) (*Dir.*), « Les notions à contenu variable », Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984 ; v. aussi HAID (F.), « Les 'notions indéterminées' dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal », thèse, J.-L. Bergel (*Dir.*), Aix-en-Provence, 2005.

⁸³ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc. ; TUSSEAU (G.), « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641 ; REBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rév. soc.*, 2000, p. 425 ; VEDEL (G.) « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barstein ». *JCP G* 1948 I.682 ; VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc.

⁸⁴ L'utilisation de l'opposition entre notion déterminée et notion indéterminée a été contestée par M. Haid, qui considère que « l'indétermination, entendue comme le 'caractère de ce qui n'est pas défini ou connu avec précision', est inhérente à toute expression linguistique, y compris celles issues des langages techniques » (F. Haid, *op. cit.*, p. 15, n° 2 ; *ibid.*, p. 34, n° 14). Toutefois, nous l'utiliserons, car elle permet d'envisager une distinction entre les notions qui permettent une définition précise et les autres, dont la définition est variable. En ce sens, l'auteur affirme que l'indétermination est une question de degré et non pas une qualité (*ibid.*) et reconnaît qu'« il existe, à une extrémité de cette échelle de variation, des notions relativement précises et, à l'autre, des notions fortement indéterminées » (*ibid.*, p. 19, n° 5).

⁸⁵ Pour M. Cornu, les notions sont déterminées lorsqu'elles ont sens unique, technique et donc déterminé. Il illustre cette idée en avançant les termes « nantissement », « lettre de change », « vente », « créance », « obligation », « dépôt », « crime », « désistement d'instance » (CORNU (G.), « Linguistique juridique », 3^{éd.}, Montchrestien, 2005, p. 118-119 ; v. aussi, BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 229, n° 172 ; BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 108 ;

⁸⁶ CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », art. préc.

⁸⁷ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 232, n° 174 ;

« concepts soupapes », « paragraphes caoutchouc »⁸⁸, sont intentionnellement laissées par le législateur⁸⁹ dans le vague afin qu'elles soient adaptées aux nécessités, aux circonstances et aux époques⁹⁰. Ces notions répondent donc « à un besoin vital de souplesse »⁹¹. Elles permettent d'adapter la notion aux changements subis par l'objet qu'elles représentent. Les notions indéterminées sont conçues comme des entités flexibles qui permettent de manier son contenu⁹². Cela implique donc une intervention humaine qui les fait « mouvoir » à travers leur interprétation⁹³. Si ces notions sont indéterminées, elles ne sauraient être indéterminables⁹⁴ : « Pour s'inscrire dans un système de droit, la notion dite indéterminée doit rester déterminable. La différence avec les règles précises et univoques est seulement que la détermination du sens n'est pas intrinsèque au texte juridique, mais renvoie au contexte, c'est-à-dire à d'autres ensembles de normes dont le contenu, extrajuridique, sera intégré par l'interprète du travail de détermination du sens de la norme »⁹⁵. Ainsi, elles peuvent faire l'objet d'une définition, laquelle doit prendre en compte l'évolution des mœurs, le contexte social, les règles et les conventions humaines implicites⁹⁶. Dès lors, les notions indéterminées échappent à une définition abstraite et précise⁹⁷. Leur fonction est de maintenir un lien et un équilibre entre le monde réel et l'ordre juridique, qui permet le maintien de la règle dans le temps, et ce, sans la figer, mais en l'adaptant à l'évolution sociale⁹⁸. C'est pourquoi, si elles ne peuvent pas être définies par le législateur, elles le sont par le juge⁹⁹, dont l'exercice casuistique implique une vision large de la notion pour ensuite appliquer une vision étroite afin de trancher la question qu'on lui pose¹⁰⁰.

⁸⁸ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 116.

⁸⁹ CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », art. préc. : pour l'auteur, la variabilité du sens des notions à contenu variable implique une *intentionnalité* de la part du législateur. C'est pourquoi il envisage ces notions comme une technique législative.

⁹⁰ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 115 ; PERELMAN (CH.), « Essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable*, *op. cit.*, p. 365.

⁹¹ HAID (F.), *op. cit.*, p. 14, n° 1.

⁹² Pour M. Cornu, ces notions sont des notions évolutives qui constituent « les organes souples du système juridique », « sa chair », alors que les notions déterminées constituent « l'ossature » (cité in J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, p. 115).

⁹³ CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », art. préc. ; HAID (F.), *op. cit.*, p. 239, n° 150 et s.

⁹⁴ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 232, n° 174.

⁹⁵ DELMAS-MARTY (M.), « Pour un droit commun », Le Seuil, 1994, p. 121 et s.

⁹⁶ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 116.

⁹⁷ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 233, n° 174.

⁹⁸ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 116 ; CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », art. préc.

⁹⁹ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 118 ; CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », art. préc. ; HAID (F.), *op. cit.*, p. 23, n° 7.

¹⁰⁰ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 235, n° 174.

De ce fait, il serait possible d'affirmer que les notions indéterminées sont laissées à la libre appréciation du juge, le législateur lui consentant une délégation normative¹⁰¹ et, de ce fait, leur appréhension se fait de façon subjective¹⁰², ce qui entraînerait une évidente insécurité juridique. Dès lors, plus les notions sont vagues et indéterminées, plus grand est le pouvoir d'appréciation conféré au juge¹⁰³. Cependant, il faut considérer que le juge est soumis au cadre posé par le législateur à travers le droit positif, qui constitue une direction ou un ensemble de critères de variabilité de la notion indéterminée¹⁰⁴. En effet, le droit positif en son ensemble sert de garde-fou dans la détermination opérée par le juge d'une notion indéterminée. De même, le juge peut compter sur la jurisprudence antérieure afin de moduler son appréciation sur les contours d'une notion indéterminée¹⁰⁵.

13. Ainsi, c'est en raison de sa nature fuyante et évolutive que la famille devrait être analysée à travers une notion indéterminée, dont le sens n'est pas figé par la loi, mais dégagée, décision par décision, par le juge¹⁰⁶.

14. L'appréhension de la famille comme notion conceptuelle. Quant à la distinction fondamentale - utilisée notamment par les juristes administrativistes - entre notion fonctionnelle et notion conceptuelle¹⁰⁷, les notions fonctionnelles sont définies par leur fonction dans la discipline considérée. Leur sens est donc déterminé par des spécialistes¹⁰⁸. L'unité conceptuelle de la notion fonctionnelle étant déterminée par sa fonction¹⁰⁹, sa substance est alors dégagée à travers l'analyse de sa fonction¹¹⁰ et sa définition est apportée par l'étude de sa fonction¹¹¹. La nature même des notions fonctionnelles est son perpétuel

¹⁰¹ HAID (F.), *op. cit.*, p. 242, n° 152. Cette idée semble avoir été proposée pour la première fois par M. Cornu, qui considère que ces notions indéterminées constituent des « lacunes *intra legem* », c'est-à-dire « des vides créés dans la loi par le législateur afin de laisser aux juges le pouvoir de les combler » (F. Haid, *op. cit.*, p. 241, n° 151).

¹⁰² BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 118.

¹⁰³ PERELMAN (CH.), « Essais de synthèse », art. préc., p. 365.

¹⁰⁴ CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », art. préc.

¹⁰⁵ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁶ V. en ce sens, CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », art. préc.

¹⁰⁷ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc. ; TUSSEAU (G.), « La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 13 ; VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹¹⁰ TUSSEAU (G.), « La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 14.

¹¹¹ REBOUL (N.), art. préc., n° 4.

inachèvement, ce qui ne permet pas d'épuiser son contenu en une définition¹¹². Ainsi, à la notion fonctionnelle correspond une conception pluraliste, qui s'adapte aux différences et aux variations des objets de la même catégorie¹¹³. Pour M. Vedel, « elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler ; mais elles constituent des notions 'ouvertes', prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur »¹¹⁴. Ainsi, après une évolution assez longue, il est possible de dresser un catalogue¹¹⁵ des présupposés et des solutions qui constituent le contenu fonctionnel. Lorsque ce catalogue est suffisamment établi, la notion fonctionnelle peut, soit faire l'objet d'une théorie cohérente, soit être réabsorbée dans une ou plusieurs catégories logiques et disparaître¹¹⁶. La condition de notion fonctionnelle n'est qu'un stade temporaire d'un outil mental juridique¹¹⁷. Ainsi, une fois que la notion a mûri, elle est destinée à être absorbée dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle¹¹⁸. En effet, les notions fonctionnelles peuvent devenir des notions conceptuelles dès lors qu'elles sont repensées en elles-mêmes en recherchant et en analysant leur origine et leur nature¹¹⁹. Les notions fonctionnelles conservent effectivement une dimension conceptuelle¹²⁰. Ce processus implique toutefois la maturation des problèmes qu'elle a pour finalité de résoudre¹²¹.

Dès lors, il est possible d'affirmer que si les notions fonctionnelles constituent un raccourci dans la démarche scientifique pour représenter un objet, elles entravent des recherches plus approfondies des notions et des techniques, ainsi que des motivations des discours et des décisions juridictionnelles¹²². Elles sont une voie simple de secours, mais inexacte qui permet d'assurer la stabilité dans le système. De ce fait, les notions fonctionnelles sont même conçues comme des notions parasitaires¹²³. Ainsi, les notions fonctionnelles ne permettent pas de valoriser la pertinence ou l'opportunité d'une solution¹²⁴. Elles ne sauraient

¹¹² VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹¹³ REBOUL (N.), art. préc., n° 12 : l'auteur considère que la notion d'*affectio societatis* doit être analysée en tant que notion fonctionnelle, car elle varie selon le type de société concernée.

¹¹⁴ VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Baristein », art. préc., n° 11.

¹¹⁵ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹¹⁶ VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Baristein », art. préc., n° 11.

¹¹⁷ TUSSEAU (G.), « La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 27.

¹¹⁸ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹¹⁹ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc.

¹²⁰ TUSSEAU (G.), « La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 28.

¹²¹ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹²² TUSSEAU (G.), « La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 25.

¹²³ *Ibid.*, n° 27.

¹²⁴ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc.

déranger la pensée juridique ni la stabilité du système juridique puisqu'elles ne sont pas arrivées à une étape de maturation¹²⁵. Cependant, il faut souligner que les notions fonctionnelles permettent au juge de résoudre un certain nombre des problèmes du même type au jour le jour, tout en réservant l'avenir¹²⁶.

15. S'agissant des notions conceptuelles, elles peuvent recevoir une définition complète¹²⁷. Ainsi, elles se définissent en elles-mêmes et leur sens peut être retrouvé dans toutes les disciplines, les notions conceptuelles étant issues d'un langage général¹²⁸. La définition des notions conceptuelles implique « la représentation intellectuelle des lignes essentielles, des contours typiques qui forment sa constitution fondamentale »¹²⁹. À ces notions correspond une conception unitaire, qui permet de dégager leur idée maîtresse, c'est-à-dire leur unité conceptuelle¹³⁰. Selon M. Vedel, les notions conceptuelles « peuvent recevoir une définition plus complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes »¹³¹. La recherche d'une notion conceptuelle implique donc de dépasser sa fonction afin de connaître sa substance, ses éléments et les relations entre eux, en vue de restituer la plénitude de son sens¹³². Si la notion conceptuelle peut faire l'objet d'une définition complète, cela ne veut pas dire qu'elle n'évolue pas. Cependant, les changements qu'elle peut subir n'entraînent pas la perte ou le changement de sa nature¹³³. En effet, ces changements ne vont qu'élargir le champ d'application de cette notion, sans remettre en question son contenu. Par ailleurs, les notions conceptuelles sont opératoires¹³⁴, leur fonction étant, en droit, d'apprécier le bien-fondé d'une règle¹³⁵. Ainsi, la connaissance de la substance d'une notion conceptuelle permet de déterminer si l'utilisation d'une telle technique est pertinente¹³⁶.

¹²⁵ TUSSEAU (G.), « La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 27.

¹²⁶ VEDEL (G.), « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Baristein », art. préc., n° 11.

¹²⁷ REBOUL (N.), art. préc., n° 4.

¹²⁸ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc.

¹²⁹ AMSELEK (P.), « Norme et loi », *Arch. Phil. Droit.*, tome XXI, 1980, p. 89.

¹³⁰ En ce sens, REBOUL (N.), art. préc., n° 12.

¹³¹ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹³² CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc.

¹³³ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹³⁴ V. *contra* REBOUL (N.), art. préc., n° 13 : Comment imaginer d'ailleurs qu'il puisse exister des notions purement conceptuelles, autrement dit non opératoires ? Sauf à se trouver en face de notions, en quelque sorte mort-nées, sans aucun destin opératoire celles qui visent exclusivement une systématisation doctrinale.

¹³⁵ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc.

¹³⁶ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc.

Les notions conceptuelles ont une réelle unité conceptuelle, qui leur permet d'être indépendantes de ce à quoi elles servent¹³⁷. Ainsi, une notion conceptuelle peut être transformée – ou peut dégénérer¹³⁸ - en notion fonctionnelle dès lors qu'elle est appréhendée dans sa fonction juridique¹³⁹.

16. Nous pouvons conclure que les notions fonctionnelles sont des notions inférieures aux notions conceptuelles¹⁴⁰, bien qu'elles soient nécessaires dans tout système juridique¹⁴¹, le droit ayant avant tout la fonction de régler la vie de l'homme en société et de résoudre les conflits entre les personnes¹⁴².

17. Dès lors, il convient de représenter la notion de famille par une notion conceptuelle, laquelle permet de prendre en compte son unicité à travers une définition qui reflète et garantit la cohérence et la stabilité entre les éléments qui la composent, tout en prenant en compte son évolution et sa diversité, mais sans la dénaturer. De même, la notion conceptuelle permettrait d'appréhender l'unité conceptuelle, l'idée maîtresse qui constitue la substance de la famille. Finalement, la notion conceptuelle permettrait d'établir une qualification et une catégorisation des règles qui régissent la famille plus claire et précise, ce qui est un gage de sécurité juridique.

18. L'appréhension de la famille, notion conceptuelle, par le prisme du lien familial. La recherche d'une notion conceptuelle implique, on l'a vu, de dépasser sa fonction afin de déterminer ses éléments constitutifs (pour appréhender son contenu et donc sa substance) et les relations entre ces éléments (pour appréhender sa structure et donc sa forme) et parvenir ainsi à la mise en évidence de l'unité conceptuelle. L'appréhension de la famille en tant que notion conceptuelle nous conduit donc à mener une analyse de sa substance et de sa forme en partant de l'hypothèse que le concept de lien familial en serait le révélateur et partant, le révélateur de son unité conceptuelle. Contrairement à la notion de famille qui, on l'a vu, échappe à une définition précise, notre recherche postule que la notion de lien familial peut être, à l'inverse, explorée systématiquement pour en faire apparaître les éléments constitutifs et la manière dont ils s'articulent afin de parvenir à une définition opératoire.

¹³⁷ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹³⁸ REBOUL (N.), art. préc., n°.

¹³⁹ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc.

¹⁴⁰ CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc. ; TUSSEAU (G.), « La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », art. préc., n° 27.

¹⁴¹ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

¹⁴² CALAIS-AULOY (M.-T.), art. préc.

Il ne s'agira donc pas ici de s'intéresser aux fonctions de la famille, ce qui impliquerait l'appréhension de la famille à travers une notion fonctionnelle et une analyse fonctionnelle impuissante à fournir une telle définition.

L'appréhension de la famille en tant que notion conceptuelle nous conduit à tenter d'identifier la substance de la famille et de poser l'hypothèse que cette substance pourrait être appréhendée grâce au concept de lien familial. Plus précisément encore, c'est à travers la question de la constitution du lien familial, qu'il s'agisse de sa création (et éventuellement de son maintien en cas de contestation de sa validité) ou de sa reconnaissance en France s'il a été constitué à l'étranger, que peuvent être révélées le contenu (éléments constitutifs) et la forme (la structure et l'articulation des éléments constitutifs de ce lien), et que pourrait être ainsi appréhendée la notion de famille, composée d'individus unis par un lien familial.

19. Si l'hypothèse est celle de l'existence d'une unité conceptuelle de la notion de famille qui résiderait dans le lien familial, la question se pose de savoir comment la vérifier. À cet égard, l'hypothèse de travail est que le juge est celui qui va permettre la révélation de cette unité conceptuelle.

II. L'hypothèse de travail : le juge, vecteur de la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille

20. Dans le cadre de son office, c'est-à-dire de la réalisation de l'acte juridictionnel, non seulement le juge est l'observateur privilégié de la notion de famille, mais il est aussi celui qui est à même de la connaître, de l'identifier et de révéler son unité conceptuelle.

a) La recherche de l'observateur de l'unité conceptuelle de la notion de famille

21. L'observateur doit être capable de connaître et d'exprimer le contenu de l'unité conceptuelle¹⁴³. Il doit pour cela pouvoir franchir les frontières floues de la notion afin de révéler son noyau dur. De plus, pour que les résultats de son exploration soient conformes à la réalité, l'observateur doit analyser l'unité conceptuelle en prenant en compte le contexte dans lequel évolue le phénomène¹⁴⁴.

¹⁴³ JARROSSON (BR.), « Invitation à la philosophie des sciences », Seuil, 1992, p. 183.

¹⁴⁴ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *Op. cit.*, p. 116 et 118.

22. La mise à l'écart du législateur comme observateur de la notion de famille. Ainsi, une première idée serait de choisir le législateur comme l'observateur idoine de la notion de famille. En effet, c'est lui, à travers la loi, qui détermine la formation, le fonctionnement ainsi que les effets juridiques de la famille. De ce fait, le législateur, qu'il soit national ou européen, est présenté par certains auteurs¹⁴⁵ comme l'observateur principal du phénomène familial. Il serait le seul capable de le saisir, de le rationaliser, de l'appréhender et enfin de communiquer sa substance et sa forme.

23. L'efficacité de cette analyse s'avère limitée, car l'œuvre du législateur ne révèle que la fonction de la famille à travers les institutions qui la composent. En effet, le législateur régule les modes de constitution et le fonctionnement du lien familial, ainsi que ses effets juridiques. En fixant les règles qui régissent la famille, le législateur dévoile le contenu fonctionnel¹⁴⁶ de la notion : elle est constituée de plusieurs institutions, telles que le mariage, la filiation, l'autorité parentale, etc. Il détermine ainsi les liens familiaux existants dans l'ordonnement juridique : d'une part, les liens de couple – le mariage, le Pacs, le concubinage – et les liens de parenté – la filiation charnelle, la filiation fondée sur le vécu et la filiation adoptive. Cependant, il ne révèle pas la logique qu'il adopte afin d'établir les règles qui régissent les liens familiaux et les rapports qui existent entre elles. Il ne dévoile donc pas une vision d'ensemble de la famille. D'ailleurs, le législateur n'apporte aucune définition de la famille¹⁴⁷. Ainsi, l'utilisation d'un élément objectif, tel que le mariage ou l'enfant¹⁴⁸, s'avère insuffisante pour déterminer la substance de la famille¹⁴⁹. En effet, certains statuts et modes de vie de couple régis et reconnus par le Code civil¹⁵⁰, bien qu'ils soient considérés aujourd'hui comme des liens familiaux¹⁵¹,

¹⁴⁵ HENNERON (S.), *op. cit.*, p. 17, n°11 ; p. 24, n° 15 ; p. 130, n° 110 ; REGLIER (A.C.), « L'appréhension de la famille européenne », *op. cit.*, p. 10, n°5 ; *ibid.*, p. 17, n° 17 ; *ibid.*, p. 23, n° 7 ; *ibid.* p. 687, n°472 et s.

¹⁴⁶ CALAIS-AULOY (M.-TH.), « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *PA*, 9 août 1999, n°157, p. 4.

¹⁴⁷ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 5, n° 10 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 1, n° 1 ; LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 11 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 18, n° 4 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 1, n° 1.

¹⁴⁸ DEKEWER-DEFOSSEZ (F.), « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mél. C. MOULY*, Litec, Paris, 1998, p. 292 ; HENNERON (S.), *op. cit.*, p. 20, n° 12 ; MONTEL-DUMONT (O.), « La famille en recomposition », in *Comment va la famille ?*, *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁹ LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Famille », art. préc.

¹⁵⁰ P. ex. le Pacte civil de solidarité (C. civ., art. 515-1 à 515-7-1) et la définition du concubinage (C. civ., art. 515-8) par la loi du 15 novembre 1999 (L. n° 99-944 du 15 nov. 1999).

¹⁵¹ La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a conféré au juge aux affaires familiales la compétence de connaître des indivisions des partenaires pacsés et des concubins, ainsi que de la liquidation et du partage des intérêts de ces couples. De même, le JAF est compétent pour connaître des actions relatives à la fixation de l'obligation alimentaire entre époux et partenaires pacsés et de la contribution aux charges du mariage et du Pacs. C'est ainsi que la loi du 12 mai 2009 a fait du JAF « le juge du quotidien des questions patrimoniales de tous les couples, pendant leur vie commune,

échappent aux règles du mariage¹⁵² ou de la filiation¹⁵³. Dès lors, le besoin et l'exigence de reconnaître le caractère familial de nouvelles formes de famille dépassent les limites du mariage et de la filiation pour désigner le fondement de la famille. Ainsi, l'approche du législateur peut être considérée comme fonctionnelle. Par conséquent, l'appréhension qu'il réalise de la notion s'avère partielle, car il ne révèle pas sa substance.

24. Le juge judiciaire comme observateur de la notion de famille. Nous proposons d'étudier la notion de famille à travers l'optique du juge judiciaire, qui a une vision intégrale de la famille¹⁵⁴ à laquelle il restitue la plénitude de son sens¹⁵⁵, alors même qu'il n'appréhende jamais directement la notion de famille, mais toujours par l'intermédiaire d'une question portant sur l'existence ou la reconnaissance d'un lien entre deux personnes. La question de la nature familiale de ce lien étant posée, le juge est alors obligé de s'interroger sur la notion de famille. Le juge judiciaire qui autorise ou ordonne la création, (ou le maintien) ou bien la reconnaissance en France d'un lien familial¹⁵⁶ établi à l'étranger appréhende donc finalement toujours la famille par l'intermédiaire du lien familial. Ce faisant, il réalise une appréciation à la fois générale et particulière des éléments de fait et de droit qui constituent la notion de famille, ainsi que de la façon dont ils s'articulent¹⁵⁷. Le juge joue donc un rôle actif dans la construction et l'évolution de la notion, qui l'oblige à appréhender la substance de la notion et ce, malgré la métamorphose constante du phénomène familial¹⁵⁸. De plus, le juge est confronté

qu'ils soient mariés ou non mariés. Il devient aussi le juge de la séparation de tous les couples, dans leurs incidences patrimoniales, en tout cas. » (V. Larribau-Terneyre, « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. fam.* 2009, étude 29). Dès lors, la loi du 12 mai 2009 a confirmé la nature familiale du Pacs et du concubinage.

¹⁵² L'interprétation évolutive de l'article 8 de la Convention EDH de la part de la Cour EDH permet de protéger toutes les formes de familles existantes, y compris celles qui ne sont pas fondées sur le mariage (CEDH 20 janv. 2009, *Serife Yigit c/ Turquie*, req. n° 3976/05). Il en va de même pour le Conseil constitutionnel, qui considère que le droit à mener une vie familiale normale n'implique pas forcément que les personnes soient unies par un lien du mariage (Déc. n° 2010-92 QPC du 28 janvier 2011, V. §8).

¹⁵³ V. en ce sens, la décision rendue par le Conseil constitutionnel (Déc. n° 2010-39 QPC du 6 oct. 2010) concernant le refus d'admettre l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé ou du concubin, ainsi que l'avis de la première chambre de la Cour de cassation concernant d'établir par possession d'état le lien de filiation à l'égard de l'enfant du concubin de même sexe (Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis, n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *Procédures* 2018, comm. 151 M. Douchy-Oudot.)

¹⁵⁴ CARBONNIER (J.), « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Écrits*, PUF, 2^e tirage, janvier 2010, p.649 ; FRAISSINIER (V.), « L'intérêt de la famille : une notion 'standard' à contenu variable », *PA*, 28 décembre 2007, n° 260, p.4.

¹⁵⁵ CALAIS-AULOY (M.-TH.), art. préc.

¹⁵⁶ Selon l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, le tribunal de grande instance a une compétence exclusive en matière d'état des personnes, dont le mariage, la filiation, l'adoption (1^o), ainsi qu'en matière de filiation (3^o).

¹⁵⁷ REBOUL (N.), « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'affectio societatis », *Rev. Sociétés*, 2000, p. 425.

¹⁵⁸ DE SINGLY (F.), « Sociologie de la famille contemporaine », Armand Colin, 3^e édition, Barcelone, Espagne, 2007, p. 17 ; SEGALIN (M.), « Penser la famille », in *Comment va la famille*, op. cit., p. 2.

à toutes les formes de famille existantes. La place du juge a été renforcée dans la formation et le fonctionnement de la famille en raison de la demande de reconnaissance de nouveaux types de famille¹⁵⁹. À cela s'ajoute l'adoption du pluralisme juridique¹⁶⁰ comme technique du droit de la famille, qui permet une emprise plus importante sur l'autonomie de la volonté dans la formation et le fonctionnement de la famille¹⁶¹. Ainsi, le pluralisme juridique façonne le droit de la famille et appelle une intervention plus importante du juge, lequel assure l'accomplissement des règles de droit et les impératifs d'ordre public. De même, le rôle du juge dans la formation et le fonctionnement de la famille a été étendu par le mouvement de fondamentalisation¹⁶² du droit de la famille, dont la source est interne et européenne¹⁶³. Ce mouvement renforce le rôle du juge¹⁶⁴ de protéger et de garantir les libertés et les droits fondamentaux¹⁶⁵ à travers le contrôle de conventionnalité¹⁶⁶ et sa fonction de *filtrage*¹⁶⁷ dans la procédure relative à la question prioritaire de constitutionnalité¹⁶⁸.

Si le juge administratif et le juge constitutionnel sont également en contact avec la famille, ils n'appréhendent la notion de famille que d'une manière limitée, et ce, en raison de leurs missions et compétences. Le juge administratif analyse la famille notamment à travers le contentieux concernant le regroupement familial. De même, le juge constitutionnel étudie la famille lorsqu'il analyse la conformité d'un texte relatif au droit de la famille à la Constitution. Cependant, ces juges n'ont pas vocation à être saisis d'une prétention qui les amène à s'interroger sur la substance et le contenu même de la famille.

En revanche, la pluralité des familles, le pluralisme et la fondamentalisation du droit de la famille obligent le juge judiciaire à rechercher l'élément fondateur commun à toute

¹⁵⁹ ROUDINESCO (E.), « La famille en désordre », Fayard, France 2002, p. 26 ; SEGALIN (M.), art. préc., p. 7.

¹⁶⁰ LEMOULAND (J.-J.), « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou déclin ? », art. préc. ; PHILIPPE (C.), « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité ». *Dr. fam.* 2007, étude 3.

¹⁶¹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « *La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste* », art. préc. p. 83.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ GOUTENNOIRE (A.), « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de Constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 2013/2 - N° 39 pages 63 à 77.

¹⁶⁴ FULCHIRON (H.), « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protections des droits et des libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Mél. F. Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 245 et s.

¹⁶⁵ Const., art. 66, al. 2 : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi ».

¹⁶⁶ Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, *Bull. civ.*, n° 4 ; *AJDA* 1975, p. 567, note Boulouis ; *Cah. dr. eur.* 1975, p. 655, note Kovar ; *D.* 1975, p. 497, concl. Touffait ; *Gaz. Pal.* 1975. 2. 470, concl., note R.C. ; *JDI* 1975, p. 802, note Ruzié ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347, note Foyer et Holleaux ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 690, note Rousseau.

¹⁶⁷ Ord. n° 58-1067 du 7 nov. 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, art. 23-2 et 23-4.

¹⁶⁸ CAYOL (A.), art. préc. ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », art. préc.

configuration familiale lorsqu'il accomplit son office et d'identifier ses caractéristiques. Il peut effectivement réaliser un exercice casuistique qui l'amène à adapter et à appliquer la règle de droit à l'espèce dont il est saisi. Cela suppose un maniement nécessaire et constant de la notion de famille, qui lui permet d'envisager l'opportunité de sa décision¹⁶⁹.

Le juge doit alors identifier l'élément sur lequel se fonde la famille afin qu'il puisse construire son jugement et c'est ainsi qu'il révèle l'unité conceptuelle de la notion de famille.

b) La révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille dans l'exercice de l'acte juridictionnel

25. C'est à travers l'acte juridictionnel que le juge accomplit son office. En effet, l'acte juridictionnel caractérise la fonction de tous les juges¹⁷⁰ : celle de juger¹⁷¹. Cette fonction se matérialise lorsqu'il agit en tant que tiers et rend sa décision¹⁷². Ainsi, l'acte juridictionnel lui permet de réaliser les actes cognitifs et normatifs nécessaires pour observer et décrire la substance de la notion de famille. L'observation de l'unité conceptuelle de la notion de famille peut effectivement avoir lieu grâce à la structure de l'acte juridictionnel¹⁷³, qui regroupe l'opération de vérification ou démarche inductive et l'opération de décision ou démarche déductive.

26. **Révélation du lien familial comme élément constitutif de l'unité conceptuelle de la notion de famille.** La démarche inductive implique la réalisation d'une phase cognitive tendant à la construction du jugement. Cette démarche est déclenchée par la prétention des parties. Ainsi, lorsque le juge est saisi d'une demande portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, il perçoit l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, il *lève la voile qui la cache* et découvre pour lui-même que l'unité conceptuelle de la notion de famille réside dans le lien familial. Ensuite, lorsque le juge exerce la démarche déductive, il *révèle aux tiers* la substance de l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, lorsqu'il rend sa décision, le juge répond à la question posée par les parties de savoir si le lien concerné est conforme à la notion de famille retenue par le droit.

¹⁶⁹ CALAIS-AULOY (M.-TH.), art. préc.

¹⁷⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.), « Droit judiciaire privé », LexisNexis, 7^e édition, 2016, p. 83, n° 79.

¹⁷¹ WIEDERKERHR (G.), « *Qu'est-ce qu'un juge ?* », in *Mél. R. Perrot, Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, Dalloz, 1996, p. 575.

¹⁷² HÉRON (J.) et LE BARS (T.), « Droit judiciaire privé », coll. Domat, Droit privé, LGDJ, Lextenso, 6^e édition, 2015, p. 270, n° 330.

¹⁷³ CADIET (L.), JEULAND (E.), « Droit judiciaire privé », LexisNexis, 10^e éd., 2017, p. 86, n° 75.

Ainsi, la démarche déductive suppose une phase normative dans laquelle le juge prononce son jugement¹⁷⁴, constitué des motifs, par lesquels il révèle les raisons qui justifient sa décision et du dispositif¹⁷⁵, comprenant l'ordre donné par le juge de faire droit à la demande des parties ou de la rejeter. Ces étapes concrétisent les étapes du syllogisme judiciaire¹⁷⁶.

27. Révélation des éléments constitutifs du lien familial. Toutefois, le juge va plus loin dans l'analyse de la notion de famille, car il est capable de découvrir pour lui-même et de révéler aux autres, aux justiciables et, en général, à la collectivité, les éléments constitutifs de son unité conceptuelle de cette notion, c'est-à-dire les éléments constitutifs du lien familial. En effet, lorsque le juge réalise l'opération de qualification¹⁷⁷ qui caractérise la démarche inductive, il identifie ses éléments, ainsi que les relations qui existent entre eux¹⁷⁸. Ainsi, il peut révéler, dans les motifs de sa décision, la substance du lien familial et révéler sa forme en ordonnant la production de ses effets dans le dispositif.

L'approche du juge n'est donc pas simplement fonctionnelle, mais également conceptuelle, car il arrive à découvrir le noyau dur de la notion et à révéler sa substance.

28. Ainsi, le juge judiciaire, en tant qu'observateur de la notion de famille, révèle l'unité conceptuelle de la notion de famille : d'une part, il **révèle que l'unité conceptuelle de la notion de famille réside dans le lien familial** (Première partie) et, d'autre part, il **révèle les éléments constitutifs de ce lien familial** (Seconde partie). Cette démonstration permettra de vérifier l'existence de l'unité conceptuelle de la notion de famille et que cette unité conceptuelle réside bien dans le concept de lien familial ; mais aussi et surtout qu'il est possible d'éclaircir ce concept de lien familial et de mettre en évidence les éléments irréductibles qui le caractérisent et permettent d'identifier systématiquement une situation familiale.

¹⁷⁴ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 87, n° 79.

¹⁷⁵ C. proc. civ., art. 455 : « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. » « Il énonce la décision sous forme de dispositif. »

¹⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷ ANCEL (B.), « Qualification », *Rép. dr. int.*, Dalloz, n° 1 ; BERGEL (J.-L.), « Variétés. Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 ; BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 102 ; SÉRIEUX (A.), « Qualifier ou l'entre-deux du droit », *Mél. J. Sainte-Rose, La diversité du droit*, Bruylant, 2012, p. 1273 ; WACHSMANN (P.), « Qualification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1277.

¹⁷⁸ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 230, n° 173 et s.

- Première partie : la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille dans le lien familial
- Seconde partie : la révélation des éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille

PREMIERE PARTIE :

La révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille dans le lien familial

29. Il s'agit ici de mettre en lumière les raisons pour lesquelles le juge est à même de révéler, mieux que tout autre, l'unité conceptuelle de la notion de famille, mais aussi et surtout, la manière dont il réalise cette révélation.

30. Si la notion de famille présente une forme souple et maniable¹⁷⁹, sa substance est déterminée par une idée maîtresse¹⁸⁰, qui représente l'élément irréductible autour duquel s'articulent tous les éléments de la notion. Cette idée maîtresse est constituée par son unité conceptuelle¹⁸¹, qui rattache ses éléments de façon équilibrée et coordonnée afin qu'elle fonctionne de façon homogène et stable. Toutefois, cette unité paraît aujourd'hui brouillée et cachée en raison des mutations¹⁸² constantes du phénomène familial et de l'évolution et de la libéralisation des règles du droit de la famille. C'est pourquoi, afin que la notion de famille puisse être appréhendée et définie, il faut d'abord découvrir sa substance. Cette découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille s'avère donc une étape indispensable et préalable et à sa compréhension et à sa révélation¹⁸³. Elle passe par le prisme du juge judiciaire, qui dispose des moyens de cette découverte.

31. La découverte constitue la phase d'acquisition des connaissances nouvelles, mais préexistantes matériellement ou virtuellement¹⁸⁴. Elle implique la préexistence de l'objet à

¹⁷⁹ CALAIS-AULOY (M.-TH.), « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles), *LPA*, 9 août 1999, n°157, p. 4.

¹⁸⁰ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », coll. Méthodes du droit, 5^e éd., 2012, p. 214, n° 159.

¹⁸¹ VEDEL (G.), « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G*, 1950 I. 851.

¹⁸² MIRABAIL (S) (*Dir.*), « La famille mutante », actes des colloques du 27 mars 2015, IFR n° 24, Presses de l'université de Toulouse Capitole, 2016 ; NÉLIDOFF (PH.), « La famille : une histoire faite d'évolutions ? Des mutations ? », in *La famille mutante, op. cit.*, p. 9 ; SÈVE (R.), FENOUILLET (D.) (*Dir.*), « La famille en mutation », coll. *Arch. Phil. Dr.*, T. 57, Dalloz, 2014.

¹⁸³ JARROSSON (B.), « Invitation à la philosophie des sciences », Seuil, 1992, p. 133.

¹⁸⁴ V. « Découverte », in *site du Centre national de ressources textuelles et lexicales* : « Action de mettre à jour une personne ou une chose jusque là cachées ou inconnues. » « Fait de parvenir à cette connaissance. » « Objet de cette découverte. » « Identification d'une substance, d'un fait, d'un phénomène jusque là ignorés ou méconnus. » « Mise à jour de relations, de rapports jusque là inconnus entre des phénomènes et qui modifie, dans l'ordre de la théorie, la connaissance qu'on avait de ceux-ci. » ; V. aussi BONTEMS (V.), « Découverte », in *Grand dictionnaire de la philosophie*, BLAY (M.) (*Dir.*), Larousse, CNRS éditions, 2003, p. 251 : « La

connaître, lequel reste cependant caché¹⁸⁵ ; elle suppose aussi l'existence d'un sujet qui le découvre. La compréhension de la découverte de l'objet implique de retenir un modèle de la connaissance.

La connaissance est un acte de la pensée qui implique la saisie d'un objet par un sujet à travers ses sens¹⁸⁶ et la construction des modèles pour expliquer la réalité¹⁸⁷. Le processus de la connaissance s'explique par l'interaction entre un sujet connaissant, dont l'esprit découvre, et un objet à connaître, qui constitue la réalité à découvrir.¹⁸⁸ Le sujet connaissant crée alors les concepts qui lui permettent de représenter la réalité pour pouvoir l'expliquer. De ce fait, la connaissance n'est possible que parce que le sujet perçoit la réalité qui lui permet de représenter le monde¹⁸⁹.

32. Ainsi, le sujet qui découvre l'unité conceptuelle de la notion de famille doit être en mesure de franchir les frontières floues de la notion afin d'identifier son noyau dur. Il doit pour cela **percevoir l'unité conceptuelle** de la notion. De ce fait, il sera capable de révéler aux autres la substance de la notion¹⁹⁰. De plus, pour que les résultats de son exploration soient

découverte implique la préexistence d'une structure, soit matérielle, soit à titre de conséquence nécessaire d'une proposition déjà connue. La découverte en vient à désigner la phase initiale du développement de la connaissance, dont les phases suivantes sont la justification et >l'application. » ; V. aussi GODIN (CH.), « Découverte », in *Dictionnaire de la philosophie*, Fayard / éditions du temps 2004, p. 299 : « 1. Action de mettre à jour ce qu'il était caché ou inconnu. 2. Résultat de cette action. La découverte, à la différence de l'invention, présuppose l'existence de l'objet. Elle présuppose aussi la position centrale d'un sujet plus ou moins arbitrairement choisi : les terres d'Amérique ont été découvertes par ceux qui n'y habitaient pas. » « logique de la découverte : par opp. à la logique de la justification, ensemble des travaux ayant pour objet la succession des questions grâce auxquelles une découverte scientifique peut être faite. L'expression peut désigner également ce processus même tel qu'il est mis en œuvre par un chercheur ».

¹⁸⁵ V. « Découverte », in *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, LALANDE (A.), Quadrige, 2006, p. 203 ; V. « Invention », *ibid.*, p. 544 : « A. (Sens primitif.) Découverte d'une chose cachée. ».

¹⁸⁶ V. « Connaissance », in site Centre national de ressources textuelles et lexicales ; V. aussi « Connaissance », in LALANDE (A.), « Vocabulaire technique et critique de la philosophie », spéc. B. : Acte de la pensée qui pénètre et définit l'objet de sa connaissance. La connaissance parfaite d'une chose, en ce sens, et celle qui, subjectivement considérée, ne laisse rien d'obscur ou de confus dans la chose connue ; ou qui, objectivement considérée, ne laisse rien en dehors d'elle de qui existe dans la réalité à laquelle elle s'applique. »

¹⁸⁷ JARROSSON (BR.), *op. cit.*, p. 179 : « La volonté de connaître et de comprendre la réalité de façon même approchée suppose que cette réalité puisse se réduire à un modèle que notre esprit soit capable de concevoir (ou à défaut, que la réalité puisse être approchée par un tel modèle) ».

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 183.

¹⁸⁹ Ainsi, la connaissance est classiquement représentée de la façon suivante : monde → perception → représentation du monde

Cependant, M. Jarrosson considère qu'il ne faut pas négliger l'influence de la représentation du monde sur la perception du sujet connaissant. En effet, cette influence existe, car la perception est issue du monde réel et la représentation résulte de la perception. De même, il peut exister une influence de la perception sur le monde, bien que l'argument puisse être discutable. La réalité étant dépourvue en soi de signification, il faut alors accepter que la perception exerce une influence sur la signification que le sujet donne à la réalité. Cette dernière peut en effet changer en fonction de nouvelles découvertes qui donnent lieu à de nouveaux modèles (*Ibid.*, p. 185 et s.) C'est pourquoi l'auteur complète ainsi le schéma : Monde ↔ perception ↔ représentation du monde.

¹⁹⁰ V. Seconde partie, la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille par la démarche déductive de l'acte juridictionnel, *infra*. n^{os} 421.

conformes à la réalité, l'observateur doit analyser l'unité conceptuelle en prenant en compte le contexte dans lequel elle évolue¹⁹¹.

33. Telle est bien la posture du juge judiciaire, capable d'observer la famille dans sa globalité et dans le contexte de son évolution. Il joue un rôle actif dans la construction et l'évolution de la notion, et il est ainsi possible, à travers lui, d'appréhender sa substance malgré les métamorphoses constantes du phénomène familial. Le pluralisme juridique qui caractérise aujourd'hui le droit de la famille, donne une emprise plus importante à l'autonomie de la volonté dans la formation et le fonctionnement de la famille. De ce fait, le juge est obligé de garder une vision large de la notion de famille afin de pouvoir résoudre chaque cas d'espèce. Il doit assurer l'équilibre entre les intérêts individuels, l'intérêt de l'enfant et celui de la famille au sein des conventions ; il doit aussi préserver la cohérence de l'ordonnement juridique relatif à la famille et garantir les droits fondamentaux des personnes et des membres de la famille. Le juge est donc en contact direct avec la réalité et confronté à toutes les formes de famille existantes ou qui se revendiquent comme telles, même s'il n'est jamais confronté directement à la question de la qualification d'une famille. En effet, c'est toujours par le prisme d'une demande tendant à la création, la reconnaissance, le maintien ou la production des effets d'un lien entre deux personnes, dont il faut déterminer s'il présente les caractéristiques d'un lien familial, qu'il l'appréhende la famille.

34. Dans le cadre de la phase inductive de l'acte juridictionnel¹⁹², le juge judiciaire est par ailleurs obligé d'identifier l'unité conceptuelle de la notion de famille. Ainsi, lorsque le juge est saisi d'une demande portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, les parties posent au juge la question de savoir si les circonstances de l'espèce justifient la création ou la reconnaissance du lien demandé. Afin de pouvoir rendre sa décision, le juge doit d'abord déterminer si ce lien est conforme à la notion de famille retenue par le droit. De ce fait, le juge doit d'abord répondre à la question : *qu'est-ce que la famille ?* Le défaut de définition de la famille dans la loi l'oblige à découvrir sa signification. Pour cela, le juge doit identifier l'élément irréductible autour duquel s'articulent de façon ordonnée et systématisée toutes les composantes de la notion : en l'occurrence, cet élément serait le lien familial.

¹⁹¹ BERGEL (J.-L.), « Théorie Générale du Droit », coll. Méthodes du droit, Dalloz, 5^e éd., 2012, p. 116 et 118.

¹⁹² CADIET (L.), JEULAND (E.), « Droit judiciaire privé », 10^e éd., LexisNexis, 2017, p. 88, n°79.

35. La révélation constitue ensuite la seconde phase du modèle de la connaissance retenu¹⁹³. Rappelons que ce modèle est constitué de deux phases, la première concernant la saisie de l'objet par un sujet à travers ses sens¹⁹⁴ et la seconde impliquant **la construction des modèles pour expliquer la réalité**¹⁹⁵.

36. L'exercice de la démarche déductive de l'acte juridictionnel permet ainsi au juge de révéler le concept de lien familial comme élément constitutif de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Le juge, en tant que *sujet connaissant*, « lève le voile qui cache » l'unité conceptuelle de la notion de famille ; *l'objet à connaître* ; et révèle¹⁹⁶, c'est-à-dire fait connaître aux autres le concept de lien familial. Cette révélation qui s'opère par le jeu de la démarche déductive, laquelle consiste à prononcer la décision et à faire produire ou non l'effet juridique attaché au présupposé de la règle de droit¹⁹⁷, est donc essentielle, mais il faut souligner qu'intellectuellement, le juge a déjà construit son jugement lors de la réalisation de la démarche inductive : lorsque il rend sa décision, il répond à la question posée par les parties à travers leurs prétentions concernant la validité du lien familial demandé et sa conformité à la notion de famille retenue par le droit.

Le jugement peut alors être appréhendé de deux façons : d'une part, comme un acte discursif et cognitif par lequel le juge répond à la question posée par les parties à travers leur prétention¹⁹⁸ ; et, d'autre part, comme un acte juridique ou normatif, par lequel le juge dit le droit du cas dont il est saisi et tranche le litige¹⁹⁹.

¹⁹³ JARROSSON (B.), *op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁴ V. « Connaissance » *in site* Centre national de ressources textuelles et lexicales ; V. aussi « Connaissance » *in Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, LALANDE (A.), Quadrige, 2006, spéc. B. : Acte de la pensée qui pénètre et définit l'objet de sa connaissance. La connaissance parfaite d'une chose, en ce sens, et celle qui, subjectivement considérée, ne laisse rien d'obscur ou de confus dans la chose connue ; ou qui, objectivement considérée, ne laisse rien en dehors d'elle de qui existe dans la réalité à laquelle elle s'applique. »

¹⁹⁵ JARROSSON (B.), *op. cit.*, p. 179 : « La volonté de connaître et de comprendre la réalité de façon même approchée suppose que cette réalité puisse se réduire à un modèle que notre esprit soit capable de concevoir (ou à défaut, que la réalité puisse être approchée par un tel modèle) ».

¹⁹⁶ V. « Révélation » *in site du CNRTL* : « Action de révéler quelque chose à quelqu'un ; résultat de cette action. Action de porter à la connaissance quelque chose de caché, d'inconnu. » ; v. « Révélation » *in Dictionnaire Larousse* : « Action de révéler, de dévoiler, de faire connaître quelque chose. » ; v. aussi « Révéler » *in site du Centre national de ressources textuelles et lexicales* : « Faire connaître à quelqu'un quelque chose qui était ignoré, inconnu, caché ou secret. » ; v. « Révéler » *in Dictionnaire Larousse* « Faire connaître à quelqu'un ou rendre public ce qui était tenu secret. Manifester par des signes indubitables ce qui n'était pas immédiatement perceptible » ; v. aussi « Révéler » *in Dictionnaire Encyclopédie Universalis* : « Faire connaître ce qui était resté caché ou secret. Rendre manifeste. »

¹⁹⁷ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 88, n° 79.

¹⁹⁸ MALPEL-BOUYJOU (C.), « L'office du juge judiciaire et la rétroactivité », Préf. V. Larribau-Terneyre, Coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Vol. 134, Dalloz, 2014, p. 38, n°61.

¹⁹⁹ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 605, n° 694.

37. Si nous appréhendons le jugement en tant qu'acte cognitif, il apparaît que le juge effectue la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille, dans les motifs et le dispositif de son jugement.

En effet, lorsqu'il considère que le lien familial demandé est conforme à la notion de famille, il peut ordonner, dans le dispositif de la décision, sa création ou sa reconnaissance. Il est alors capable d'expliquer, dans les motifs du jugement, l'étendue de son raisonnement et de révéler l'existence du concept de lien familial.

Or, cette révélation peut amener le juge à construire ou à compléter ce concept, spécialement en créant ou en reconnaissant des liens qui ne remplissent pas les conditions de formation fixées par la loi, ce qui pose la question de son rôle exact dans la détermination du concept de lien familial et donc des sources du lien familial.

38. Ainsi, dans la phase inductive de l'acte juridictionnel, qui conduit le juge à découvrir pour lui-même, afin de pouvoir ensuite rendre son jugement, l'unité conceptuelle de la notion de famille, ce dernier commence par percevoir cette unité conceptuelle en appréhendant la famille à travers le concept de lien familial (Titre 1) ; mais il faut encore, pour connaître la marge de manœuvre que s'octroie le juge dans la construction du concept de lien familial, aller plus loin dans l'analyse de l'unité conceptuelle de la notion de famille, au regard de la phase déductive de l'acte juridictionnel. Quelle est la limite de son pouvoir ? Quelle est son étendue ? Ces questions semblent pouvoir trouver une réponse à travers la révélation des sources du lien familial auxquelles les motifs de la décision permettent d'accéder (Titre 2).

- Titre 1 La perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille

- Titre 2 La révélation des sources de l'unité conceptuelle de la notion de famille

Titre 1 La perception par le juge de l'unité conceptuelle de la notion de famille

39. La perception constitue la première étape de la connaissance²⁰⁰ et donc la première phase dans la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

Le verbe « percevoir » signifie « saisir, prendre connaissance par les sens », plus précisément, « prendre connaissance de la présence et des caractéristiques des objets extérieurs par l'organisation des données sensorielles ». La perception permet alors au sujet connaissant de saisir ou de prendre connaissance par l'intuition ou par l'entendement²⁰¹. Ainsi, la « perception » implique une « opération psychologique complexe par laquelle l'esprit, en organisant les données sensorielles, se forme une représentation des objets extérieurs et prend connaissance du réel »²⁰². Dans la théorie de la connaissance, notamment pour les cartésiens, la perception permet la prise de connaissance de l'objet par l'intelligence²⁰³. Dans la langue philosophique contemporaine, la perception est « l'acte par lequel un individu, organisant immédiatement ses sensations présentes, les interprétant et les complétant par des images et des souvenirs, écartant autant que possible leur caractère affectif ou moteur, s'oppose un objet qu'il juge spontanément distinct de lui, réel et actuellement connu par lui »²⁰⁴.

En bref, la perception serait la relation entre le sujet connaissant et l'objet à connaître et la conséquence de cette relation. Ainsi, la perception impliquerait la réalisation de deux opérations, d'une part, la réception des données du monde réel par le sujet connaissant à travers ses sens et, d'autre part, l'organisation et l'interprétation de ces données en vue de former une représentation, un modèle de la réalité.

40. Le juge judiciaire prend ainsi la place du sujet connaissant à l'égard de la notion de famille, laquelle constitue l'objet à connaître.

Il faut rappeler à cet égard d'une part, que la perception de la notion de famille par le juge n'est pas sociologique, mais juridique car il doit nécessairement appréhender la notion de famille à travers le prisme de la règle de droit ; d'autre part qu'il ne l'appréhende pas

²⁰⁰ JARROSSON (BR.), *op. cit.*, p. 184 et s.

²⁰¹ V. « Percevoir » *in site du CNRTL* ; Pour le Larousse, « percevoir » est « saisir quelque chose par les organes des sens » ou « discerner quelque chose, l'apercevoir », « parvenir à connaître, à distinguer quelque chose malgré la difficulté ».

²⁰² V. « Percevoir » *in site du CNRTL*.

²⁰³ V. « Perception » *in LALANDE (A.), op. cit.*, sens B.

²⁰⁴ *Ibid.*, sens. D ; V. aussi critique, n° 1 : le mot perception « peut se prendre soit pour l'acte de percevoir, soit pour le résultat de cet acte.

directement mais toujours à travers le concept de lien familial, dont la création, la reconnaissance ou les effets sont revendiqués par les individus, ce qui l'amène à s'interroger sur la substance de la famille.

41. S'il est à même de percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille à travers ce concept de lien familial, c'est parce qu'il dispose des deux moyens techniques qui vont autoriser cette perception : la compétence qui lui est reconnue en matière familiale, d'abord ; la prétention qui lui est soumise, ensuite (Chapitre I).

42. Toutefois, toutes les prétentions n'obligent pas le juge à s'interroger sur la substance et la forme de la famille. Il faudra donc analyser les différentes prétentions pour identifier celles qui permettent cette perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille (Chapitre II).

Chapitre I : La compétence et la prétention comme moyens de la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille

43. Si le juge est l'observateur privilégié de la notion de famille capable de percevoir son unité conceptuelle, c'est en premier lieu parce qu'il dispose d'une compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale qui lui attribue précisément ce rôle d'observateur. Toutefois, l'élément déclencheur de la perception n'est pas directement la compétence mais la prétention des parties qui porte sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial.

44. La compétence²⁰⁵ est régie par la loi qui désigne le juge qui a l'aptitude à connaître une prétention²⁰⁶. Elle détermine ainsi la division²⁰⁷ et la répartition du travail judiciaire²⁰⁸. La compétence juridictionnelle est distinguée en compétence territoriale²⁰⁹ et en compétence matérielle ou d'attribution²¹⁰. Toutefois, le moyen qui permet au juge de percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle est la compétence matérielle ou d'attribution, car elle concerne la matière²¹¹ ou la nature²¹² du litige. Dès lors, les règles de compétence matérielle

²⁰⁵ La compétence est une notion fonctionnelle (PH. Théry, « Compétence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 247) qui détermine l'organe spécifique ayant l'aptitude d'exercer sa fonction parmi d'autres qui ont le même pouvoir (V. « Compétence », in *Vocabulaire juridique*). Elle est conçue comme une qualité de l'organe d'autorité et évoque une idée de concurrence entre plusieurs organes. (PH. Théry, art. préc.)

Ainsi, les problèmes de compétence ne peuvent avoir lieu qu'entre deux ou plusieurs organes distincts (V. F. Leborgne « Compétence », in *Dictionnaire de la Justice*, *op. cit.*, p. 176). La compétence des juridictions est établie à partir des critères déterminés par les règles qui les régissent. Ces règles indiquent le juge « qui est spécialement compétent pour trancher le litige » (L. Cadet, E. Jeuland, *op. cit.*, p. 91, n° 107) ou qui a l'aptitude à connaître, instruire et juger une affaire (V. « Compétence- judiciaire », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, p. 211). La compétence est donc « la désignation, parmi toutes les juridictions, de celle à qui est donnée l'aptitude de connaître d'une demande, ou plus rarement d'une défense » (J. Héron, T. Le Bars, *op. cit.* p. 785, n° 920). La règle de compétence confère à la juridiction un pouvoir juridictionnel propre qui détermine son intervention (*Ibid.*, p. 786, n° 922), qu'implique « le pouvoir de faire des actes ayant en droit le caractère de jugement » (G. Cornu et J. FOYER cités in F. Leborgne, « Compétence », art. préc.), qui traduit la fonction du juge de trancher le litige (PH. Théry, art. préc., p. 248) en appliquant la règle de droit (F. Leborgne, « Compétence » art. préc.) Le pouvoir juridictionnel renvoie ainsi à la fonction du juge de juger. La compétence présuppose l'existence du pouvoir juridictionnel et la pluralité des juridictions ayant le même pouvoir. Elle peut établir l'aptitude d'une juridiction interne à connaître d'une affaire en dépit d'une juridiction étrangère ou internationale, la répartition des matières parmi plusieurs juridictions, leur positionnement dans la hiérarchie juridictionnelle, ainsi que l'étendue de leurs pouvoirs dans une zone géographique (C. Tirvaudey-Bourdin, *J.-Cl. Procédure civile* : Fasc. 213-1, « COMPÉTENCE. Exception d'incompétence », LexisNexis, n° 4 ; F. Leborgne, art. préc.).

²⁰⁶ HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.*, p. 765, n° 951.

²⁰⁷ CORNU (G.) et FOYER (J.), *op. cit.* 3^e édition p. 160.

²⁰⁸ HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.*, p. 765, n° 951.

²⁰⁹ La compétence territoriale est liée au ressort territorial où la juridiction exerce son office (J. Héron, T. Le Bars, *op. cit.*, p. 766, n° 954).

²¹⁰ Traditionnellement, on parle d'une compétence d'attribution ou *rationae materiae*. Elle fait allusion à l'ordre de juridiction compétent (administratif ou judiciaire), au degré (juge de première instance ou d'appel ou Cour suprême) et à la nature de la juridiction (juridiction de droit commun ou juridiction d'exception, ce qui inclut la matière et le montant de l'affaire) (L. Cadet, E. Jeuland, *op. cit.*, p. 110, n°109).

²¹¹ HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.*, p. 766, n° 954.

d'attribution qui nous intéresseront seront celles relatives à la matière familiale, laquelle est régie essentiellement par le droit de la famille²¹³.

Ainsi, l'étude de la compétence matérielle ou d'attribution en droit de la famille nous permettra d'établir des critères de désignation du juge le plus apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, si le tribunal de grande instance a une compétence exclusive en matière familiale, la compétence familiale est attribuée à une pluralité de juges, dont le juge des tutelles, le juge des enfants, le juge aux affaires familiales et même le tribunal d'instance. Nous verrons que le tribunal de grande instance, en tant que *juge de l'établissement et de l'anéantissement du lien familial*, partage l'aptitude à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle avec le juge des tutelles et le tribunal d'instance.

45. Toutefois, si la compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale est un moyen pour le juge de percevoir la notion de famille, elle ne constitue qu'une possibilité. La perception est en état de latence. Le juge ne réalisera effectivement cette perception que s'il exerce un acte juridictionnel, en décidant de lever ou non l'obstacle²¹⁴ qui empêche²¹⁵ soit la création, soit la reconnaissance du lien familial revendiqué par les parties. L'opération de perception commence ainsi par la réception de la prétention des parties, exprimée dans leur demande, à travers laquelle le juge reçoit non seulement les faits de l'espèce mais également les éléments de droit qui vont lui permettre de déclencher le mécanisme de l'acte juridictionnel.

46. La prétention, véhiculée par la demande à travers laquelle les parties saisissent le juge, peut être comprise comme l'avantage recherché par ces dernières²¹⁶. Elle constitue l'objet sur lequel le juge doit se prononcer²¹⁷. A travers leur prétention, les parties soulèvent l'existence d'un obstacle qui empêche l'exercice d'un droit subjectif²¹⁸ et la correcte application de la règle de droit²¹⁹. Le juge est alors confronté à la question suivante : *les circonstances de*

²¹² CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 110, n° 109.

²¹³ Le droit de la famille *lato sensu* concerne les affaires portant sur les liens de couple, c'est-à-dire ceux relatif au mariage, au Pacte civil de solidarité et au concubinage, ainsi que celles relatives aux liens de parenté desquels découlent les liens de filiation, qu'elle soit fondée sur la procréation, la possession d'état ou l'adoption.

²¹⁴ CHAUMONT (C.), « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *RD publ.* 1982.93.

²¹⁵ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 33, n° 47.

²¹⁶ JEULAND (E.), « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 257, n° 247 ; V. PRETENTION, in *Vocabulaire juridique, op. cit.*

²¹⁷ C. proc. civ., art. 5 : « Le juge soit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. » ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 333-337, n° 509-511 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), « Théorie générale du procès », *Thémis*, PUF, 2^e éd., 2013, p. 752, n° 219 ;

²¹⁸ BLÉRY (C.), « L'efficacité substantielle des jugements civils », *J. Héron (Dir.)*, Préf. P. Mayer, LGDJ, 2000 p. 34, n° 48.

²¹⁹ MALPEL-BOYJOU (C.), « L'office du juge judiciaire et la rétroactivité », Préf. V. Larribau-Terneyre, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 134, Dalloz, p. 69, n° 109.

l'espèce justifient-elles la levée de cet obstacle ? L'office du juge consiste alors à répondre à cette question à travers son jugement²²⁰. Lorsque la prétention des parties porte sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, le juge est confronté à la question de savoir *si le lien demandé par les parties est conforme à la notion de famille retenue par le droit*. L'absence de définition de la famille au sein de la loi amène le juge à percevoir la notion de famille, afin de l'observer et d'identifier son unité conceptuelle.

Dès lors, la prétention constitue bien l'élément déclencheur²²¹ de la phase inductive, première étape de l'acte juridictionnel et, en même temps, l'élément déclencheur de la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Elle apporte au juge les éléments de fait qui lui permettront de percevoir le phénomène familial. En effet, la prétention des parties est fondée sur les faits de l'espèce²²². Lorsque les parties demandent la création ou la reconnaissance d'un lien familial, elles fondent leur prétention sur les faits qu'elles considèrent comme pertinents pour justifier la levée de l'obstacle qui empêche l'établissement ou la réception d'un lien familial. Ce faisant, le juge constate que l'élément commun à toute situation familiale est le lien familial. Il est justement saisi par les parties afin qu'il ordonne l'établissement d'un lien familial ou la production de ses effets, dès lors qu'il a été constitué à l'étranger. C'est ainsi qu'il perçoit l'unité conceptuelle de la notion de famille et l'identifie dans le lien familial.

47. Ainsi, si la compétence d'attribution est une condition préalable à la perception de la notion de famille et de son unité conceptuelle, (Section 1), cette perception est concrètement et procéduralement déclenchée par la prétention des parties, qui en est l'outil (Section 2).

²²⁰ JEULAND (E.), « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 247, n° 253.

²²¹ C. proc. civ., art. 53 : « La demande initiale est celle par laquelle un plaideur rend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance » ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 488, n° 552 : « Tout commence avec la demande initiale, qui est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions... » « ... l'instance n'est véritablement introduite que par la saisine du juge » ; CAYROL (N.), « La saisine du juge », in *Mél. G. Wiederkerhr*, Dalloz, 2009, p. 100 : « L'acte juridique par lequel le juge est saisi est la demande en justice » ; HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 109, n° 114 : « La demande initiale constitue le premier acte d'un procès ».

²²² BLONDEL (PH.), « Le juge et le droit », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*. Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 », Documentation française, 1998, p. 105 : « il demeure que dans la démarche de celui qu'il est convenu d'appeler un praticien du droit, l'auxiliaire de justice, brevitas cause, la situation de fait est première... ».

Section 1 La compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale comme condition préalable de la perception

48. Le juge est capable de percevoir, dans le concept de lien de familial, l'unité conceptuelle de la notion de famille grâce à la compétence matérielle ou d'attribution qui lui est octroyée par le législateur. Il a en effet la compétence pour connaître des affaires relatives à la famille, et spécialement de la création, de la reconnaissance ou de la production des effets d'un lien familial²²³.

49. Les règles de compétence matérielle ou d'attribution dessinent l'office du juge en matière familiale²²⁴. Ce dernier a fait l'objet de plusieurs transformations²²⁵, lesquelles répondent à l'évolution des règles propres à la compétence de la juridiction familiale, ainsi qu'à la mutation sociologique de la famille²²⁶. Dès lors, l'office du juge en matière familiale consiste aujourd'hui non seulement à trancher les litiges intrafamiliaux²²⁷, mais également à contrôler et assurer l'équilibre des accords passés entre les membres de la famille²²⁸, à concilier ces derniers en cas de conflit²²⁹ et même à enregistrer certaines déclarations²³⁰. Ainsi, il est possible de constater que la fonction du juge en matière familiale a fait l'objet d'un éclatement qui reflète l'évolution tantôt du phénomène familial tantôt de sa législation.

²²³ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », LexisNexis, 2016, p. 15, n°27.

²²⁴ DOUCHY-OUDOT M., « L'office du juge dans le contentieux familial », *Procédures* 2015, dossier 4 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », LexisNexis, 2016, n° 27, p. 75 ; LEMOULAND (J.-J.), *op. cit.*, p. 64, n° 78 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », coll. Droit civil, 6^e éd., LGDJ Lextenso, p. 36, n° 41 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », coll. Précis, 9^e éd., Dalloz, 2018, p. 46, n° 55.

²²⁵ ÉGÉA (V.), « La fonction de juges à l'épreuve du droit contemporain de la famille », Defrénois, 2010.

²²⁶ DOUCHY-OUDOT M., « L'office du juge dans le contentieux familial », art. préc.

²²⁷ Traditionnellement, l'intervention du juge en droit de la famille est essentiellement contentieuse. Elle peut être caractérisée par le contentieux relatif au divorce ou aux modalités de l'exercice de l'autorité parentale ou de la fixation de la résidence de l'enfant. Si ce rôle est toujours d'actualité, il n'est pas le seul (V. Égée, « Droit de la famille », *op. cit.* p. 15, n° 27 ; J.-L. Lemouland, *op. cit.* p. 67, n° 78 ; Ph. Malaurie, H. Fulchiron, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 36, n° 41).

²²⁸ La fonction du juge intervenant en matière familiale consiste également à homologuer des accords entre membres de la famille dont l'objet concerne la structure ou le fonctionnement de la famille (B. Melin-Soucramanien, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in *Mél. J. Hauser, op. cit.*, p. 373).

²²⁹ C. proc. civ., art. 1071, al. 1^{er} : « Le juge aux affaires familiales a pour mission de tenter de concilier les parties ».

²³⁰ C. civ., art. 372, al. 3 : « L'autorité parentale pourra néanmoins être exercée en commun en cas de déclaration conjointe des père et mère adressé au greffier en chef du tribunal de grande instance ou sur décision du juge aux affaires familiales » ; V. aussi C. proc. civ., art. 1180 ; C. civ., art. 334-2, al. 1^{er} : « Lorsque le nom de l'enfant naturel n'a pas été transmis dans les conditions prévues à l'article 311-21, ses parents peuvent, par déclaration conjointe devant l'officier de l'état civil, choisir pendant sa minorité soit de lui substituer le nom de famille du parent à l'égard duquel la filiation a été établie en second lieu, soit d'accoler leurs deux noms, dans l'ordre choisi par eux, dans la limite d'un nom de famille pour chacun d'eux. Mention du changement de nom figurera en marge de l'acte de naissance. ».

50. Une question fondamentale dans la recherche concernant la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille est celle de savoir *quel juge perçoit la notion de famille et atteint son unité conceptuelle ?* Les règles de compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale devraient pouvoir nous aider à désigner le juge le plus apte à réaliser cette perception et donc cette découverte. Toutefois, la matière familiale est confiée à une pluralité de juridictions²³¹, dont le tribunal de grande instance²³², le juge des enfants²³³, le juge des tutelles²³⁴ et le juge aux affaires familiales²³⁵. Le tribunal d'instance est également compétent pour connaître des demandes relatives à l'établissement du lien de filiation par la possession d'état²³⁶. Depuis le 25 mars 2019²³⁷, cette compétence a été transférée au notaire par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice²³⁸.

51. Malgré cet éclatement de la compétence en matière familiale, il faut souligner que le tribunal de grande instance est toujours compétent pour connaître du contentieux du mariage²³⁹, des affaires relatives à la filiation, à l'adoption et au droit patrimonial de la famille, notamment celles qui concernent les successions²⁴⁰. Ainsi, le tribunal de grande instance semble être, pour l'instant, la juridiction de l'*établissement* et de l'*anéantissement* du lien familial. De ce fait, s'il semble que le tribunal de grande instance soit le plus apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille, il faut tout de même signaler que le juge des tutelles a également l'aptitude à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille, car il connaît des autorisations à mariage pour les majeurs sous tutelle et curatelle²⁴¹, ainsi que de l'autorisation à conclure un Pacte civil de solidarité au majeur sous curatelle²⁴². Il en va de même pour ce qui est du juge aux affaires familiales lorsqu'il doit se prononcer sur l'indivision

²³¹ LEMOULAND (J.-J.), *op. cit.*, p. 64, n° 78 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), *op. cit.* p. 46, n° 55.

²³² COJ, arts. L. 211-3 et L. 211-4.

²³³ COJ, art. L. 252-4.

²³⁴ COJ, art. L. 221-9.

²³⁵ CIJ, art. L. 213-3.

²³⁶ C. civ., art. 317.

²³⁷ V. Circ. 25 mars 2019 de présentation des entrées en vigueur des dispositions civiles de la n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : BO n° 2019-03, 29 mars 2019 ; http://circulaires.legifrance.gouv.fr/pdf/2019/03/cir_44482.pdf

²³⁸ L. n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 6 ; ÉGÉA V., « La matière familiale à l'épreuve de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *Procédures* 2019, étude 14, spéc. n°s 10-13 ; v. aussi Dossier : « La réforme de la justice », *AJ fam.* 2019, p. 315 et s. ; SAULIER (M.), « Le notaire et l'enfant dans la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *AJ fam.* 2019, p. 259.

²³⁹ C. civ., art. 172 et s. (Cependant, aucun texte n'attribue expressément au tribunal de grande instance le contentieux portant sur la nullité du mariage).

²⁴⁰ COJ, R. 211-4

²⁴¹ C. civ., art. 460.

²⁴² C. civ., art. 461, al. 1^{er}.

entre concubins, car il doit qualifier leur relation de concubinage. De la même manière, le juge d'instance est apte à réaliser cette perception, car il est compétent pour établir un lien de filiation en délivrant un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état²⁴³. De plus, c'est à travers le recours exercé à l'encontre de décisions rendues par ces juridictions que les cours d'appel et la Cour de cassation ont aussi un rôle primordial dans la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

52. Nous verrons que s'il existe une pluralité de juges compétents en matière familiale (§1), la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille est essentiellement réalisée par le tribunal de grande instance (§2).

§ 1 Une pluralité de juges compétents en matière familiale

53. L'étude des compétences des juges de la famille devrait nous permettre de désigner celui qui est le plus apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. Toutefois, la compétence matérielle ou d'attribution spécifique en matière familiale est octroyée à plusieurs juridictions de l'ordre judiciaire²⁴⁴. Ainsi, en dépit de la compétence exclusive du tribunal de grande instance en matière familiale, la connaissance d'un grand nombre d'affaires en matière familiale est confiée à plusieurs juges, dont le juge des tutelles, le juge des enfants, le juge d'instance et le juge aux affaires familiales²⁴⁵. Si cette dispersion des compétences a pu être qualifiée de fâcheuse²⁴⁶, elle répond à la complexité des litiges concernés et au caractère spécifique des espèces nécessitant d'être traitées par des juges spécialisés. En revanche, il existe une tendance à recentrer une partie importante du contentieux familial aux mains du juge aux affaires familiales.

54. Dès lors, si l'éclatement de la matière familiale entre plusieurs juges semble justifié par une nécessité de spécialisation de la justice familiale (A), il existe une tendance à recentrer aux mains du juge aux affaires familiales une partie importante du contentieux familial (B).

²⁴³ C. civ., art. 317.

²⁴⁴ LEMOULAND (J.-J.), *op. cit.*, p. 64, n° 78 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 37, n° 42 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), *op. cit.* p. 46, n° 55.

²⁴⁵ DOUCHY-LOUDOT (M.), « L'office du juge dans le contentieux familial », art. préc. ; GEBLER (L.), « L'enfant et ses juges », *AJ fam.* 2007, p. 390.

²⁴⁶ LEMOULAND (J.-J.), *op. cit.*, p. 68, n°79.

A. L'éclatement de la compétence en matière familiale justifié par la nécessité de spécialisation de la justice familiale

55. La dispersion de la compétence en matière familiale aux mains de plusieurs juges uniques spécialisés, dont le juge des tutelles et le juge des enfants, semble justifiée par une nécessité de spécialisation de la justice familiale. Au regard de notre recherche, il convient de se demander si ces juges sont aptes à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. L'étude de leurs compétences nous permettra de démontrer que seul le juge des tutelles a une aptitude à observer la notion de famille et à percevoir son unité conceptuelle.

56. Les compétences des juges spécialisés de la famille. Ainsi, le juge des enfants, qui siège au sein du tribunal pour enfants²⁴⁷, formation du tribunal de grande instance, est compétent en matière familiale pour connaître des mesures d'assistance éducative²⁴⁸, ainsi que de la mesure judiciaire d'aide à la gestion du budget familial²⁴⁹. Quant au juge des tutelles, qui siège au sein du tribunal d'instance²⁵⁰, il est compétent pour connaître des demandes relatives à l'autorisation à mariage des majeurs sous curatelle, à défaut de celle du curateur et du majeur sous curatelle²⁵¹, de l'autorisation pour le majeur sous tutelle pour la conclusion d'un Pacte civil de solidarité²⁵², des demandes formées par un époux, lorsque son conjoint est hors d'état de manifester sa volonté, aux fins d'être autorisé à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement de ce dernier serait nécessaire ou aux fins d'être habilité à le représenter²⁵³, ainsi que de l'habilitation familiale²⁵⁴.

Il convient de souligner qu'à partir du 1^{er} janvier 2020, le tribunal d'instance disparaîtra, conformément à l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. La majeure partie du contentieux dévolu pour l'instant au tribunal d'instance sera attribué à un nouveau « juge des contentieux de la protection », lequel siègera au sein du tribunal judiciaire, lequel remplacera l'actuel tribunal de grande instance²⁵⁵. Le juge des contentieux de la protection connaîtra du contentieux de la proximité et des

²⁴⁷ COJ, art. L. 252-1, al. 1^{er}.

²⁴⁸ COJ, art. L. 252-3.

²⁴⁹ COJ, art. L. 252-4.

²⁵⁰ COJ, art. L. 221-3.

²⁵¹ C. civ., art. 460.

²⁵² C. civ., art. 462.

²⁵³ COJ, art. L. 221-9, 3^o.

²⁵⁴ COJ, art. L. 221-9, 5^o.

²⁵⁵ V. sur cette question, *infra* n° 79 à 81.

personnes économiquement vulnérables²⁵⁶, dont les mesures de protection des majeurs, des actions relatives à l'exercice du mandat de protection future, des actions aux fins d'expulsion, du contentieux relatif aux baux ruraux d'habitation, du contentieux de la consommation, ainsi que des procédures de surendettement²⁵⁷. Si le tribunal d'instance disparaît, dans les endroits où les tribunaux de grande instance et les tribunaux d'instance sont situés dans des communes différentes, ces derniers seront maintenus et deviendront des « tribunaux de proximité », lesquels constitueront des chambres du tribunal judiciaire²⁵⁸.

57. La spécialisation semble être le critère pris en compte pour octroyer au juge des enfants et au juge des tutelles leurs compétences en matière familiale. À cet égard, la création du juge des enfants²⁵⁹ et du juge des tutelles²⁶⁰ répond au constat du caractère inadapté de la collégialité du tribunal de grande instance en tant que juridiction de droit commun à traiter un contentieux aussi spécifique que la protection de l'enfant et des majeurs vulnérables.²⁶¹ Ces juridictions témoignent de la volonté du législateur d'établir des juridictions spécialisées, réservées à traiter de façon globale et approfondie les affaires qui relèvent d'un seul domaine, dans notre cas, les questions relatives à l'enfant²⁶² et à la protection des majeurs vulnérables²⁶³.

En ce sens, si le rapport *Guinchard* préconisait que la compétence en matière d'administration légale et de tutelle des enfants mineurs devait être transférée au juge aux affaires familiales²⁶⁴, il n'en allait pas de même pour ce qui était de la tutelle des majeurs protégés et des fonctions du juge des enfants²⁶⁵. Ce rapport justifiait le maintien de ces compétences en considérant la spécificité des affaires concernées. En effet, la tutelle et la curatelle des majeurs relèvent de l'état des personnes et l'intervention des magistrats dans ce domaine est motivée par des constatations médicales et sociales portant sur la situation de vulnérabilité²⁶⁶. De même, la spécificité de la bilatéralité des fonctions en matière civile et

²⁵⁶ BUFFET (F.-N.), DÉTRAIKNE (Y.), Rapp. n° 11, Sénat, 3 oct. 2018, p. 342.

²⁵⁷ COJ, art. L. 213-4-2 et s., à venir.

²⁵⁸ COJ, L. 212-8, à venir.

²⁵⁹ Le juge des enfants a été créé par l'ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, puis l'ordonnance n° 58-1301 du 23 décembre 1958 relative à la protection de l'enfance et de l'adolescence en danger a étendu ses compétences en matière civile.

²⁶⁰ Le juge des tutelles a été créé par la loi n°64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du Code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation.

²⁶¹ BÉNABENT (A.), *op. cit.*, p. 14 n°19 ; LEMOULAND (J.-J.), *op. cit.*, p. 68, n°79.

²⁶² NAUDET-SENECHAL (M.), « L'enfant et le juge unique », *LPA* 1995, n° 53, p. 81.

²⁶³ FOSSIER (T.), « Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge 'social' », *RDSS* 2008, p.821.

²⁶⁴ Rapp. *Guinchard*, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », remis à Madame Dati, garde des Sceaux en janvier 2008, Documentation française, p. 226.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 226-227.

²⁶⁶ *Ibid.*, p. 226.

pénale du juge des enfants est mise en exergue afin de justifier le maintien de ses compétences en matière familiale²⁶⁷.

58. Les missions des juges spécialisés de la famille. La loi organise ainsi une véritable répartition de la compétence en matière familiale aux mains des juges spécialisés de la famille. Ainsi, le juge des enfants et le juge des tutelles sont des juges spécialisés, auxquels le législateur a confié une mission spécifique. Le juge des enfants a pour fonction d'être l'un des juges de l'autorité parentale à travers l'assistance éducative²⁶⁸, mais à la différence du juge aux affaires familiales, le juge des enfants intervient en cas de danger réel, non hypothétique couru par l'enfant, afin de le faire cesser.²⁶⁹ Quant au juge des tutelles, il a pour tâche générale la surveillance des protections des majeurs protégés²⁷⁰. Ainsi, l'introduction de l'habilitation familiale par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015²⁷¹ a confirmé le rôle du juge des tutelles en tant que juge de la protection²⁷². La protection des majeurs protégés est caractérisée d'une part, par la détermination du type de mesure de protection et sa mise en place, laquelle implique la désignation de ses organes de protection, la décision de son ouverture, de son renouvellement, de sa modification et de sa mainlevée et, d'autre part, par le contrôle de l'exercice de la mesure, à travers l'autorisation de la réalisation de certains actes au nom du majeur protégé et la bonne gestion du patrimoine de ce dernier par la personne chargée de sa protection²⁷³. En bref, ce juge concentre le pouvoir afférent à la protection de la personne majeure protégée²⁷⁴.

Si la spécialisation ne paraît pas avoir un lien avec l'unicité du juge, on peut constater que le juge des enfants et le juge des tutelles suivent le procès, de l'instruction jusqu'au jugement,

²⁶⁷ *Ibid.*, p. 227.

²⁶⁸ COJ, art. L. 525-2.

²⁶⁹ NAUDET-SENECHAL (M.), art. préc ; V. aussi C. civ., art. 375.

²⁷⁰ PÉCAUT-RIVOLIER (L.) et VERHEYDE (TH.), « Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 165.

²⁷¹ V. Dossier « Réforme du droit de la famille : l'ordonnance du 15 octobre 2015 » *AJ fam.* 2015, p. 598 à 605, spéc. VERHEYDE (TH.), « Réforme du droit de la famille : L'habilitation familiale », p. 603 ; BATTEUR (A.) et DOUVILLE (T.), « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015. 2330 ; DERVIEUX (V.), « Procédure pénale et mesure d'habilitation familiale », *Gaz. Pal.* 24 oct. 2015, p. 15 ; DOUCHY-LOUDOT (M.), « La simplification et la modernisation de la famille par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *Procédures* 2016, n° 1 ; DOUVILLE (T.), « Les pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *Gaz. Pal.* 19 nov. 2015, p. 4 ; MARTINEZ (A.), « Simplification et modernisation du droit de la famille », *DA*, 21 octobre 2015 ; RAOUL-CORMEIL (G.), « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », *D.* 2015, p. 2335 ; THOURET (S.), « Réforme du droit de la famille : le juge du divorce et de la liquidation », *AJ fam.* 2015. 598.

²⁷² RAOUL-CORMEIL (G.), « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », art. préc.

²⁷³ COJ., art. L. 221-9.

²⁷⁴ FOSSIER (T.), art. préc.

dérogeant ainsi au principe de séparation des fonctions²⁷⁵. Les juges spécialisés de la famille sont ainsi aptes à établir un lien personnel avec le justiciable. Ainsi, le juge des enfants, le juge des tutelles et même le juge aux affaires familiales sont considérés comme les juges amis des familles, disponibles et compréhensibles, car ils complètent la volonté privée avec la volonté de l'État²⁷⁶. Ce lien permet alors d'analyser le litige de façon globale et non pas simplement de façon juridique.

59. L'aptitude du seul juge des tutelles à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. L'étude de la compétence en matière familiale dévolue aux juges spécialisés de la famille semble cependant démontrer qu'ils ne sont pas tous aptes à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle. En effet, le juge des enfants a pour tâche essentielle de garantir la protection de l'enfant, sans pour autant intervenir dans la constitution du lien familial.

En revanche, la compétence du juge des tutelles relative à l'autorisation à mariage des majeurs sous curatelle, à défaut de celle du curateur et du majeur sous curatelle²⁷⁷, ainsi que celle concernant l'autorisation pour le majeur sous tutelle et sous curatelle de conclure d'un Pacte civil de solidarité²⁷⁸ le rendent apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille et, plus précisément, à percevoir le lien de couple. À partir du 1^{er} janvier 2020 ces compétences seront transférées au juge des contentieux de la protection, lequel deviendra donc apte à percevoir cette unité conceptuelle²⁷⁹. Les demandes relatives à ces autorisations relèvent de la matière gracieuse²⁸⁰, la requête devant contenir tous les éléments de nature à établir l'impossibilité pour le prétendant de manifester sa volonté ou un certificat médical, si l'impossibilité est d'ordre médical²⁸¹. À l'audience, le juge entend le prétendant ou le conjoint. Cependant, il peut, sur avis médical, décider qu'il n'y a pas lieu de procéder à cette audition²⁸². Ainsi, le juge des tutelles doit vérifier l'existence de la volonté du majeur protégé de célébrer un mariage ou de conclure un Pacs et valoriser la conformité de ces actes à l'intérêt du majeur protégé. L'analyse de ces éléments permet au juge d'identifier l'élément irréductible de la

²⁷⁵ NAUDET-SENECHAL (M.), art. préc.

²⁷⁶ FOSSIER (T.), art. préc.

²⁷⁷ C. civ., art. 460.

²⁷⁸ C. civ., art. 462.

²⁷⁹ COJ, art. L. 95 et s., à venir.

²⁸⁰ C. proc. civ., art. 1289.

²⁸¹ C. proc. civ., art. 1289-1.

²⁸² C. proc. civ., art. 1298-1.

notion de famille, le lien familial, ainsi que ses éléments constitutifs, dont la volonté libre et éclairée de vouloir établir un lien de couple statutaire²⁸³.

B. La tendance à recentrer la matière familiale aux mains du juge aux affaires familiales

60. Le juge aux affaires familiales (JAF) est un juge unique²⁸⁴, délégué du tribunal de grande instance²⁸⁵. S'il n'est pas un juge spécialisé au sens organique du terme²⁸⁶, le JAF n'étant pas nommé par décret, mais délégué par ordonnance du président du tribunal de grande instance, la loi lui attribue une large palette de compétences en matière familiale qui l'érigent comme le juge naturel de la famille²⁸⁷. Cependant, l'étude des compétences confiées à cette juridiction nous permettra de démontrer que le juge aux affaires familiales n'est pas apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, il n'intervient pas dans la création ou la reconnaissance du lien familial. S'il est le juge du quotidien de toutes les formes de vie de couple – mariage, Pacs et concubinage –, du divorce, ainsi que l'un des juges de l'autorité parentale, l'exercice de son office ne l'amène pas à appréhender ni la forme ni la substance du lien familial.

61. Avant la création du JAF, il existait déjà, à titre expérimental²⁸⁸, des chambres de la famille au sein de certains tribunaux de grande instance²⁸⁹. Depuis la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, le juge aux affaires matrimoniales (JAM) est devenu un véritable « homme-orchestre du divorce »²⁹⁰. Puis, la loi n° 87-570 du 22 juillet 1987 réformant l'autorité parentale a étendu ses compétences afin qu'il connaisse, après le divorce, l'exercice

²⁸³ V. *infra*. n°s 615 et s.

²⁸⁴ Le JAF possibilité de renvoyer à la formation collégiale. La loi du 8 janvier 1993 prévoyait déjà la possibilité pour le JAF de renvoyer à la formation collégiale du TGI.²⁸⁴ Cette possibilité a été maintenue par la loi du 12 mai 2009. En effet, le juge aux affaires familiales peut renvoyer à la formation collégiale à la demande des parties pour le divorce ou pour la séparation de corps.²⁸⁴ Cependant, cette formation n'est qu'exceptionnelle (Cl. Lienhard, *op. cit.*, n° 18) et elle n'est que très rarement demandée (Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, « Droit civil », *op. cit.*, p. 259, n° 654).

²⁸⁵ COJ, art. L. 213-3, al. 1^{er}.

²⁸⁶ Rapp. *Tasca-Mercier*, « Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges », enregistré à la Présidence du Sénat le 26 février 2014, p. 43.

²⁸⁷ GEBLER (L.), « L'enfant et ses juges », *AJ fam.* 2007, p. 390 ; LIENHARD (Cl.), « Juge aux affaires familiales », *Rép. proc. civ.*, Dalloz ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales », *D.* 1994, p. 141. ; WATINE-DROUIN (C.), « Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mél. R. Perrot*, *op. cit.*, p. 557.

²⁸⁸ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), *op. cit.*, p. 46, n° 55.

²⁸⁹ Circ. du 30 juill. 1965 ; FALCONETTI, « La chambre de la famille », *Gaz. Pal.* 1970. 2. Doctr. 38

²⁹⁰ GROSLIÈRE (J.-C.), « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce) », *D.* 1976, Chron.73 ; BÉNABENT (A.), *op. cit.*, p.14, n° 19.

de l'autorité parentale. Le contentieux familial était réparti entre le TGI, son président, le juge aux affaires matrimoniales, le tribunal d'instance, le juge des enfants et le procureur de la République. Ainsi, la finalité de la création du JAF était de recentrer le contentieux familial aux mains d'un seul juge spécialisé²⁹¹. Cette dispersion des compétences en matière familiale²⁹², le conflit entre les diverses juridictions compétentes, la contrariété entre leurs décisions, ainsi que la perte de temps²⁹³ provoquée par ces contrariétés continuaient à être dénoncés.

62. La nécessité de recentrer l'essentiel du contentieux familial aux mains du JAF. Le rapport *Allaer* considérait qu'il était nécessaire de confier *l'essentiel* des affaires familiales à un magistrat spécialisé capable de désamorcer le conflit à travers le dialogue et la conciliation entre les parties. Reprenant les conclusions du rapport *Allaer* du 18 mars 1986²⁹⁴, la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 a créé le juge aux affaires familiales, lequel a remplacé le juge aux affaires matrimoniales²⁹⁵.

La création du JAF était construite sur deux idées directrices²⁹⁶. D'abord, la prise en compte de la spécificité du contentieux familial qui, malgré l'absence d'une grande technicité, peut s'avérer très complexe en raison de son caractère relationnel et passionnel. Ensuite, la nécessité de remédier aux difficultés liées à la pluralité de juridictions compétentes en matière familiale, au conflit des décisions entre ces juridictions et à la complexité que ce cadre juridictionnel engendrait.

La loi du 8 janvier 1993 a ainsi procédé à une redistribution des pouvoirs en matière familiale, dont la finalité affichée était la clarification, la rapidité, l'efficacité et la lisibilité de la justice familiale²⁹⁷. Ainsi, la création du JAF devait permettre de « remédier aux risques

²⁹¹ WATINE-DROUIN (C.), art. préc.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales », art. préc.

²⁹⁴ Rapport *Allaer*, 18 mars 1986, ministère de la Justice.

²⁹⁵ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales », art. préc. ; MAILLARD (C.), « La réforme sur le juge aux affaires familiales. Loi du 8 janvier 1993 », *LPA* 1994, n° 51 ; PARCHEMINAL (H.), « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RDSS* 1994, p. 201 ; PARCHEMINAL (H.), « Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (L. n° 93-22, 8 janvier 1993) », *JCP G.* 1994, doct. 3762 ; *JCP N* 1994, 100858.

; WATINE-DROUIN (C.), « Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mél. R. Perrot, op. cit.*, p. 557.

²⁹⁶ *Ibid.*

²⁹⁷ PARCHEMINAL (H.), art. préc. ; WATINE-DROUIN (C.), art. préc.

d'incohérence et de contrariétés des décisions »²⁹⁸. Pour ce faire, la loi a confié aux mains d'un seul juge *l'essentiel* du contentieux familial²⁹⁹.

63. Le mouvement de recadrage et de centralisation de la matière familiale aux mains du JAF. Il est possible de constater l'existence d'un mouvement de recadrage et de centralisation de la matière familiale aux mains du juge aux affaires familiales. Lors de sa création, le JAF a reçu les compétences de l'ancien JAM et du tribunal de grande instance, en ce qu'ils se partageaient le statut du juge du divorce et de la séparation de corps et leurs conséquences. De même, il est devenu compétent pour connaître des actions liées à la fixation de l'obligation alimentaire, à la contribution aux charges du mariage et à l'obligation d'entretien, autrefois confiées au tribunal d'instance. La loi lui a également attribué la compétence nécessaire pour connaître des actions liées à l'exercice de l'autorité parentale et à la modification du nom de l'enfant naturel et des prénoms³⁰⁰. Le juge aux affaires familiales est ainsi devenu « l'homme-orchestre de l'autorité parentale »³⁰¹.

64. Plus tard, les missions du JAF ont fait l'objet d'une évolution, dont la conséquence première est l'élargissement de son champ d'action. La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, consacrant certaines préconisations du rapport *Guinchard*³⁰², dont la création d'un « pôle famille » par le renforcement de la compétence du JAF (proposition 5)³⁰³ a accrue de façon significative les compétences de cette juridiction³⁰⁴. Aujourd'hui, le JAF est le juge du quotidien des affaires patrimoniales de tous les couples, l'un des juges de l'autorité parentale et le juge de la protection contre les violences au sein de la famille. Ainsi, les articles 13 et 14 de la loi du 12 mai 2009 ont élargi le bloc de compétences du JAF, qui est désormais³⁰⁵ compétent pour

²⁹⁸ Rapport *Allaer*, *op. cit.*, p. 7 ; CACHEAUX (D.), Rapport de la Commission des lois, *Doc. AN*, n° 2602, p. 13.

²⁹⁹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales », art. préc.

³⁰⁰ COJ, anc. art. L. 312-1, al. 1^{er}.

³⁰¹ SALVAGE-GEREST (P.), « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Dr. fam.* 2003, chron. 12.

³⁰² Rapp. *Guinchard*, *op. cit.*, p. 220 et s.

³⁰³ *Ibid.* p. 15

³⁰⁴ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ; GEBLER (L.), « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009, p. 256 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », art. préc. ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », *Dr. fam.* 2009, comm. 66 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Infortune et regrets (à propos de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : suite...) », *Dr. fam.* 2009, étude 33 ; MAIZY (M.-B.), « Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire réorganisation en juridiction », *AJ fam.* 2010, p. 106.

³⁰⁵ COJ, art. L. 213-3.

connaître de l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial et demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux, ainsi que de la liquidation et du partage des intérêts patrimoniaux des époux. Cette compétence était auparavant dévolue au TGI.

De même, le JAF est devenu le juge des affaires patrimoniales des couples non mariés, et donc des partenaires pacsés et des concubins. En effet, le JAF connaît tantôt des indivisions des partenaires pacsés et des concubins tantôt de la liquidation et du partage des intérêts de ces couples. Il est aussi compétent pour connaître des actions relatives à la fixation de l'obligation alimentaire entre époux et partenaires pacsés et de la contribution aux charges du mariage et du Pacs. Ainsi, la loi du 12 mai 2009 a fait du JAF « le juge du quotidien des questions patrimoniales de tous les couples, pendant leur vie commune, qu'ils soient mariés ou non mariés. Il devient aussi le juge de la séparation de tous les couples, dans leurs incidences patrimoniales, en tout cas »³⁰⁶. C'est ainsi que la loi du 12 mai 2009 a fait entrer dans les affaires familiales les affaires des partenaires pacsés et des concubins³⁰⁷. Cela a provoqué la judiciarisation du Pacs et du concubinage, car désormais le même juge est compétent pour connaître des litiges pendant la vie commune, de tous les couples. C'est ainsi que la place du Pacs et du concubinage au sein du droit de la famille a été confirmée, révélant alors l'existence d'un droit des couples comme une partie du noyau de la famille³⁰⁸.

En outre, le JAF est devenu également, au détriment du juge des tutelles, le juge de la tutelle du mineur, de l'administration légale et de l'émancipation³⁰⁹. De ce fait, le JAF conforte sa fonction protectrice de la personne vulnérable de l'enfant et sa place en tant que l'un des juges de l'autorité parentale³¹⁰.

Plus tard, la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010³¹¹ relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces

³⁰⁶ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », art. préc., n° 15.

³⁰⁷ LARRIBAU-TERNEYRE (V.) « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », art. préc. : « Puisqu'on les confie désormais au juge aux affaires familiales, les affaires des concubins et des partenaires sont donc des affaires familiales ! »

³⁰⁸ V. Dossier « Judiciarisation du PACS et du concubinage », *AJ fam.* 2010, p. 108-126 ; LABBÉE (X.), « La judiciarisation du PACS et du concubinage », *D.* 2009, p. 2053

³⁰⁹ COJ, art. L. 213-3-1.

³¹⁰ GEBLER (L.), « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », art. préc ; GEBLER (L.), « L'enfant et ses juges », art. préc.

³¹¹ Ainsi, l'article 17 de la loi du 9 juillet 2010 a complété le 3° de l'article L. 213-3 du Code de l'organisation judiciaire, donnant au JAF la compétence de connaître des actions liées à la protection à l'encontre du conjoint, du partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou du concubin violent ou d'un ancien conjoint, partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou concubin violent (e), ainsi qu'à la protection de la personne majeure menacée de mariage forcé (f) ; BAZIN (É.), « Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples » *JCP G* 2010, doct. 957 ; BOURRAT-GUÉGUEN (A.), « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple ? À propos de la loi du 9 juillet 2010 », *JCP G* 2010, 805 ; DOUCHY-OUDOT (M.), « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? » *Procédures* 2010, étude 9 ;

dernières sur les enfants, a complété³¹² le dispositif de lutte contre les violences conjugales et créé, en s'inspirant de la législation espagnole³¹³, l'ordonnance de protection temporaire³¹⁴. Ce dispositif a été étendu à toutes les formes de vie de couple. De ce fait, cette loi a conféré au JAF de nouveaux pouvoirs concernant la protection contre les violences au sein de tous les couples³¹⁵ et, de ce fait, il est devenu un juge hybride, car son rôle n'est plus seulement civiliste, mais également pénaliste³¹⁶. De même, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes³¹⁷ a amélioré le dispositif de protection contre les violences au sein de la famille³¹⁸ et a accru les pouvoirs du JAF afin d'accomplir sa mission de protection des conjoints, de partenaires pacsés et de concubins

MAIZY (M.-B.), CHOPIN (M.), « La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ? », *AJ fam.* 2010, p. 514.

³¹² La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce avait inséré le mécanisme du « référé-violence » (V. Égea, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 474, n° 1000). Cette loi a complété, par son article 22, l'article 220-1 du Code civil, qui disposait la possibilité pour le JAF de prononcer des mesures d'urgence, en cas de violences mettant en danger l'un des époux ou les enfants, de statuer sur la résidence séparée des époux en précisant lequel des deux continuerait à résider dans le logement conjugal. Ainsi, sauf circonstances particulières, la jouissance du logement était attribuée au conjoint victime. De même, le juge pouvait déterminer les modalités de l'exercice de l'autorité parentale et des charges du mariage. Ce dispositif ne protégeait que les époux (La jurisprudence considérait que ce dispositif n'était pas applicable aux concubins, TGI Lille, 21 févr. 2006 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 141).

³¹³ Loi n° 27/2003 du 31 juill. 2007, « reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica. » ; ARROYO ZAPATERO (L.), ZARZA (A.), « Droit espagnol (janvier 2003/janvier 2005) », *RSC* 2005, p.429

³¹⁴ La loi du 9 juillet a abrogé le troisième alinéa de l'article 220-1 du Code civil et introduit l'ordonnance de protection temporaire (ODP) dans les articles 515-9 à 515-3 du même code.

³¹⁵ DOUCHY-OUDOT (M.), « Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales : l'ordonnance de protection issue de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Procédures*, 2010, alerte 37. DOUCHY-OUDOT (M.), « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? », art. préc.

³¹⁶ BAZIN (É.), art. préc., n° 13.

³¹⁷ DERVIEUX (V.), « Loi du 4 août 2014 et droit de la famille », *AJ fam.* 2014, p. 486 ; SANNIER (A.), « L'ordonnance de protection : un dispositif d'urgence désormais renforcé », *Gaz. Pal.* 2014, n° 322, p. 4

³¹⁸ La loi du 4 août 2014 a accéléré les délais pour la délivrance de l'ordonnance de protection (C. civ., art. 515-11 : « la délivrance de protection est délivrée dans les meilleurs délais »), et étendue la protection de l'ordonnance à un ou plusieurs enfants (C. civ., art. 515-11). S'agissant des mesures dont dispose le juge afin de garantir la protection du compagnon innocent, la loi prévoit que le juge peut ordonner au compagnon violent de remettre l'arme dont il est détenteur au service de police ou de gendarmerie, en vue de son dépôt au greffe (C. civ., art. 515-11, 2°). De même, concernant l'attribution du logement du couple, la protection du conjoint, partenaire pacsé ou concubin a été renforcée, car ces derniers peuvent se voir bénéficier de l'attribution, même s'ils ont profité d'un hébergement d'urgence (C. civ., art. 515-11, 3°). Le régime de l'attribution du logement a donc été étendu aux couples des personnes unies par un Pacs ou en concubinage (C. civ., art. 515-11, 4°). Par ailleurs, il est possible d'accorder au conjoint, partenaire pacsé ou concubin victime de dissimuler leur domicile ou leur résidence et d'élire domicile pour les besoins de la vie courante chez une personne morale qualifiée (C. civ., art. 515-11, 6°). En outre, la loi a renforcé la protection de l'enfant en ce qu'elle dispose que si le juge délivre une ordonnance de protection en raison de violences susceptibles de mettre en danger un ou plusieurs enfants, il en informe sans délai le procureur de la République (C. civ., art. 515-11, 7°). Cependant, cet ajout a pu être qualifié d'incomplet « car cette obligation d'information doit également concerner les violences pouvant mettre en danger le conjoint. » De même, l'ajout est redondant « car cette obligation d'information est déjà une réalité sur le fondement des arts. 40 c. proc. pén. et 375 c. civ. » Et redondant encore « car la procédure d'ODP induit la présence du procureur de la République *ès qualité* de partie jointe, voire partie principale à l'instance et, en cas de violation des obligations de l'ODP, de partie poursuivante en application des dispositions des art. 227-4-2 et 227-4-3 c. pén » - V. Dervieux, art. préc.) De plus, la durée des mesures relatives à l'ordonnance de

65. L'aptitude du JAF à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille.

L'étude de ses compétences nous permet toutefois de constater que le JAF n'est pas en principe apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. En tant que juge du quotidien des affaires patrimoniales de toutes les formes de vie de couple, de la protection du conjoint, du partenaire pacsé et du concubin en cas de violences au sein du couple et de l'autorité parentale, le JAF n'intervient pas dans l'établissement ou la réception du lien familial. De même, sa compétence en matière de divorce ne lui confère pas une aptitude à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille, car l'objectif est de dissoudre le lien matrimonial³¹⁹. Le juge n'est pas dans ce cadre interrogé sur la substance ou la forme du lien familial, en l'occurrence du lien matrimonial. Son approche est fonctionnelle, car il doit constater si les conditions de la cause de divorce et de ses effets sont remplies. Toutefois, lorsqu'il doit se prononcer sur l'indivision entre concubins, il est amené à qualifier leur relation de concubinage en vérifiant qu'elle remplit les conditions de la définition posée par l'article 515-8 du Code civil.

protection a été élargie de quatre mois à six mois. Cette prorogation peut être accordée lorsque le juge reçoit une requête relative à l'exercice de l'autorité parentale a été déposée (C. civ., art. 515-12).

³¹⁹C. civ., art. 227.

§2 La compétence exclusive du tribunal de grande instance en matière familiale

66. La loi confère au tribunal de grande instance (TGI) une compétence exclusive en matière familiale dès lors qu'il est compétent en matière d'état des personnes, de mariage, de filiation, d'adoption³²⁰, ainsi que de successions³²¹. Ces compétences feraient de lui le juge de l'établissement et de l'anéantissement du lien familial et par là même, le juge le plus apte à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle. Ainsi, le TGI pourrait être désigné comme l'observateur efficace de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

67. Le maintien de ces compétences a été préconisé par plusieurs rapports récents, et ce, en raison de la manière dont le tribunal de grande instance accomplit son office. Cependant, il existe plusieurs propositions de restaurer l'office du juge en matière familiale et d'établir une nouvelle délimitation de ses compétences en la matière³²². Ainsi, si certains considèrent qu'il convient de renforcer le « pôle famille » du TGI à travers des moyens adaptés, d'autres plaident pour l'institutionnalisation d'une véritable juridiction familiale³²³. L'éventuelle modification des compétences du TGI, sa suppression ou sa fusion avec une juridiction auraient une conséquence directe sur son aptitude à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle. La juridiction qui restera compétente pour établir ou anéantir un lien familial sera alors le juge le plus apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille.

68. Si pour l'instant le tribunal de grande instance semble le plus apte à percevoir l'unité conceptuelle (A), les propositions récentes relatives à la compétence en matière familiale pourraient éventuellement conférer cette aptitude à une autre juridiction (B).

³²⁰ COJ, art. R. 211-4, 1°.

³²¹ COJ, art. R. 214-4, 3°.

³²² DOUCHY-OUDOT M., « L'office du juge dans le contentieux familial », *Procédures* 2015, dossier 4.

³²³ V. Rapp. *Marshal*, « Les juridictions du XXI^e siècle », rapport remis à Mme. CH. Taubira, Ministre de la Justice et Garde de Sceaux, déc. 2013, proposition 6, p. 37 et s. ; V. aussi Rapp. *Delmas-Goyon*, « Le juge du XXI^e siècle », rapport remis à Mme. CH. Taubira, Ministre de la Justice et Garde de Sceaux, déc. 2013, proposition 41, p. 96-97 ; Rapp. *Tasca-Mercier* sur la justice familiale, enregistré à la Présidence du Sénat le 26 février 2014.

A. L'aptitude du tribunal de grande instance à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille

69. Le tribunal de grande instance (TGI) occupe une place très importante dans l'organisation juridictionnelle de l'ordre judiciaire³²⁴, car il est le juge du droit commun de la matière civile³²⁵. L'analyse des compétences conférées au TGI nous permettra de démontrer son aptitude à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle, et ce, notamment en raison de son pouvoir d'établir et d'anéantir un lien familial.

70. L'article L. 211-3 du Code de l'organisation judiciaire dispose que le TGI connaît de « toutes les affaires civiles et commerciales pour lesquelles compétence n'est pas attribuée, en raison de leur nature ou du montant de la demande, à une autre juridiction. » Dès lors, la doctrine considère que le TGI a une sorte de « compétence virtuelle »³²⁶ qui s'exprime par une « plénitude de juridiction »³²⁷, laquelle peut être comprise non seulement comme une compétence qui s'étale sur tout le contentieux en droit privé, mais aussi comme une compétence subsidiaire ou à défaut, lorsqu'aucun texte ne confie la compétence à une autre juridiction. Cependant, en vertu de l'article L. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire, le TGI a également des compétences exclusives³²⁸, qui impliquent qu'aucune autre juridiction, notamment le tribunal d'instance³²⁹, ne peut connaître d'une matière réservée au TGI.³³⁰

71. La compétence exclusive du TGI en matière familiale. En ce sens, le TGI, qui a toujours été la juridiction naturelle de la protection des atteintes portées à la personne³³¹, a une compétence exclusive en matière d'état des personnes et de ce fait, du mariage, de la filiation, de l'adoption³³², ainsi que des successions³³³. Ce sont ces compétences qui lui attribuent une compétence exclusive en matière familiale. En effet, en matière de liens de couple, le TGI est

³²⁴ PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), « Institutions judiciaires », coll. Domat droit privé, Montchrestien, Lextenso éditions, 16^e éd., 2017, p.108, n° 101.

³²⁵ GUINCHARD (S.), MONTAIGNER (G.), VARINARD (A.), DEBARD (TH.), « Institutions juridictionnelles », coll. Précis, 14^e éd., Dalloz, 2017, p. 535, n° 394.

³²⁶ *Ibid.*

³²⁷ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil », *op. cit.*, p. 255, n° 641 ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 117, n° 123 ; SEGONDS (M.), « La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance », *JCP G* 2000, doct. 223.

³²⁸ L'article R. 211-4 du COJ énumère toutes les compétences exclusives du TGI.

³²⁹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil », *op. cit.*, p. 255, n° 642.

³³⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 117, n° 124.

³³¹ GUINCHARD (S.), MONTAIGNER (G.), VARINARD (A.), DEBARD (TH.), « Institutions juridictionnelles », *op. cit.*, p. 539, n° 400.

³³² COJ, R. 211-4, 1^o.

³³³ COJ, R. 211-4, 3^o.

compétent pour connaître des actions en nullité du mariage³³⁴, bien qu'aucun texte ne lui attribue expressément cette compétence. De même, il est compétent pour connaître de la nullité du Pacte civil de solidarité³³⁵. De plus, en matière de liens de parenté, le TGI est compétent pour connaître des actions en établissement et en contestation du lien de filiation³³⁶, ainsi que pour connaître des demandes aux fins d'adoption³³⁷.

Le rapport *Guinchard* avait préconisé le maintien de ces compétences, car il considérait que le TGI était « une juridiction civile des matières complexes et importantes ou des affaires portant sur des enjeux importants »³³⁸. La loi du 12 mai 2009³³⁹, inspirée directement de ce rapport, n'a pas transmis ces compétences au juge aux affaires familiales.

72. La procédure devant le TGI justifiant sa compétence exclusive en matière familiale. Afin de justifier le maintien des compétences en matière familiale au sein du TGI, le rapport *Guinchard* mettait en exergue une série des critères relatifs à la procédure devant le TGI³⁴⁰. Il affirmait que la représentation obligatoire par avocat³⁴¹, par une procédure écrite³⁴²

³³⁴ C. civ., art. 172 et s.

³³⁵ La compétence matérielle relative à la nullité du Pacs n'est attribuée à aucune juridiction par la loi. Elle n'est dévolue expressément ni au JAF ni au TGI. Ainsi, il existe un débat concernant l'attribution de cette compétence (J.-J. Lemouland, « Pacte civil de solidarité », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 19). Le taux de compétence pourrait impliquer que le juge compétent est le tribunal d'instance. Cependant, certains auteurs avancent des arguments qui plaident pour que la juridiction compétente soit le TGI (J.-J. Lemouland, « Compétence du tribunal de grande instance pour statuer sur les conséquences de la rupture du PACS », *D.* 2004, p. 2969). En effet, l'article 515-1 du Code civil et le Conseil constitutionnel qualifient le Pacs de contrat. Ce dernier souligne la compétence du « juge du contrat » pour définir les modalités de l'aide mutuelle (Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419, cons. 31 ; *Dr. fam.* 1999, n° spécial 12 ter, p. 46, obs. G. Drago ; *D.* 2000. Somm. 424, obs. Garneri ; *D.* 1999, chron. p. 483, note J.-J. Lemouland ; *JCP* 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; *ibid.* 26 juill. 2000, obs. Mathieu et Verpeaux ; *JCP N* 2000, 270, comm. N. Molfessis ; *JCP G* 1999, n° 43, act. p. 1909, note J. Rubellin-Devichi ; *LPA* 1999, p. 6, comm. J.-E. Shoettl). De même, certaines considèrent que la nature personnelle du Pacs justifie la compétence du TGI (H. Croze, « Les (non-) conséquences procédurales du pacte civil de solidarité », *Procédures* 2000, Chron. 2). Cette analyse paraît être confirmée par la loi du 23 juin 2006 (J.-J. Lemouland, « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 19 ; v. en ce sens PACS, CA Douai, 27 févr. 2003 ; *D.* 2004, somm. p. 2969, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2003, p. 684, obs. J. Hauser), qui a institué l'inscription en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire de la déclaration de pacte civil de solidarité (C. civ., art. 515-3-1, al. 1^{er}).

³³⁶ C. civ., art. 318-1.

³³⁷ C. proc. civ., art. 1166.

³³⁸ Rapp. *Guinchard*, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », remis à Madame Dati, garde des Sceaux en janvier 2008. Documentation française, p. 213 ; L. M., « Le rapport Guinchard « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *RLDC*, 2008, n° 54 ; BLÉRY (C.), « Articulation des contentieux : étude des propositions de la commission Guinchard en matière de compétence civile », *Procédures* 2008, étude 8.

³³⁹ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 ; GEBLER (L.), « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », art. préc. ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. fam.* 2009, étude 29 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », art. préc.

³⁴⁰ Rapp. *Guinchard*, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », remis à Madame Dati, garde des Sceaux en janvier 2008. Documentation française, p. 213.

³⁴¹ L'article 751, al. 1^{er}, du Code de procédure civile énonce « les parties sont, sauf disposition contraire, tenues de constituer avocat ». Puis, l'article 752 du même code dispose qu'à peine de nullité, l'assignation devant le TGI doit comporter la constitution d'avocat du demandeur et le délai dans lequel le défendeur est tenu de

ainsi que par un système de mise en état structuré³⁴³, est parfaitement adaptée à la complexité et à l'importance des affaires que cette juridiction connaît.

Pour certains³⁴⁴, la formation collégiale dans laquelle le TGI doit statuer, sauf exception relative à l'objet du litige ou à la nature des questions à juger³⁴⁵, constitue un autre critère à retenir, car il serait une expression de bonne justice. Cependant, le rapport *Guinchard* considérait que la collégialité du tribunal de grande instance ne reflète pas l'importance des enjeux ou la complexité des affaires dont il a à connaître et ne doit pas être prise en compte dans la distribution du travail judiciaire, mais seulement dans les modalités afférentes au procès civil, qui constituent des éléments objectifs et préexistants³⁴⁶. Ainsi, si la considération de la collégialité comme un critère de l'impartition d'une bonne justice est une source importante de

constituer avocat. Ce dernier est tenu de constituer avocat dans le délai de quinze jours, à compter de l'assignation (C. proc. civ., art. 755).

³⁴² C. proc. civ., art. 815 ; La procédure écrite est considérée comme supérieure à la procédure orale (J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, p. 477, n° 597) et comme un gage d'efficacité, bien que le lien entre formalisme doive être relativisé (C. Jamin, « L'efficacité au service de la justice », *Gaz. Pal.* 2007, n° 331, p. 67).

³⁴³ Les règles régissant l'instruction devant le juge de la mise en état sont très nombreuses, allant de l'article 763 à l'article 787 du Code de procédure civile. Ainsi, l'article 763 détermine les fonctions de ce juge : il contrôle l'instruction de l'affaire, veille au déroulement loyal de la procédure, spécialement à la ponctualité de l'échange des conclusions et de la communication des pièces. De ce fait, le juge de la mise en état a pour principal objectif de faire en sorte que l'affaire soit prête à être plaidée et jugée (J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, p. 483, n° 605). Pour ce faire, le juge de la mise en état est investi de deux pouvoirs, outre le pouvoir de concilier les parties (C. proc. civ., art. 21), le pouvoir de réguler le procès et le pouvoir d'orienter le procès (J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, p. 483, n° 606 et s.).

La régulation du procès consiste à déterminer son rythme afin de garantir le bon fonctionnement de la machine judiciaire. Pour ce faire, le juge de la mise en état a le pouvoir fixer le nombre et les dates d'échanges de conclusions, ainsi que la date de clôture de l'instruction, celle des débats, ainsi que celle du prononcé de la décision. Ces délais sont fixés au fur et à mesure, en fonction de la complexité de l'affaire, sauf si un « contrat de procédure » (C. proc. civ., art. 764 – decr. n° 2005-1678 du 28 déc. 2005) a été accepté par les avocats des parties, et dans ce cas, les délais sont prédéterminés par le juge. La régulation du procès implique aussi le pouvoir du juge d'adresser des injonctions aux avocats (C. proc. civ., art. 763, al. 3). Il peut aussi, à la demande de l'une des parties ou d'office, ordonner la clôture à l'égard d'une partie en cas d'inexécution dans le délai imparti (C. proc. civ., art. 780). En revanche, si l'inactivité dans le délai imparti provient des avocats de deux parties, le juge peut d'office, après avis donnés aux conseils, prendre une ordonnance de radiation motivée, qui n'est pas susceptible de recours. (C. proc. civ., art. 781).

S'agissant du pouvoir d'orientation du procès, il a pour objet de garantir la surveillance d'une mise en état intellectuelle (S. Guinchard *et alii*, « Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil », coll. Précis, Dalloz, 34^e éd., 2018, p. 1152, n° 1632), qui permette et facilite, de façon intelligible, la solution du litige. Ainsi, le juge de la mise en état peut inviter les avocats à répondre aux moyens sur lesquels ils n'auraient pas conclu, à fournir des explications de fait et de droit nécessaires à la solution du litige et à déposer des conclusions récapitulatives (C. proc. civ., art. 765). Il procède également aux jonctions et disjonctions de l'instance (C. proc. civ., art. 766). De même, il peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige (C. proc. civ., art. 768-1). V. aussi pour une vision globale, ORIF (V.), TESSERAU (E.), « Le juge de la mise en état », *Gaz. Pal.* 2015, n° 363, p. 15.

³⁴⁴ COHENDET (M.-A.), « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Rev. fr. dr. cons.*, 2006/4, n° 68 ; VILLACÈQUE (J.), « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *D.* 1995, p. 317.

³⁴⁵ COJ, art. L. 212-1.

³⁴⁶ Rapp. *Guinchard*, *op. cit.* p. 213.

débat au sein de la doctrine³⁴⁷, il faut préciser qu'elle n'a pas été reconnue comme un principe d'organisation juridictionnelle ayant valeur constitutionnelle³⁴⁸. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a validé l'institution du juge unique, à condition qu'elle soit établie par la loi afin d'éviter toute situation rompant le principe d'égalité³⁴⁹.

73. C'est ainsi que le rapport *Guinchard* justifie le maintien des compétences en matière de filiation et d'adoption aux mains du tribunal de grande instance, lesquelles concernent directement l'état des personnes. Les règles de procédure devant le tribunal de grande instance, l'intervention du ministère public et même le principe de collégialité s'avèrent adaptés afin de garantir la protection des intérêts des parties, notamment celui de l'enfant, ainsi que le respect de l'ordre public familial³⁵⁰.

74. L'aptitude du TGI à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. La compétence conférée au TGI en matière d'état de personnes, de mariage, de filiation et d'adoption font de lui un observateur efficace de la notion de famille. En effet, il est le juge qui détermine l'établissement et l'anéantissement d'un lien familial. C'est en raison de ces compétences que le juge peut être confronté à la question de savoir si le lien demandé par les parties dans leur prétention est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Afin de pouvoir rendre sa décision, le juge doit savoir *ce qu'est la famille*. Il est donc amené à

³⁴⁷ Pour une analyse globale de la pertinence de la collégialité en tant que garantie d'une bonne justice V. GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C.), « Droit processuel. Droits fondamentaux du procès », Coll. Précis, Dalloz, 9^e éd. 2017, p. 852, n° 338 et s. : La collégialité est souvent défendue comme un critère de bonne justice, car elle garantit une justice plus réfléchie – les décisions sont prises à partir d'un débat qu'implique la confrontation d'idées –, indépendante – les membres du corps collégial ne craignent pas de voter pour une décision qui risque de déplaire – et impartiale – le corps collégial prend la décision ensemble, sous le contrôle de ses membres.

Cependant, ces arguments rencontrent aussi des critiques. Ainsi, les décisions prises de façon collégiale ne sont forcément gage d'une justice plus mûrie, si les membres du corps collégiale n'ont pas la formation ou les aptitudes nécessaires pour trancher. Quant à l'indépendance, la levée du secret de délibérations et de l'anonymat du vote peut dévoiler le sens de chaque membre, qui peut alors craindre des représailles. Enfin, s'agissant de l'impartialité, la collégialité ne remplace pas la nécessité de compter dans l'institution juridictionnelle des juges bien formés, avec suffisamment d'expérience pour assumer la charge de leur office.

En réalité, le déclin du principe de collégialité est dû en grande partie aux contraintes budgétaires et financières, qui appellent sinon à un allègement des effectifs des magistrats, à une répartition plus efficace des tâches.

³⁴⁸ Cons. const., déc. n° 75-56 DC du 23 juill. 1975 : Si l'argument de la collégialité a été invoqué pour contester la constitutionnalité des articles 398 et 398-1, issus de la loi du 29 décembre 1972, le Conseil a censuré les dispositions sur le fondement d'un autre chef, et ce sans examiner la question de collégialité ; Cons. const., Déc. n° 95-362 DC du 2 févr. 1995, Injonction pénale ; D. 1997, somm. 130, obs. Th. S. Renoux : le Conseil constitutionnel accepte le juge unique, car son institution dépend du législateur et la seule condition posée est le respect du principe d'égalité ; Déc. n° 2010-54 QPC du 14 octobre 2010 : En affirmant que les modalités de composition des formations de jugement sont sans effet sur l'obligation de respecter les droits de la défense, le Conseil a accepté l'exception de l'article L. 222-1 du Code de justice administrative au principe de collégialité en matière administrative.

³⁴⁹ CEDH, 30 nov. 2006, Grecu c./ Roumanie, n°75105/01).

³⁵⁰ Rapp. *Guinchard*, *op. cit.*, p. 228.

percevoir la notion de famille et à identifier son unité conceptuelle. C'est pourquoi, si le TGI partage avec le juge des tutelles et même avec le juge d'instance l'aptitude à percevoir la notion de famille, sa compétence exclusive en matière familiale nous permet d'affirmer qu'il est le juge le plus apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille.

B. Le transfert éventuel de l'aptitude à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille à une autre juridiction

75. La répartition de la compétence familiale a récemment fait l'objet d'une réflexion importante, qui va dans le sens d'un renforcement d'un pôle famille au sein des juridictions. Si certains préconisent le maintien des compétences du TGI, du JAF et des juges spécialisés de la famille, dont le juge des enfants et le juge des tutelles, d'autres proposent la création d'une seule juridiction familiale qui regroupe les compétences confiées à ces juridictions. Ainsi, une modification dans l'architecture des compétences en matière familiale pourrait modifier l'aptitude du tribunal de grande instance à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, le transfert de la compétence relative à la nullité du mariage et du Pacs, à l'établissement du lien de filiation ou à l'adoption à une autre juridiction impliquerait également le transfert de l'aptitude à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille.

76. Depuis la création du JAF par la loi du 8 janvier 1993³⁵¹, l'idée de créer une véritable juridiction familiale a souvent été formulée. Si les compétences du JAF n'ont pas arrêté de s'élargir, plusieurs voix se lèvent pour faire de cette juridiction une véritable « jaferie », compétente pour connaître de tout le contentieux familial³⁵². Ainsi, le rapport *Guinchard*³⁵³ préconisait la création d'un pôle famille par renforcement de la compétence du juge aux affaires familiales³⁵⁴, tout en maintenant les compétences du TGI, du juge aux affaires familiales et du juge des enfants.³⁵⁵ Tel a été le choix fait par la loi du 12 mai 2009³⁵⁶.

Postérieurement, d'autres rapports³⁵⁷ ont proposé de renforcer la juridiction familiale. En ce sens, il convient de relever les propositions du rapport *Marshall*, qui préconise la création

³⁵¹ V. *supra.*, n° 62.

³⁵² LALOUBÈRE (M.), « L'organisation de la gestion du contentieux familial au sein d'un tribunal de grande instance », *AJ Fam.* 2005, p.443

³⁵³ Rapport *Guinchard*, *op. cit.*, 226-227.

³⁵⁴ *Ibid.*, proposition 5, p. 14, 220 et.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 220, 227-228.

³⁵⁶ V. *supra.*, n° 64.

³⁵⁷ V. Rapp. *Marshall*, *op. cit.*, proposition 6, p. 37 et s. ; V. aussi Rapp. *Delmas-Goyon*, *op. cit.*, proposition 41, p. 96-97.

d'un tribunal de première instance, constitué, entre autres, par un tribunal familial³⁵⁸ et un tribunal de l'enfance³⁵⁹, qui travaillent de façon articulée avec tous les juges spécialisés ayant compétence en matière familiale, afin d'exercer une analyse d'ensemble de la situation et de rendre des solutions plus efficaces. En revanche, le Rapport *Tasca-Mercier* préconise la consolidation de l'office du juge aux affaires familiales en lui accordant de nouveaux moyens, sans remettre en question le périmètre de ses compétences.

77. La création d'un tribunal de première instance. Le rapport du groupe de travail présidé par M. Didier Marshall, premier président de la cour d'appel de Montpellier, relatif aux « juridictions du XXI^e siècle », préconise, dans un objectif d'améliorer la qualité de la justice, la création d'un tribunal de première instance en regroupant le tribunal de grande instance, le tribunal d'instance, le tribunal de commerce, le conseil de prud'hommes, le tribunal des affaires de sécurité sociale et le tribunal du contentieux de l'incapacité³⁶⁰.

Ce tribunal de première instance implique une restructuration nécessaire des blocs de compétences, lesquels seront constitués autour des domaines familial, civil, pénal, économique, social et de proximité. La finalité est de favoriser la lisibilité des réponses judiciaires³⁶¹. Ainsi, le Rapport *Marshall* recommande la création d'un tribunal de proximité et de six tribunaux spécialisés en matière civile, familiale, de l'enfance, pénale, commerciale et sociale³⁶². L'administration de chaque tribunal spécialisé serait confiée à un magistrat coordonnateur. Ce magistrat du siège serait désigné par le président du tribunal de première instance³⁶³.

Concernant le tribunal de la famille³⁶⁴, le rapport *Marshall* suggère qu'il connaisse « de la nationalité, du contentieux des nullités du mariage, du contentieux de l'absence, des changements d'état civil, des procédures déclaratives de naissance et de décès, du contentieux de la filiation, des procédures d'adoption, des actions à fins de subsides, des procédures de déclaration judiciaire d'abandon et des procédures de retrait et de restitution de l'autorité parentale. »³⁶⁵

De plus, afin de faire face aux situations familiales complexes³⁶⁶, dans lesquelles l'intervention du juge aux affaires familiales, du juge des enfants et des juges pénaux

³⁵⁸ Rapp. *Marshall*, *op. cit.*, proposition 4, p. 35 et s.

³⁵⁹ *Ibid.*, proposition 7, p. 41 et s.

³⁶⁰ Rapp. *Marshall*, *op. cit.*, p. 17.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 23.

³⁶² *Ibid.*, p. 34.

³⁶³ *Ibid.*, p. 35.

³⁶⁴ *Ibid.*, proposition 6, p. 37.

³⁶⁵ *Ibid.*, proposition 6.1, p. 39.

³⁶⁶ *Ibid.*, proposition 6.2, p. 40.

spécialisés s'avère nécessaire, le rapport préconise l'articulation des spécificités de ces juridictions, ainsi que du parquet et du barreau, pour permettre l'appréhension globale de la situation. Cette articulation implique l'adoption d'une politique de juridiction adaptée et organisée par les vice-présidents coordonnateurs de ces juridictions spécialisées, et coordonnée par l'un d'eux. Cette politique de juridiction implique le rapprochement des professionnels qui travaillent auprès du juge aux affaires familiales, du juge des enfants et des juges pénaux spécialisés, afin qu'ils soient en mesure d'échanger sur la réalisation de leur office. De même, le rapport conseille d'améliorer les échanges d'informations entre ces juridictions et de faire une évaluation globale de la situation³⁶⁷. Le vice-président coordonnateur serait alors chargé de réaliser un rapport dans lequel il rendrait compte de cette politique. Ce rapport serait annexé au rapport annuel d'activité du tribunal de première instance. Dans les juridictions dont l'activité juridictionnelle le justifie, le parquet connaîtrait de ces procédures au sein d'une section unifiée³⁶⁸.

En outre, le rapport suggère de laisser aux mains d'autres acteurs judiciaires que les juges les procédures familiales consensuelles, telles que le divorce par consentement mutuel, même s'il rappelle que le gain de temps avec une telle mesure serait très modeste³⁶⁹.

Enfin, le rapport *Marshall* prône la création d'un tribunal de l'enfant, compétent pour connaître du contentieux civil et pénal des mineurs³⁷⁰, dont les fonctions seraient articulées avec le tribunal familial et les juges pénaux³⁷¹.

78. L'amélioration de la justice familiale en maintenant les compétences des juges de la famille. Le rapport des sénateurs Catherine Tasca et Michel Mercier sur la « justice familiale », réalise vingt propositions construites autour de trois réflexions : conforter le juge aux affaires familiales dans son office, améliorer l'organisation et le fonctionnement de la justice aux affaires familiales et favoriser le développement de la médiation et des modes de règlement amiable des litiges familiaux et mobiliser en leur faveur les partenaires de justice.³⁷² Concernant la première piste relative à conforter le JAF dans son office, le rapport préconise l'octroi de nouveaux moyens, sans remettre en cause ses attributions. Ainsi, il est suggéré de conserver le périmètre actuel des compétences du JAF, conçu au tour du couple conjugal et

³⁶⁷ *Ibid.*

³⁶⁸ *Ibid.*

³⁶⁹ *Ibid.*, proposition 6.3, p. 40.

³⁷⁰ *Ibid.*, proposition 7 et 7.1, p. 41.

³⁷¹ *Ibid.*, proposition 7.2, p. 41 ; v. aussi n^{os} 86-89.

³⁷² Rapp. *Tasca-Mercier* sur la justice familiale, *op. cit.*, liste de propositions, p. 5-7.

parental.³⁷³ De ce fait, la fusion du juge aux affaires familiales avec le juge des enfants³⁷⁴ et le juge des tutelles³⁷⁵ a été refusée.

79. Les dernières évolutions de l'organisation judiciaire apportées par la loi de programmation 2018-2022 et réforme pour la justice. La loi n° 2019-22 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et la loi organique n° 2019-221 du 23 mars 2019³⁷⁶ relative au renforcement de l'organisation des juridictions ont apporté des modifications majeures en ce qui concerne l'organisation juridictionnelle. Cette loi dite *Belloubet* a été présentée comme la réforme d'une ère nouvelle, et ce, seulement trois ans après la réforme *Taubira*, laquelle avait été annoncée comme la réforme pour la justice du XXI^e siècle³⁷⁷. Ces lois ont été publiées au Journal officiel du 24 mars 2019, après un contrôle exercé par le Conseil constitutionnel, lequel a rendu une décision de non conformité partielle le 21 mars 2019³⁷⁸, considérée comme la décision « la plus longue jamais rendue par le Conseil constitutionnel »³⁷⁹.

80. Le TGI rebaptisé « tribunal judiciaire ». La loi *Belloubet* réforme d'une manière importante l'organisation judiciaire³⁸⁰. Ainsi, elle rebaptise le tribunal de grande instance, lequel deviendra le 1^{er} janvier 2020 le « tribunal judiciaire »³⁸¹. Si le projet de loi proposait de conserver le nom « tribunal de grande instance », le Sénat avait retenu celui de « tribunal de première instance », auquel cette juridiction était traditionnellement rattachée. L'adoption de la dénomination « tribunal judiciaire » a été effectuée par l'Assemblée nationale, laquelle a considéré que ce changement sémantique « renforce la lisibilité de l'organisation juridictionnelle pour les justiciables, qui pourront ainsi identifier plus facilement les tribunaux de l'ordre judiciaire par rapport aux tribunaux administratifs »³⁸². De plus, la loi *Belloubet*

³⁷³ *Ibid.*, proposition 1, p. 29.

³⁷⁴ *Ibid.*, sous-proposition 1, p. 30.

³⁷⁵ *Ibid.*, sous-proposition 2, p. 31 et s.

³⁷⁶ V. Dossier : « La réforme de la justice », *AJ fam.* 2019, p. 315 ; ÉGÉA (V.), « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Analyse en matière familiale », dossier 9 ; Dossier : « Loi de programmation et de réforme pour la justice », *Procédures* 2019, étude 9 et s.

³⁷⁷ CADIET (L.), « La réforme ou le jeu des dèes », *Procédures* 2019, repère 6.

³⁷⁸ Cons. const. 21 mars 2019, déc. n° 2019-778 DC : *JO* 24 mars 2019 ; *D.* 2019, p. 910, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2019, p. 172, obs. V. Avena-Robarde ; *Constitutions* 2019, 40 Ph. Bachschmidt ; *AJDA* 2019, p. 663 ; *D. act.* 25 mars 2019, obs. Th. Coustet ; *Procédures* 2019, comm. 172, obs. J. Buisson.

³⁷⁹ Cons. const. 21 mars 2019, déc. n° 2019-778 DC : *JO* 24 mars 2019 ; Communiqué de presse du Conseil constitutionnel ; <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/communiquede/decision-n-2019-778-dc-du-21-mars-2019-communique-de-presse>

³⁸⁰ RASCHEL (L.), « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : aspects d'organisation judiciaire », *Procédures* 2019, étude 11.

³⁸¹ Loi n° 2019-22 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 95.

³⁸² AVIA (L.), PARIS (D.), Rapp. AN n° 1396 et 1397, 9 nov. 2018, T. 1, p. 525.

continue le regroupement des juridictions de première instance au sein d'une juridiction unique. En effet, après la suppression des juridictions de la sécurité sociale et le transfert de leur contentieux au pôle social du tribunal de grande instance, la loi *Belloubet* supprime le tribunal d'instance, dont le contentieux sera transféré au tribunal judiciaire.

81. Le maintien des compétences permettant au TGI de percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. En revanche, la loi *Belloubet* ne modifie pas les compétences attribuées aujourd'hui au TGI et demain au tribunal judiciaire lui permettant de percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, la loi maintient les compétences relatives à la création et à l'anéantissement du lien familial. Toutefois, les apports de la loi ne sont pas négligeables³⁸³, car elle continue le mouvement de déjudiciarisation renforcé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, en élargissant les cas de déjudiciarisation du changement de régime matrimonial. En effet, depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, l'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial n'est pas nécessaire si le mariage avait duré deux ans, sauf en cas de présence d'un enfant mineur et en cas d'opposition d'un tiers ou d'un enfant majeur³⁸⁴. Désormais, il n'existe plus de cas d'homologation judiciaire obligatoire. L'intervention du juge n'a lieu qu'à l'initiative d'un créancier ou d'un enfant majeur, ainsi que du notaire instrumentaire du changement matrimonial³⁸⁵. De même, la loi *Belloubet* déjudiciarise la séparation des corps, à l'instar du divorce par consentement mutuel conventionnel créé par la loi dite « Justice 21 ». En effet, l'article 24 de la loi du 23 mars 2019 permet une séparation des corps par convention sous signature privée contresignée par avocats et déposée au rang des minutes d'un notaire. De plus, la loi a transféré la compétence pour délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état jusqu'à preuve contraire afin d'établir un lien de filiation³⁸⁶, jusque là dévolue au tribunal d'instance. Enfin, la loi *Belloubet* modifie également la procédure de divorce contentieux, en ce qu'elle supprime l'étape de conciliation du tronc commun procédural et instaure une audience à l'issue de laquelle le juge prend les mesures provisoires nécessaires pour assurer l'existence des époux et des enfants pendant l'instance de divorce³⁸⁷. Ainsi, l'instance de divorce ne sera plus introduite par requête, mais par une demande en divorce, laquelle « peut indiquer les motifs de sa

³⁸³ ÉGÉA (V.), « La matière familiale à l'épreuve de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *Procédures* 2019, étude 14..

³⁸⁴ C. civ., art. 1397.

³⁸⁵ Loi n° 2019-22 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, art. 8.

³⁸⁶ *Ibid.*, art. 6.

³⁸⁷ *Ibid.*, art. 22.

demande si celle-ci est fondée sur l'acceptation du principe de la rupture du mariage ou l'altération définitive du lien conjugal. Hors ces deux cas, le fondement de la demande doit être exposé dans les premières conclusions au fond »³⁸⁸.

82. Le maintien des compétences du tribunal de grande instance — futur tribunal judiciaire — relatives à l'établissement et à l'anéantissement du lien familial, et son élargissement avec la fusion-absorption des tribunaux d'instance avec les tribunaux de grande instance pour créer le tribunal judiciaire »³⁸⁹ permettront de continuer à le considérer comme le juge le plus apte à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle. Ainsi, l'on peut constater que l'aptitude à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille est attachée aux compétences qui permettent de juger si le lien familial demandé par les parties doit être établi ou reconnu. C'est pourquoi la compétence constitue un premier facteur essentiel dans la désignation d'un observateur efficace de la famille.

Section 2 La prétention, outil de la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille

83. La découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille par le juge commence par sa perception. Cette perception est déclenchée par la prétention des parties qui demandent au juge la création ou la reconnaissance, non pas directement d'une famille, mais d'un lien de nature familiale. Il appréhende donc toujours la notion de famille par l'intermédiaire d'une demande qui porte sur le concept de lien familial, perçu dès lors comme l'élément irréductible de la notion de famille.

84. Afin de comprendre la manière dont la prétention des parties déclenche la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille et le rôle qu'elle joue dans la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille, nous étudierons le concept (§1), puis la fonction (§2) de la prétention.

³⁸⁸ C. civ., art. 251, à venir.

³⁸⁹ GUEZ (M.), « Le tribunal judiciaire, naissance d'une juridiction », *Gaz. Pal.* 2019, p. 48 et s.

§1 Le concept de prétention

85. La phase inductive de l'acte juridictionnel démarre par la saisine du juge à travers la demande des parties³⁹⁰. Cette dernière contient leur prétention³⁹¹, c'est-à-dire l'avantage recherché³⁹², qui constitue l'objet sur lequel le juge doit se prononcer³⁹³. Dès lors, même si la prétention ne fait pas partie de l'acte juridictionnel³⁹⁴, son étude s'avère nécessaire, car elle constitue le facteur déclencheur³⁹⁵ de l'acte juridictionnel³⁹⁶. En effet, la prétention comporte les éléments de la matière litigieuse³⁹⁷, c'est-à-dire les faits³⁹⁸ sur lesquels les parties fondent leur prétention, ainsi que la question de droit³⁹⁹ qu'elles posent au juge. De ce fait, le processus cognitif mené par le juge est déterminé par la prétention des parties⁴⁰⁰.

86. Afin de mieux comprendre la raison pour laquelle la prétention déclenche la révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille, il convient de s'intéresser à sa définition (A), puis à sa cause et à son objet (B).

³⁹⁰ C. proc. civ., art. 53 : « La demande initiale est celle par laquelle un plaideur rend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions. Elle introduit l'instance » ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 488, n° 542 : « Tout commence avec la demande initiale, qui est celle par laquelle un plaideur prend l'initiative d'un procès en soumettant au juge ses prétentions... » « ... l'instance n'est véritablement introduite que par la saisine du juge » ; CAYROL (N.), « La saisine du juge », art. préc. : « *L'acte juridique par lequel le juge est saisi est la demande en justice* » ; HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 109, n° 114 : « *La demande initiale constitue le premier acte d'un procès* ».

³⁹¹ C. proc. civ., art. 4, al 1 : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. » ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 442, n° 509 ; VOIDEY (N.), « La notion de 'prétentions' en procédure civile », *Gaz. Pal.*, 2006, n° 248, p. 5.

³⁹² JEULAND (E.), « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 257, n° 247 ; V. « Prétention », in *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

³⁹³ C. proc. civ., art. 5 : « Le juge soit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé. » ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 373-337, n° 509-511 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 752, n° 219.

³⁹⁴ BLÉRY (C.), « L'efficacité substantielle des jugements civils », *op. cit.*, p. 31, n° 43. ; MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 32, n°52 ; VIZIOZ (H.), « Etudes de procédure », Dalloz, réédition, 2011, p. 91.

³⁹⁵ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 752, n° 219.

³⁹⁶ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 31, n° 43: « *la prétention est la cause de l'intervention du juge* » ; MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 65, n°103 et s ; VIZIOZ (H.), *op. cit.*, p. 85.

³⁹⁷ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 752, n° 218.

³⁹⁸ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 757, n° 221 ; HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 223, n° 275.

³⁹⁹ BLONDEL (PH.), « Le juge et le droit », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*, actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 organisé par la Cour de cassation, Documentation française, 1998, p. 105 ; MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n°105 et s VIZIOZ (H.), *op. cit.*, p. 85 ; VOIDEY (N.), art. préc.

⁴⁰⁰ CAYROL (N.), art. préc., p. 100 : « *La saisine est l'intelligence du litige, ou plus généralement l'intelligence du cas qui lui est soumis. Elle est la manière dont le droit veut que le juge comprenne le litige.* »

A. La définition de la prétention

87. Lorsque la demande des parties porte sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, ces dernières posent au juge la question suivante : *les circonstances de l'espèce justifient-elles la création ou la reconnaissance du lien familial demandé ?* La fonction du juge est de répondre à cette question⁴⁰¹ afin qu'il ordonne ou non la levée de l'obstacle qui empêche l'établissement ou la production des effets du lien familial par le biais de son jugement⁴⁰².

88. **L'avantage recherché par les parties et contenu dans leur prétention.** Une lecture conjuguée des articles 1⁴⁰³ et 4⁴⁰⁴ du Code procédure civile permet d'affirmer que la prétention est l'œuvre des parties. Elle constitue le contenu de leur demande⁴⁰⁵. Ainsi, la rigueur exige de distinguer les notions de prétention et de demande⁴⁰⁶ : la prétention est le *negotium* du procès, c'est-à-dire l'objet du litige, tandis que la demande est l'*instrumentum*⁴⁰⁷, c'est-à-dire le support de la prétention, qui est constitué par des arguments de fait et de droit⁴⁰⁸. C'est à travers leur demande que les parties introduisent l'instance⁴⁰⁹, saisissent le juge⁴¹⁰ et fixent la matière

⁴⁰¹ JEULAND (E.), « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 247, n° 253.

⁴⁰² MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n°105.

⁴⁰³ C. de proc. Civil, art. 1 ; « Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi. »

⁴⁰⁴ C. de proc. Civ., art. 4 : « L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. » « Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. »

⁴⁰⁵ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 59, n° 78 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 752, n° 219 ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 373, n°s 509 et s.

⁴⁰⁶ « Il convient, dans la rigueur des mots, de distinguer la demande de la prétention. La demande, c'est l'acte processuel par lequel le juge est saisi d'une prétention : la prétention est l'objet de la demande » *cf.* J. Héron *in* C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 59, note 232.

⁴⁰⁷ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 445, n° 512.

⁴⁰⁸ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 63, n° 86 ; *Ibid.*, p. 70, n° 95 ; HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 67, n° 60 : « ... dans un acte juridique, on doit distinguer d'une part la manifestation de volonté elle-même et d'autre part le contenu de l'acte. Dans un procès aussi, les parties émettent des manifestations de volonté : le demandeur décide, par un acte unilatéral, de soumettre au juge une prétention et, par une autre manifestation de volonté, le défendeur décide à son tour de soumettre au juge l'examen de tel ou tel moyen de défense. Pour chacun de ces actes, peut et doit être opérée la distinction entre manifestation de volonté et l'objet de cette manifestation, entre l'acte créateur et ce qui se trouve ainsi créé. Pour éviter de confondre les deux aspects de l'acte juridique, lorsqu'il se rapporte à une procédure, nous proposons de réserver l'expression acte de procédure pour désigner la manifestation de volonté et de parler d'acte processuel pour désigner le contenu de l'acte, c'est-à-dire l'effet de droit recherché par les parties. »

⁴⁰⁹ C. proc. Civ., art. 1 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 807, n° 239 : « ... l'instance ne se déroule pas en un instant de raison, ni d'un seul trait. Il y a toujours le temps de m'introduction de l'instance, cristallisée par la saisine du juge, et le temps de l'instruction de l'affaire, destinée à préparer le jugement. »

⁴¹⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 264, n° 319 : « L'action est le droit de saisir le juge et la demande en justice est la manière dont s'exerce ce droit ».

litigieuse, laquelle est composée de l'objet et de la cause du litige⁴¹¹. Le juge analyse la cause du litige afin de savoir s'il peut ordonner ou non la réalisation de l'objet recherché par les parties.

La prétention⁴¹² fait l'objet de plusieurs définitions : elle peut être la « demande formulée à un tiers désintéressé concernant un rapport de droit... »⁴¹³, « ... un lien suffisamment important et durable pour entrer dans la sphère juridique »⁴¹⁴. De même, elle est « la mesure qui est demandée au juge parce qu'elle a été contestée, parce qu'on n'a pu l'obtenir de bonne grâce de l'adversaire »⁴¹⁵. La prétention « c'est la fin la vers laquelle tend la demande en justice »⁴¹⁶, la « chose demandée »⁴¹⁷ de l'article 1355 du Code civil⁴¹⁸, « les fins » évoquées par l'article 565 du Code procédure civile⁴¹⁹, autrement dit c'est « ce qui est réclamé par le demandeur, que Celui-ci ait la qualité de demandeur principal, de demandeur reconventionnel ou d'intervenant ; c'est le résultat économique ou social qui est recherché »⁴²⁰. Ainsi, l'ensemble de prétentions des parties constitue l'objet du litige⁴²¹, par lequel les parties délimitent le contenu du procès⁴²².

89. À travers leur prétention, les parties revendiquent un droit subjectif⁴²³ dont l'exercice s'avère entravé par un obstacle ou une résistance qui empêche l'application de la règle de droit⁴²⁴. La prétention est donc véhiculée par la demande des parties⁴²⁵, dont l'objet est la levée de cet obstacle afin qu'elles puissent exercer leur droit⁴²⁶ et que la règle produise ses effets normalement.⁴²⁷ La prétention génère ainsi un doute concernant l'application de la règle de

⁴¹¹ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 752, n° 218 et s.

⁴¹² *Ibid.*

⁴¹³ JEULAND (E.), « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 28, n° 17.

⁴¹⁴ *Ibid.*, p. 90, n° 67.

⁴¹⁵ NORMAND (J.), « Le juge et le litige », préf. R. Perrot, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965, p. 81, n° 88.

⁴¹⁶ GUINCHARD (S.) et *alii*, « Procédure civile », *op. cit.*, p. 261, n° 333.

⁴¹⁷ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 427, n° 496.

⁴¹⁸ C. civ., art. 1351 ; « L'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. »

⁴¹⁹ C. proc. civ., art. 565 : « Les prétentions ne sont pas nouvelles dès lors qu'elles tendent aux mêmes fins que celles soumises au premier juge, même si leur fondement juridique est différent. »

⁴²⁰ VINCENT (J.), GUINCHARD (S.) cités in C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 63, n° 86.

⁴²¹ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 752, n° 218 et s. .

⁴²² BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 65, n° 87 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 753, n° 219 ; CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 427, n° 496.

⁴²³ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 62, n° 86 et s. ; MATIN (R.), « Le double langage de la prétention », *JCP G, I*, 1981, 3024.

⁴²⁴ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 34, n° 47.

⁴²⁵ MARTIN (R.), « Le double langage de la prétention », art. préc.

⁴²⁶ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 31, n° 44.

⁴²⁷ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 69, n° 109.

droit⁴²⁸. Les parties posent en effet par leur demande une question de fait et de droit⁴²⁹ au juge : *les circonstances de l'espèce justifient-elles ou non la levée de l'obstacle ?*⁴³⁰

Ainsi, la cause de l'intervention juridictionnelle peut être identifiée à cet obstacle qui empêche la production des effets de la règle de droit et au doute concernant l'application de cette dernière⁴³¹. C'est pourquoi Mme Bléry affirme que la prétention qui apporte les faits de l'espèce est la cause génératrice de l'intervention du juge⁴³².

90. La création ou la reconnaissance d'un lien familial comme l'avantage recherché par les parties dans leur prétention. Lorsque la prétention des parties porte sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, c'est justement l'établissement de ce lien ou la production des effets de ce lien familial, lorsqu'il est déjà établi à l'étranger, qui constitue l'avantage recherché par les parties. Cette prétention est formulée dès lors que les parties se trouvent confrontées à un obstacle qui empêche la concrétisation du lien familial. Le jugement devient alors la seule solution afin que le lien familial demandé par les parties puisse exister et être effectif. L'absence de jugement – l'obstacle - constitue alors la cause de la demande des parties. Ainsi, à travers la demande qui véhicule leur prétention, les parties posent au juge la question de savoir si les circonstances de l'espèce justifient la levée de l'obstacle qui empêche la création ou la reconnaissance du lien familial. De ce fait, le juge doit déterminer si le lien demandé est conforme à la notion de famille retenue par le droit. L'intervention du juge s'avère indispensable afin qu'il vérifie que les conditions fixées par la loi relativement à la formation ou à la reconnaissance du lien familial sont réunies en l'espèce. Si tel est le cas, le juge ordonnera par son jugement que les parties soient unies par un lien familial ou qu'elles puissent bénéficier sur le sol français des effets du lien familial établi à l'étranger.

⁴²⁸ MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 59, n°91.

⁴²⁹ VIZIOZ (H.), *op. cit.*, p. 85

⁴³⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 3, n° 6 ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 297, n° 72.

⁴³¹ CHAUMONT (C.), « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *RD publ.* 1982.93.

⁴³² BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 31, n° 43.

B. La cause et l'objet de la prétention

91. L'obstacle comme cause de la prétention. L'obstacle auquel s'oppose la prétention des parties constitue la cause de l'intervention juridictionnelle⁴³³. La prétention expose un problème dans l'ordonnancement juridique⁴³⁴, qui se traduit par une atteinte à un droit subjectif⁴³⁵. La justice privée étant interdite, le recours au juge est le biais légitime pour satisfaire la prétention du demandeur⁴³⁶. Ainsi, par leur demande, les plaideurs font part au juge d'un obstacle qui empêche l'exercice de ce droit⁴³⁷ et la correcte réalisation de la règle de droit⁴³⁸. L'obstacle suppose alors une déconnexion entre le sujet de droit et la prescription de la norme⁴³⁹. Pour le demandeur, cette disjonction ne s'avère que temporaire. C'est pourquoi il saisit le juge afin qu'il rétablisse le lien par sa décision⁴⁴⁰.

L'obstacle est conçu comme une situation anormale⁴⁴¹ qui peut avoir une nature privée⁴⁴² – dès lors que l'obstacle est provoqué par la manifestation de volonté adverse, passive ou active, d'un tiers qui empêche l'activité des parties – ou légale⁴⁴³ – c'est la loi qui pose un obstacle dans la réalisation de la volonté des parties, lequel ne peut être levé que par la décision du juge. Cet obstacle est donc la situation juridique à laquelle s'attaque le demandeur. Le juge, en accomplissant son rôle de « contrôler et de faciliter l'application de la loi »⁴⁴⁴, détermine s'il convient ou non de lever l'obstacle qui empêche l'exercice du droit subjectif demandé par les parties⁴⁴⁵. Ce faisant, il accomplit sa fonction, laquelle est au service de la réalisation de la règle de droit⁴⁴⁶.

92. L'obstacle qui empêche l'établissement ou la réception d'un lien familial comme cause de la prétention. Lorsque la demande des parties porte sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, elle soulève un obstacle qui empêche l'établissement ou la

⁴³³ CHAUMONT (C.), art. préc. ; MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n° 105

⁴³⁴ DUGUIT (L.) cité in H. Vizioz, *op. cit.* p. 85.

⁴³⁵ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 31, n° 44.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 34, n° 48.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 69, n° 109 ; *Ibid.*, p. 70, n° 114 ; MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs », préf. P. Roubier, Rééd. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, p. 45, n° 44.

⁴³⁹ CHAUMONT (C.), art. préc.

⁴⁴⁰ *Ibid.*

⁴⁴¹ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 34, n° 47 ; MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 65, n° 103 et s.

⁴⁴² BLÉRY (C.), *op. cit.*, n° 48.

⁴⁴³ *Ibid.*, p. 35, n° 50.

⁴⁴⁴ BLÉRY (C.), *op. cit.*, n° 51, p. 37.

⁴⁴⁵ MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n° 105

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 70, n° 114.

réception de ce lien familial. Imaginons alors un cas simple. Une personne demande la création d'un lien familial à l'égard d'un enfant avec qui elle n'a aucun lien de sang⁴⁴⁷. La loi prévoit la possibilité de créer un lien de filiation de nature fictive à travers l'institution de l'adoption, qu'elle soit plénière⁴⁴⁸ ou simple⁴⁴⁹. Dès lors, la création de ce lien juridique est subordonnée à la décision du juge⁴⁵⁰. En effet, c'est le juge qui, après avoir analysé si les circonstances de l'espèce remplissent les conditions posées par la norme, décide si le lien de filiation doit être créé ou non⁴⁵¹. De ce fait, la création de ce lien familial s'avère conditionnée au prononcé d'un jugement, aux fins de lever l'obstacle soulevé par le demandeur dans sa demande.

93. La levée de l'obstacle comme objet de la prétention. L'objet de la prétention implique alors la levée de l'obstacle qui empêche l'exercice d'un droit subjectif⁴⁵². Le sujet de droit formule un jugement de valeur en considérant que cet obstacle signifie une rupture injustifiée entre sa situation et la règle de droit, qui est perçue comme dépourvue de toute sa force et de toute sa valeur⁴⁵³. L'absence de lien entre la situation des parties et la norme juridique fait naître un doute concernant l'application de la règle de droit dans l'espèce⁴⁵⁴. Le doute est consacré dans la demande⁴⁵⁵ des parties qui posent au juge une question de fait et de droit⁴⁵⁶ : *les circonstances de l'espèce justifient-elles la levée de l'obstacle qui empêche l'exercice du droit subjectif et la réalisation de la règle de droit ?* La mission du juge est d'apporter une réponse⁴⁵⁷, laquelle prend force de vérité légale lorsqu'elle est introduite dans son jugement⁴⁵⁸. Le juge doit donc lever ce doute⁴⁵⁹ et effacer toute incertitude à l'égard de la situation dont il est saisi⁴⁶⁰.

⁴⁴⁷ C. civ., art. 310 : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »

⁴⁴⁸ C. civ. art. 343 et s.

⁴⁴⁹ C. civ. art. 360 et s.

⁴⁵⁰ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, 2014, p.538, n° 675.

⁴⁵¹ C. civ., art. 353, al. 1 : « L'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance qui vérifie dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant. »

⁴⁵² MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n° 105.

⁴⁵³ CHAUMONT (C.), art. préc.

⁴⁵⁴ *Ibid.*

⁴⁵⁵ *Ibid.*

⁴⁵⁶ VIZIOZ (H.), *op. cit.*, p. 85 ; V. « Prétention » in *Lexique des termes juridiques*, S. Guinchard, Th. Debard (Dir.), 22^e éd., Dalloz, Paris, 2017 : « Questions de fait et de droit que les plaideurs soumettent au juge et qui sont fixées, pour le demandeur, par l'acte introductif d'instance, pour le défendeur, par les conclusions en défense. »

⁴⁵⁷ JEULAND (E.), « Droit processuel général », *op. cit.*, p. 247, n° 253.

⁴⁵⁸ VIZIOZ (H.), *op. cit.*, p. 85.

⁴⁵⁹ MALPEL-BOUYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n° 105.

⁴⁶⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 376, n° 514.

La solution juridictionnelle sera alors de rétablir le lien entre la situation des parties et la prescription de la règle de droit⁴⁶¹. Ces éléments constituent selon M. Chaumont⁴⁶² la trilogie fondamentale sur laquelle repose la fonction juridictionnelle : l'objet-sujet-obligation. Le demandeur est le sujet qui doute, qui porte un jugement de valeur sur la situation et le fait valoir devant le juge. L'objet est le doute qui concerne l'obligation juridique contenue dans la règle de droit et l'absence de lien avec la situation. L'obligation est celle que le juge doit rétablir par sa décision.

94. La levée de l'obstacle qui empêche l'établissement ou la réception du lien familial comme objet de la prétention. La prétention qui consiste à demander la création ou la reconnaissance en France d'un lien familial soulève l'obstacle qui empêche l'exercice d'un droit subjectif, l'établissement d'un lien familial. Pour le sujet de droit, l'obstacle suppose une rupture injustifiée entre la situation et la prescription de la règle de droit. Celui-ci finit par ressentir la règle vidée de toute puissance juridique et de ce fait, naît chez lui un doute concernant l'absence de lien entre le contenu de la règle de droit et sa situation. Ainsi, par sa demande, le sujet de droit pose au juge une question de fait et de droit : *les circonstances de l'espèce justifient-elles la levée de l'obstacle qui empêche la création ou la reconnaissance du lien familial demandé ?* Le juge est alors confronté à la question de savoir si la prétention des parties est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Pour pouvoir y répondre, le juge doit connaître son contenu, lequel détermine la manière dont la famille *doit* être constituée ou reconnue. De ce fait, la prétention des parties se présente comme le facteur déclencheur du processus intellectuel du juge qui tend à découvrir l'unité conceptuelle de la notion de famille.

95. Un exemple nous aidera à illustrer le raisonnement. Le sujet de droit qui demande l'adoption d'un enfant rencontre un obstacle légal qui empêche la réalisation de son droit subjectif : l'adoption ne peut avoir lieu que si elle est admise par un juge à travers son jugement. Celui-ci est donc une condition pour la création de ce lien de filiation. L'absence de jugement constitue l'obstacle qui empêche la réalisation de la prétention. Lorsque le sujet de droit considère qu'il remplit les conditions posées par la loi afin que le lien de filiation soit créé, il formule un jugement de valeur. Il pense avoir le droit d'adopter l'enfant. Ainsi, un doute naît chez le sujet de droit qui concerne l'absence de lien entre la situation juridique - dont

⁴⁶¹ CHAUMONT (C.), art. préc. : « la fonction juridictionnelle suppose un doute portant jugement de valeur sur une règle ou une situation née dans le passé ; elle a pour but de rétablir, par une solution imposée et limitée par ce doute, le lien rompu de l'obligation juridique entre le sujet de droit intéressé et la règle ou situation qui l'objet du doute ».

⁴⁶² BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 32-33, n° 45 ; CHAUMONT (C.), art. préc.

les circonstances accomplissent les conditions légales de l'adoption - et la prescription de la règle de droit - qui dispose l'obligation de créer le lien de filiation dès lors que les présupposés de la norme sont accomplis. C'est pourquoi il saisit le juge afin qu'il lève l'obstacle et rétablisse le lien entre sa situation et la norme juridique. Par sa demande, le sujet de droit pose au juge la question de savoir si les éléments de fait et de droit de sa situation justifient la levée de l'obstacle qui empêche la création du lien de filiation demandé. Pour cela, le juge doit analyser si l'adoption de l'enfant, dans les conditions auxquelles elle est demandée, est conforme à la notion de famille retenue par le droit. De ce fait, le juge doit percevoir la notion de famille et identifier son unité conceptuelle afin de pouvoir répondre à la question posée par les parties et rendre sa décision.

§ 2 La fonction de la prétention

96. Dans le procès, la prétention a pour fonction d'apporter au juge les faits de l'espèce. C'est à partir des faits que le juge pourra vérifier la réunion des conditions fixées par la loi afin que l'obstacle qui empêche l'exercice du droit subjectif demandé par les parties soit levé. Ainsi, lorsque les parties demandent la création ou la reconnaissance d'un lien familial, les faits sur lesquels les parties fondent leur prétention permettront au juge de percevoir la situation de fait revendiquée par les parties comme une situation familiale. On soulignera, au demeurant, que la prétention apporte les éléments de fait qui permettront ensuite au juge de décrire, comme nous le verrons ultérieurement, le contenu et la structure du lien familial lorsqu'il révèle l'unité conceptuelle de la notion de famille⁴⁶³ dans la phase déductive de l'acte juridictionnel.

97. Pour l'instant, nous verrons qu'à travers leur prétention, les parties apportent au juge les faits de l'espèce (A). Ces faits permettront au juge de connaître les circonstances de l'espèce, et plus précisément d'apprécier la situation de fait vécue par les parties comme une situation familiale (B).

⁴⁶³ V. *infra*. n^{os} 421 et s.

A. La prétention comme moyen d'apporter au juge les faits de l'espèce

98. Si la prétention permet aux parties d'apporter au juge les faits de l'espèce, il convient de se demander si ces dernières doivent uniquement alléguer les faits de l'espèce ou si le juge peut contribuer à la recherche des faits. L'adage « *da mihi factum, dabo tibi jus* »⁴⁶⁴, « donne-moi le fait, je te donnerai le droit », inspire le principe dispositif contenu dans le Code de procédure civile, qui détermine la répartition des rôles du juge et des parties dans le procès. Cette répartition repose sur une opposition entre le fait et le droit⁴⁶⁵. Le principe dispositif a alors un double sens : d'abord, les parties doivent déterminer l'objet du litige, c'est-à-dire le résultat ou l'avantage qu'elles recherchent par leur prétention, et la cause du litige, autrement dit les raisons de fait qui fondent leur prétention. Puis, le juge qualifie les faits de l'espèce afin de les intégrer dans le droit et rend la solution du litige⁴⁶⁶. Les parties ont ainsi l'obligation processuelle d'alléguer les faits sur lesquels elles fondent leur prétention⁴⁶⁷. Elles portent à la connaissance du juge les éléments de fait⁴⁶⁸. Cette obligation découle de la lecture des articles 6⁴⁶⁹ et 9⁴⁷⁰ du Code procédure civile.

99. Traditionnellement, une lecture des articles 6 et 7⁴⁷¹ du Code de procédure civile a permis à la doctrine de concevoir l'allégation des faits comme un monopole des parties⁴⁷². Les parties doivent fonder leur prétention sur des éléments de fait. Ce sont elles qui choisissent les faits pertinents et les apportent au juge, lequel ne peut se prononcer qu'en considérant les faits qui ont été versés dans le procès. C'est alors le juge qui les qualifie, qui les fait entrer dans le droit, car c'est lui, selon l'adage « *jura novit curia* », qui connaît le droit⁴⁷³.

⁴⁶⁴ BORÉ (J.), « *Da mihi factum, dabo tibi jus* : une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP G* 2009, 319 ; DUPICHOT (J.), « L'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus* », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mél. offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 425.

⁴⁶⁵ NORMAND (J.), « Le juge et le fondement du litige », in *Mél. P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 600, n° 8.

⁴⁶⁶ HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 230, n° 284.

⁴⁶⁷ BLONDEL (PH.), « Le juge et le droit », art. préc., p. 106.

⁴⁶⁸ BLONDEL (PH.), « Le fait, source du droit », « Le fait, source du droit », in *Le juge entre deux millénaires, Mél. P. Draï*, Dalloz, 2000, p. 205 et s.

⁴⁶⁹ C. proc. civ., art. 6 : « A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder. »

⁴⁷⁰ C. proc. civ. art. 9 : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. »

⁴⁷¹ C. proc. civ., art. 7, al. 1 : « Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat. »

⁴⁷² HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 222, n° 275.

⁴⁷³ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 757, n° 221.

Cette lecture du principe dispositif a été développée notamment par M. Motulsky⁴⁷⁴, qui résumait ainsi les rôles des parties et du juge dans le procès : « *Les parties choisissent librement les faits qu'elles entendent invoquer au soutien de leur prétention ; le juge ne doit pas en introduire d'autres ; il peut et doit, en revanche, appliquer à ces faits les règles de droit qui lui paraissent appropriées, quand bien même elles n'auraient pas été spécialement invoquées, à cela près que cette application d'une règle de droit nouvelle peut être exclue par la volonté formelle des parties, et qu'elle doit en tous cas se concilier avec le principe du débat contradictoire.* »⁴⁷⁵

100. Aujourd'hui, si cette manière de concevoir le rôle des parties et du juge est acceptée comme un schéma didactique, elle est considérée comme une vision très statique du procès⁴⁷⁶. Ainsi, affirmer que les faits sont l'apanage des parties ou qu'elles ont le monopole de l'allégation des faits⁴⁷⁷ ne correspond pas à la pratique, dans laquelle le juge participe à la détermination des faits de l'espèce⁴⁷⁸. Le principe dispositif implique que les parties déterminent tantôt l'objet du litige tantôt la cause de la demande. De ce fait, ce sont les parties qui choisissent les faits qu'elles allèguent au soutien de leur prétention et assument le risque de ne pas les exposer⁴⁷⁹. Cependant, le juge a le pouvoir de prendre en compte des faits qui n'ont pas été spécialement invoqués par les parties⁴⁸⁰, c'est-à-dire des faits adventices⁴⁸¹.

Le Professeur Thierry Le Bars explique que souvent les parties allèguent une masse de faits, présentés de manière orale ou par écrit, qui ont une certaine relation avec leur prétention, sans qu'il existe une quelconque articulation entre eux. Ce n'est que par la suite que les parties invoquent « spécialement » certains faits qui ont pour objet d'interpeler le juge et son

⁴⁷⁴ Pour H. Motulsky, l'allégation des faits est « la nécessité pour toute partie faisant valoir un droit subjectif en justice d'alléguer, sous peine d'être déboutée de sa prétention, toutes les circonstances de fait répondant aux éléments générateurs de ce droit. » L'auteur affirme que l'allégation est une nécessité et non pas une obligation, car les parties ne sont pas obligées de participer dans la réalisation de la décision du juge, cependant « son abstention risque d'entraîner une décision défavorable » (H. Motulsky, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs », préf. P. Roubier, Rééd. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002, p. 87-89, n° 85).

⁴⁷⁵ MOTULSKY (H.), « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. G. Cornu, J. Foyer, Dalloz, 1973, p. 51, n° 21.

⁴⁷⁶ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 758, n° 222.

⁴⁷⁷ HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 222, n° 275.

⁴⁷⁸ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 758, n° 221.

⁴⁷⁹ NORMAND (J.), « Le juge et le fondement du litige », art. préc., p. 597, n° 2.

⁴⁸⁰ C. proc. civ., art. 7 al. 2 : « Parmi les éléments du débat, le juge peut prendre en considération même les faits que les parties n'auraient pas spécialement invoqués au soutien de leur prétention. »

⁴⁸¹ CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 758, n° 222.

adversaire⁴⁸². Souvent, le justiciable, après avoir fait un tri, n'avance que les faits qui justifient l'application de la règle de droit invoquée⁴⁸³.

Le juge a également le pouvoir de poser des questions de fait aux parties, ce qui peut provoquer l'apparition de nouveaux éléments dans le procès⁴⁸⁴, sans qu'ils soient introduits aux débats par le juge⁴⁸⁵. Enfin, le juge a le pouvoir d'ordonner les mesures d'instruction⁴⁸⁶ nécessaires pour lever toute incertitude à l'égard des éléments de fait pertinents de l'espèce. Les parties ont l'obligation d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus⁴⁸⁷. Les mesures d'instruction peuvent provoquer l'apparition des nouveaux faits déterminants pour la solution⁴⁸⁸, notamment lorsque le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer⁴⁸⁹. Il est donc inexact d'affirmer que seules les parties peuvent alléguer des faits, car ils peuvent également être introduits par les experts et autres techniciens chargés d'accomplir une mesure d'instruction ordonnée par le juge⁴⁹⁰. Si les parties ont une place prépondérante en ce qui concerne l'allégation de faits⁴⁹¹, le juge y participe car, même s'il est au service des parties, il est surtout serviteur de la loi et, de ce fait, doit rechercher de la vérité⁴⁹².

101. En matière familiale, la loi permet au juge d'exercer plusieurs mesures d'instruction, telles que l'enquête sociale⁴⁹³, la communication de renseignements utiles pour le règlement pécuniaire du divorce ; soit en désignant un notaire ou tout professionnel qualifié⁴⁹⁴, soit en

⁴⁸² HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 224, n° 276.

⁴⁸³ NORMAND (J.), « Le juge et le fondement du litige », art. préc., p. 601, n° 9.

⁴⁸⁴ C. proc. civ., art. 8 : « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige ».

⁴⁸⁵ HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 224, n° 277.

⁴⁸⁶ C. proc. civ., art. 10 : « Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles. » ; C. proc. civ., art. 143 : « Les faits dont dépend la solution du litige peuvent, à la demande des parties ou d'office, être l'objet de toute mesure d'instruction légalement admissible. »

⁴⁸⁷ C. proc. civ., art. 11 : « Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. » « Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime. »

⁴⁸⁸ HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 225, n° 278.

⁴⁸⁹ C. proc. civ., art. 144.

⁴⁹⁰ LE BARS (TH.), « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in *Mél. G. Goubeaux*, L.G.D.J., Lextenso, Dalloz, 2009, p. 319.

⁴⁹¹ HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.* p. 224, n° 276.

⁴⁹² *Ibid.*, p. 222, n° 273.

⁴⁹³ C. proc. civ., art. 1072 ; L'enquête est prévue dans le cadre de la fixation des modalités de l'autorité parentale (C. civ., art. 373-2-12).

⁴⁹⁴ C. civ., art. 255, 9° : « [Le juge peut notamment:] Désigner tout professionnel qualifié en vue de dresser un inventaire estimatif ou de faire des propositions quant au règlement des intérêts pécuniaires des époux » ; 10° : « Désigner un notaire en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager. »

forçant la production des preuves⁴⁹⁵ ; l'audition des mineurs⁴⁹⁶, etc. Ainsi, le juge participe de façon complémentaire à la recherche des éléments de faits de l'espèce. L'obligation pour le juge de ne pas « fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat »⁴⁹⁷ ne lui interdit pas d'introduire un fait dans le procès⁴⁹⁸. Il peut même « prendre en toute matière une connaissance personnelle des faits litigieux », ainsi que « procéder aux constatations, évaluations, appréciations ou reconstitutions qu'il estime nécessaires, en se transportant si besoin est sur les lieux »⁴⁹⁹.

B. Les faits apportés à travers la prétention comme moyen de connaître la situation de fait vécue par les parties comme une situation familiale

102. Les faits rapportés par les parties constituent un élément essentiel dans la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, ils permettent au juge de percevoir les situations de fait qui sont vécues par les individus comme des situations familiales. C'est également à partir de ces éléments de fait que le juge pourra ultérieurement caractériser le lien familial, révélateur de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

103. Les faits de l'espèce sont, avec la règle de droit invoquée, l'un des éléments qui constituent la base de la prétention⁵⁰⁰. Ils s'avèrent « indispensables au soutien d'une prétention, justifient l'invocation d'un droit et impliquent ou 'causent' la cause juridique. »⁵⁰¹ Les faits de l'espèce impliquent la cause de la demande, c'est-à-dire le *pourquoi* de l'objet du litige⁵⁰². En effet, lorsque les parties saisissent le juge afin qu'il lève l'obstacle qui empêche

⁴⁹⁵ C. civ., art. 259-3, al. 2 : « Le juge peut faire procéder à toutes recherches utiles auprès des débiteurs ou de ceux qui détiennent des valeurs pour le compte des époux sans que le secret professionnel puisse être opposé. »

⁴⁹⁶ C. civ., art 388-1 : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. » « Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. » « L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure. » « Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat. » ; Lorsque le juge fixe les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, il prend en considération « les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article » (C.civ., art. 373-2-11)

⁴⁹⁷ C. proc. civ., art. 7.

⁴⁹⁸ LE BARS (TH.), « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », art. préc.

⁴⁹⁹ C. proc. civ., art 179.

⁵⁰⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 463, n° 526.

⁵⁰¹ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 757, n° 221.

⁵⁰² *Ibid.*

l'exercice de leur droit subjectif⁵⁰³ et la réalisation de la règle de droit⁵⁰⁴, elles fondent leur prétention sur des éléments de fait⁵⁰⁵ qu'elles allèguent dans leur demande⁵⁰⁶. En alléguant les faits de l'espèce, les parties affirment directement ou indirectement leur existence et les introduisent dans le débat judiciaire⁵⁰⁷. L'allégation des faits traduit un jugement de valeur formulé par les parties, qui consiste à considérer que les circonstances de l'espèce justifient l'obtention de l'avantage ou le résultat recherché⁵⁰⁸. Les parties exposent alors au juge un doute concernant l'application de la règle de droit dans leur situation : *les circonstances de l'espèce justifient-elles la levée de l'obstacle ?* Le juge doit alors constater⁵⁰⁹ et analyser les éléments de fait allégués afin de vérifier s'ils justifient la production des effets de la règle de droit⁵¹⁰.

104. Au début, il y a donc le fait⁵¹¹, c'est lui qui vivifie la règle de droit.⁵¹² Ainsi, lorsque la loi attache une conséquence juridique à un fait, il est considéré comme un fait juridique. Pour Henri Motulsky, le fait juridique est l'élément qui donne naissance à un droit subjectif. C'est pourquoi il considère les faits comme ses éléments générateurs⁵¹³. Le fait est donc à l'origine de l'exercice d'un droit subjectif garanti par la règle de droit, car l'existence du fait subordonne la production des effets de la règle de droit⁵¹⁴. Les parties doivent alors alléguer les faits sur lesquels elles fondent leur demande⁵¹⁵. Effectivement, le résultat recherché par les parties ne sera obtenu que si les faits allégués et prouvés justifient la production des effets contenus dans la norme juridique. Les faits sont dès lors le fondement⁵¹⁶ ou la cause de la demande⁵¹⁷. Pour

⁵⁰³ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 31, n° 44.

⁵⁰⁴ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 69, n° 109.

⁵⁰⁵ NORMAND (J.), *op. cit.*, p. 34, n° 148 et s.

⁵⁰⁶ C. proc. civ., art. 6 : « à l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder. »

⁵⁰⁷ HERON (J.) et LE BARS (T.), *op. cit.* p. 222, n° 274.

⁵⁰⁸ CHAUMONT (C.), art. préc.

⁵⁰⁹ DUGUIT (L.), « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *Rév. Droit Public.*, 13e année, 1906, tome XXIII, p. 413-471, spécialement p. 447. ; HERON (J.), LE BARS (T.), *op. cit.* p. 231, n° 285.

⁵¹⁰ BLONDEL (PH.), art. préc., p. 207 : « C'est donc bien au juge du fond in fine... » « ... de dire si telle ou telle situation de fait à lui soumise peut être juridiquement sanctionnée et peut déboucher sur tel ou tel avantage économique ou sociale susceptible de bénéficier de l'autorité de la chose irrévocablement jugée ».

⁵¹¹ V. « Fait », in *Vocabulaire juridique*, spéc. 2 et 3 : « Dans un sens très général, s'oppose au Droit et désigne l'ensemble des réalités physiques, économiques, sociales ou individuelles considérées, abstraction faite de leur qualification et de leurs conséquences juridiques, comme des phénomènes bruts, des matérialités relativement à l'ordre juridique » ; v. aussi, « Faits de l'espèce », *ibid.*, spéc. 3 : « Ensemble des éléments de fait, des données de base qui sont dans le débat (globalement apportées par les parties : conflit conjugal, contentieux contractuel, etc., qui forment la matière du litige).

⁵¹² BLONDEL (PH.), « Le fait, source du droit », art. préc., p. 205 et s.

⁵¹³ MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs », *op. cit.*, p. 75, n° 76.

⁵¹⁴ DUGUIT (L.), art. préc.

⁵¹⁵ C. proc. civ., art. 6.

⁵¹⁶ NORMAND (J.), *op. cit.*, p. 34, n° 148 et s.

M. Normand, d'un point de vue technique, ils sont tous les éléments qui composent le récit qui expose les faits de l'espèce, ainsi que tous ceux qui ressortent des pièces du dossier, que ce soient des attestations, des procès-verbaux, des rapports d'expertise, etc., et ce, car tous ces éléments sont avancés au soutien de la prétention⁵¹⁸.

105. La perception d'une situation de fait vécue par les parties comme une situation familiale à travers les faits rapportés. Ainsi, lorsque la prétention des parties porte sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, le juge est confronté à la question de savoir si le lien demandé par les parties est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Il doit déterminer si les circonstances de l'espèce justifient la levée de l'obstacle qui empêche l'établissement du lien familial demandé ou la production de ses effets sur le sol français lorsqu'il a été établi à l'étranger. Pour obtenir l'avantage recherché, les parties doivent apporter au juge les faits qui justifient la levée de cet obstacle par le prononcé du jugement.

On peut prendre l'exemple, concernant les liens de couple, du majeur sous tutelle ou sous curatelle⁵¹⁹ qui demande au juge des tutelles une autorisation à mariage ou du majeur sous curatelle qui demande l'autorisation de conclure un Pacs⁵²⁰, si tant est que le lien entre les partenaires soit un lien familial⁵²¹. Il devra indiquer dans sa demande les faits qui prouvent l'existence de son consentement⁵²². Autre exemple, lorsque le ministère public demande la nullité d'un mariage célébré entre la bru et son beau-père⁵²³, dès lors que l'auteur de l'alliance n'est pas décédé et que les époux n'ont pas obtenu une dispense de la part du Président de la République⁵²⁴ : l'époux, dans le cas considéré, pourra faire valoir que le mariage a été célébré sans opposition, ainsi que la longue durée du mariage⁵²⁵. De même, lorsqu'une femme

⁵¹⁷ MOTULSKY (H.), « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, Chron. P. 235 : « la cause de la demande est constituée par les circonstances de fait invoquées en vue d'établir le droit subjectif par lequel se traduit juridiquement la prétention soumise au juge ».

⁵¹⁸ NORMAND (J.), « Le juge et le fondement du litige », art. préc., p. 600, n° 10.

⁵¹⁹ C. civ., art. 460.

⁵²⁰ C. civ., art. 461, al. 1^{er}.

⁵²¹ V. sur cette question, *infra*. n°s 129 à 137.

⁵²² V. Cons. const. 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, JO 30 juin ; *D.* 2013, *Pan.* p. 1093, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 136, note M. Bruggeman ; *Dr. fam.* 2012, comm. 148, note I. Maria ; G. Raoul-Cormeil, *D.* 2012, p. 1899 ; v. aussi, Civ. 1^{re}, 24 mars 1998, n° 97-11.252 P : *GAJC*, 12^e éd., n° 64 ; *D.* 1999, p. 19, note J.-J. Lemouland ; *Defrénois* 1998. 1398, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998. 658, obs. J. Hauser : (rendu sous C. civ., anc. art. 506) Le mariage d'un majeur en tutelle nécessite, préalablement, le consentement du majeur. Si ce consentement n'a pu être recueilli, le majeur étant muet et privé de toute possibilité de manifester sa volonté, la délibération du conseil de famille autorisant le mariage est à bon droit réformée.

⁵²³ C. civ., art. 161.

⁵²⁴ C. civ., art. 164, 1^o.

⁵²⁵ V. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; *Dr. fam.* 2014 comm. 1, note R. Binet ; *D.* 2014, p. 179, note F. Chénéde ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser ; *D.* 2014, p. 153, H.

demande la qualité de conjoint survivant du second mariage de son mari célébré à l'étranger, pour que ce lien matrimonial puisse produire ses effets en France – en l'occurrence, des effets patrimoniaux –, elle devra prouver que le mariage a été célébré valablement à l'étranger⁵²⁶.

En matière de parenté, la même obligation d'apporter les faits pèse sur le père prétendu qui demande l'établissement du lien de filiation en exerçant une action en constatation de possession d'état⁵²⁷. Il devra apporter les éléments de fait qui attestent de l'existence de la possession d'état : *nomen, tractatus et fama* (c'est-à-dire le fait qu'il a traité la personne à l'égard de laquelle il souhaite établir le lien de filiation comme son enfant et que celle-ci l'a considéré comme son père). Il devra donc apporter les éléments attestant qu'il a pourvu à l'éducation, à l'entretien ou à l'installation de la personne et qu'elle est connue dans la société et par sa famille comme si elle était son enfant⁵²⁸.

Grâce à ces exemples, nous sommes en mesure de constater la manière dont les faits rapportés par les parties permettent au juge de percevoir les situations de fait revendiquées par les parties comme des situations familiales. Une fois que ces situations seront qualifiées de situations familiales, elles permettront au juge dans la phase déductive ultérieure d'ordonner la création, la reconnaissance ou le maintien du lien familial : en l'occurrence, le mariage pourra être célébré au profit d'un majeur protégé consentant, au même titre que le Pacs pourra être conclu par une personne sous curatelle. De même, le lien matrimonial entre une bru et son beau-père pourra être maintenu en dépit des restrictions posées par les dispositions relatives à l'empêchement à mariage entre parents proches. Le mariage bigame célébré à l'étranger peut être réceptionné en France afin qu'il produise ses effets de droit. Le lien de filiation peut être établi entre deux personnes lorsqu'elles se sont traitées publiquement comme père et fils.

Fulchiron : *RJPF* 2014-2/9, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Rev. dr. civ.*, 2014/122, n° 5308, obs. F. Dekeuwer-Déffosez ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 30, obs. J. Casey.

⁵²⁶ V. p. ex. Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, F-D ; JurisData n° 2007-038712 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 182 ; *JCP S.* 2007, 1523, obs. G. Vachet ; v. pour un cas similaire, Civ. 2^e, 14 févr. 2007, n° 06-10.557 et n° 05-21.816 ; JurisData n° 2007-037612 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 99, note A. Devers.

⁵²⁷ C. civ., art. 330.

⁵²⁸ C. civ., art. 311-1.

Conclusion du chapitre I

106. La découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille par le juge commence par sa perception. Le juge est apte à réaliser cette perception, car il dispose des moyens nécessaires pour l'effectuer, dont la compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale, ainsi que la prétention des parties portant sur la création ou la reconnaissance du lien familial. L'étude de ces moyens nous a alors permis de désigner le tribunal de grande instance en tant que juge les plus apte à découvrir l'unité conceptuelle de la notion de famille.

107. L'analyse de la compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale devait nous permettre de désigner le juge le plus apte à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle. Cependant, nous avons relevé qu'elle est confiée à une pluralité de juges, dont le tribunal de grande instance, le juge aux affaires familiales, le juges des tutelles, le juge des enfants et même le tribunal d'instance. À chacun de ces juges est attribuée une partie de la compétence en matière familiale, bien qu'elle soit en principe dévolue exclusivement au TGI. Si le partage de cette compétence semble être justifié par un besoin de spécialisation de la justice familiale, il existe une tendance à la recentrer aux mains du JAF. Cependant, nous avons constaté, à la lumière des compétences et des missions confiées à ces juridictions, que seuls le juge des tutelles et le tribunal d'instance ont une aptitude à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, ces juges interviennent dans l'établissement du lien familial : le juge des tutelles est compétent pour connaître des demandes relatives aux autorisations à mariage pour les majeurs sous tutelle et sous curatelle et à la conclusion d'un Pacs pour le majeur sous curatelle, alors que le tribunal d'instance est compétent pour établir un lien de filiation en délivrant un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état.

108. Toutefois, nous avons reconnu que le TGI, auquel la loi confie une compétence exclusive en matière familiale, est le *juge de l'établissement et de l'anéantissement du lien familial*. En effet, il connaît des demandes en nullité du mariage et du Pacs, ainsi qu'en établissement et en contestation du lien de filiation et d'adoption. De ce fait, nous avons considéré que le TGI est, pour l'instant, la juridiction la plus apte à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle. Dès lors, la modification des compétences de cette juridiction ou leur transfert à une autre juridiction, telle qu'à un tribunal de première instance, par des réformes ultérieures, pourraient modifier son aptitude à percevoir la notion de famille. Ainsi, la

nouvelle juridiction compétente pour établir ou anéantir le lien familial deviendrait la plus apte à percevoir la notion de famille et son unité conceptuelle.

109. Par ailleurs, l'étude de la prétention nous a permis de remarquer son rôle dans le processus de découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Elle constitue l'élément qui déclenche la démarche inductive de l'acte juridictionnel et, de ce fait, la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, à travers leur prétention, les parties demandent au juge la levée de l'obstacle qui empêche l'établissement ou la réception d'un lien familial. Le juge est alors confronté à la question suivante : *le lien demandé par les parties est-il conforme à la notion de famille retenue par le droit ?* Afin de pouvoir rendre sa décision, le juge doit déterminer ce que c'est qu'une famille. Pour ce faire, il doit percevoir la notion de famille et découvrir son élément irréductible en vue de vérifier si celui-ci est présent dans la situation litigieuse et faire droit ou non à la prétention des parties.

110. Si la prétention des parties déclenche la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille, elle a également pour fonction d'apporter au juge les éléments de fait qui lui permettront d'appréhender les situations de fait revendiquées par les parties comme des situations familiales et, par la suite, de les qualifier ou non de telles et de reconnaître l'existence d'un lien familial. En effet, la prétention des parties est fondée sur les faits qu'elles considèrent comme pertinents pour convaincre le juge du caractère injustifié de l'obstacle qui empêche l'établissement ou la réception du lien familial afin qu'il ordonne sa levée. Ces faits, une fois qu'ils seront qualifiés, permettront au juge d'apercevoir la manière dont la famille se manifeste dans la réalité.

111. Il reste à voir plus concrètement quelles sont les différents types de prétention qui permettent au juge de percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille.

Chapitre II La perception de l'unité conceptuelle dans les différentes sortes de prétentions

112. Le processus juridictionnel⁵²⁹ est déclenché⁵³⁰ par la demande qui saisit le juge et qui véhicule⁵³¹ la prétention des parties⁵³². Ainsi, lorsque la prétention des parties porte sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, elle déclenche le processus juridictionnel qui permet la perception de la notion de famille et qui donnera lieu à la découverte de son unité conceptuelle. Rappelons-le, à travers leur prétention, les parties posent au juge la question suivante : *les circonstances de l'espèce justifient-elles la levée de l'obstacle qui empêche la création ou la reconnaissance du lien familial ?* Le juge doit alors déterminer si le lien revendiqué constitue bien un lien familial au regard de la notion de famille retenue par le droit.

Les prétentions des parties permettent alors au juge de percevoir l'ensemble des situations de fait susceptibles d'être qualifiées de situations familiales et d'aboutir à la création ou à la reconnaissance des liens familiaux. Notre objectif sera d'identifier ces prétentions.

113. Rappelons que la prétention⁵³³ est l'avantage, le résultat socio-économique qui est recherché par les parties. Ces dernières formulent une prétention lorsqu'elles rencontrent un obstacle qui empêche l'exercice d'un droit subjectif⁵³⁴ et la correcte réalisation de la règle de droit⁵³⁵. Rappelons aussi que l'obstacle constitue une déconnexion entre le droit subjectif des parties et l'application de la règle de droit. L'obstacle peut être conçu comme une concrétisation des fonctions de l'ordre public⁵³⁶, qui tend à garantir l'organisation et le fonctionnement des « colonnes de la société », telles que l'État, la famille ou la personne⁵³⁷. L'obstacle constitue la raison pour laquelle les parties formulent une prétention auprès du

⁵²⁹ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 30, n^{os} 42-46.

⁵³⁰ V. *supra*. n^{os} 83 et s.

⁵³¹ V. *supra*., n^o 88 ; MARTIN (R.), « Le double langage de la prétention », art. préc.

⁵³² C. proc. civ., art. 53.

⁵³³ V. *supra*. n^o 87. ; v. p. ex. les définitions proposées par J. VINCENT et S. GUINCHARD (*cf. in* C. BLÉRY, *op. cit.*, p. 63, n^o 86) ; V. VOIDEY, « La notion de 'prétentions' en procédure civile », art. préc.

⁵³⁴ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 34, n^o 47 et s. ; MARTIN (R.), « Le double langage de la prétention », art. préc.

⁵³⁵ MALPEL BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 70, n^o 114.

⁵³⁶ HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n^o 37 et s. ; V. sur la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection, CARBONNIER (J.), « Droit civil. Les biens. Les obligations », Vol. II, PUF, 2004, p.2037, n^{os} 984, spéc. 986 ; MALINVAUD (PH.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.), « Droit des obligations », LexisNexis, 13^e éd., 2014, p. 207, n^o 268 et s., spéc. 273

⁵³⁷ CARBONNIER (J.), « Droit civil. Les biens. Les obligations », *op. cit.*, p. 2038, n^o 985 ; GHESTIN (J.), « Traité de droit civil. La formation du contrat », T. II, 3^e éd., LGDJ, Paris, 1993, p. 107, n^o 126 et s.

juge⁵³⁸, dont l'intervention s'avère nécessaire afin que l'obstacle soit levé.⁵³⁹ La décision du juge rétablit alors le lien entre la règle juridique et le droit subjectif des parties⁵⁴⁰.

114. La perception de la notion de famille et de son unité conceptuelle par le juge aura lieu spécifiquement lorsque la prétention des parties porte sur la création, (existence et validité) ou la reconnaissance en France d'un lien familial constitué à l'étranger car, rappelons-le⁵⁴¹, c'est seulement à cette occasion que le juge est obligé de s'interroger sur la substance de la notion de famille.

115. Il convient alors de distinguer ces prétentions afin de mieux comprendre les conséquences qu'elles entraînent et, à cet égard, il convient d'opposer les prétentions qui tendent à la création d'un lien familial et celles qui tendent à la reconnaissance d'un lien familial constitué à l'étranger mais que le droit français ne reconnaît pas *a priori*.

De même, il convient de distinguer plusieurs sortes de liens familiaux que l'on peut regrouper en deux catégories : d'une part les liens de couple⁵⁴², compris comme les liens rattachant deux personnes qui se trouvent sur un même plan horizontal et qui n'appartiennent pas, en principe, à la même famille⁵⁴³ et, d'autre part le lien de parenté⁵⁴⁴, entendu comme le lien entre un enfant et un ou deux adultes, dans un plan vertical, le premier étant le descendant de deux derniers, qui sont alors ses ascendants. Cette distinction sera retenue tout au long de notre analyse relative à la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Nous reviendrons ultérieurement sur cette distinction afin d'analyser conceptuellement le contenu du lien de couple et du lien de parenté⁵⁴⁵.

116. Les prétentions relatives à la *création du lien familial* impliquent d'abord l'inexistence juridique, en l'état, du lien demandé, puis la présence d'un obstacle qui empêche

⁵³⁸ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n° 105.

⁵³⁹ *Ibid.*

⁵⁴⁰ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 51, n° 37.

⁵⁴¹ V. *supra*. n°s 33 et s.

⁵⁴² V. « Couple » in *Vocabulaire juridique* : « Union que forment un homme et une femme entre lesquels existent des relations charnelles et en général une communauté de vie, soit en mariage, soit hors mariage ; se dit parfois de deux individus de même sexe qui vivent ensemble ». Le droit civil consacre trois modes de vie de couple : le mariage (C. civ., art. 63 à 76 et 143 à 227), le Pacte civil de solidarité (PACS) (C. civ., art. 515-1 à 515-7) et le concubinage (C. civ., art. 515-8).

⁵⁴³ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 27, n° 43.

⁵⁴⁴ La parenté désigne le rapport entre deux personnes dans un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre, qui est alors son ascendant (V. « Parenté » in *Vocabulaire juridique*). De ce fait, le lien de parenté résulte du lien de filiation (C. Labrusse-Riou, « Filiation (10 généralités) », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 2), qu'elle soit fondée sur la procréation, y compris médicalement assistée, la possession d'état ou l'adoption (A. Bénabent, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 3, n° 6 ; J.-J. Lemouland, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 423, n° 522.)

⁵⁴⁵ V. pour le lien de couple, *infra*. n°s 127 à 134 ; v. pour le parenté, n°s 153 à 155.

sa création et enfin la volonté des parties de voir ce lien constitué. De ce fait, la prétention a pour objet de demander au juge la levée de l'obstacle qui empêche la création du lien familial.

Ces prétentions permettent au juge de percevoir les situations de fait constituées sur le territoire français et revendiquées par les parties comme des situations familiales (Section 1).

117. S'agissant des prétentions relatives à la *reconnaissance du lien familial*, elles supposent l'existence d'un lien familial établi à l'étranger, puis la présence d'un obstacle qui empêche la production de ses effets juridiques et enfin la volonté des parties d'exercer les droits attachés à ce lien familial. Ainsi, la prétention a pour objet de demander au juge la levée de l'obstacle qui empêche la reconnaissance du lien familial. Ces prétentions permettent au juge de percevoir les situations familiales constituées à l'étranger en vue de faire produire leurs effets sur le territoire français (Section 2).

Section 1 Les prétentions portant sur la création d'un lien familial

118. Ces prétentions conduisent le juge à percevoir les situations de fait constituées en France et revendiquées par les parties comme des situations familiales.

119. La prétention des parties peut consister à demander au juge la création d'un lien familial. Elle fera naître un doute concernant l'application de la règle de droit dans le cas d'espèce, qui se traduit par la question de savoir si les circonstances de l'espèce justifient la levée de l'obstacle qui empêche la création du lien familial demandé. La prétention des parties déclenche alors le processus juridictionnel.

Le juge est confronté à une situation de fait qu'il devra analyser afin de déterminer si elle constitue une situation familiale.

Il existe plusieurs types de prétentions tendant à la création d'un lien familial qu'il convient de repérer et de classer. Pour ce faire, il y a lieu d'établir des critères permettant de les identifier.

120. L'obstacle comme critère de distinction des prétentions. La prétention doit être directement liée à la question de l'existence du lien familial. Elle implique l'inexistence juridique du lien familial demandé, la volonté des parties de le créer et la présence d'un obstacle qui, sans l'intervention du juge, empêche la création du lien familial souhaité. Cet obstacle peut constituer l'élément à partir duquel il est possible de distinguer les prétentions. Si

une distinction classique a été proposée consistant à opposer l'obstacle de nature légale et l'obstacle de nature privé⁵⁴⁶, notre démarche nous conduit à écarter ici cette classification, pour lui substituer la distinction entre obstacle surmontable et obstacle insurmontable, selon que la loi octroie au juge la faculté de le lever, ou non.

121. L'obstacle sera surmontable lorsque la loi prévoit qu'à certaines conditions il peut être levé par le juge. L'exercice du droit subjectif des parties n'est que conditionné à l'intervention judiciaire. Le juge a alors un rôle de contrôle qui garantit le respect de la règle de droit⁵⁴⁷. Ainsi, il existe des liens familiaux dont la création est empêchée par des obstacles surmontables, qui ne peuvent être levés que par l'intervention judiciaire et à condition de réunir certaines exigences légales. La création de ces liens est alors conditionnée au prononcé du jugement.

Ces prétentions confrontées à des obstacles surmontables permettent au juge de percevoir des situations de fait vécues comme des situations familiales dites *simples*. Une situation familiale sera ici qualifiée de *simple* lorsqu'elle sera constituée par un lien conforme à la règle de droit applicable. L'intervention judiciaire consiste simplement à vérifier que les conditions posées par loi qui régit la constitution du lien familial sont réunies en l'espèce.

122. À l'inverse, l'obstacle sera insurmontable lorsqu'il constitue une interdiction catégorique d'être levé par le juge. La loi ne prévoit alors aucune action pour que l'obstacle qui empêche la réalisation d'un acte soit levé. Néanmoins, le juge parvient parfois à lever l'obstacle et notamment dans le cadre de l'utilisation du contrôle de conventionnalité pour assurer le respect des droits fondamentaux. Dans ce cas, nous serons en présence d'une situation de fait vécue comme une situation familiale que nous qualifierons de *complexe*.

123. Les prétentions portant sur la création d'un lien familial qui permettent la perception des situations familiales *simples* (§1), seront donc distinguées de celles qui permettent la perception des situations familiales *complexes* (§2).

⁵⁴⁶ BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 34, n° 47 et s.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 37, n° 51 ; MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n° 105.

§1 Les prétentions relatives à la création d'un lien familial permettant la perception des situations familiales *simples*

124. Les prétentions portant sur la création d'un lien familial, confrontées à un obstacle surmontable, permettent donc au juge de percevoir des *situations familiales simples*. Les prétentions se heurtent à des obstacles surmontables lorsque ces derniers peuvent être levés par l'intervention judiciaire. La constitution du lien familial demandé est alors subordonnée à la réunion des conditions fixées par la loi, qui doivent être obligatoirement vérifiées par le juge, si bien que tant qu'il n'est pas intervenu pour le faire, elles constituent l'obstacle qui empêche l'exercice du droit subjectif. La mission du juge saisi sera de vérifier que les conditions établies par la règle de droit qui régit la constitution du lien familial sont réunies en l'espèce.

125. L'analyse de la perception de situations familiales *simples* nous amène à retenir la distinction classique entre liens de couple⁵⁴⁸ et liens de parenté⁵⁴⁹. Il est ainsi possible de distinguer les prétentions qui ont pour objet la création de liens de couple (A) de celles qui ont pour objet d'établir des liens de parenté (B).

A. Les prétentions ayant pour objet la création d'un lien de couple

126. Lorsque le lien de couple répond aux conditions de formation fixées par la loi, les prétentions qui ont pour objet la création d'un tel lien permettent au juge de percevoir des situations familiales *simples*. L'intervention du juge implique ici la vérification de la réunion dans le cas d'espèce des conditions légales. Le juge appliquera alors la règle de droit au cas concret et ordonnera la levée de l'obstacle qui empêche la création du lien de couple demandé.

127. Le lien de couple⁵⁵⁰. Aujourd'hui, le terme « couple » est employé par la loi afin de désigner les personnes mariées, les partenaires pacsés et les concubins. Selon le Professeur Philippe Malaurie, il a été employé pour la première fois en droit fiscal en 1917⁵⁵¹. Puis, il a été

⁵⁴⁸ Le lien de couple est celui qui est reconnu par le droit entre deux personnes qui s'engagent volontairement et durablement dans une vie commune affective, sexuelle et matérielle.

⁵⁴⁹ Le lien de parenté est celui qui est reconnu par le droit et qui unit par deux personnes sur un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre, qui est donc son ascendant.

⁵⁵⁰ V. BRUNETTI-PONS (C.) (*Dir.*), « La notion juridique de couple », coll. Études juridiques, N. Molfessis (*Dir.*), Economica, 1998 ; V. aussi LEBORGNE (A), « Réflexions sur la diversité des modes de conjugalité » in *Mél. J. Saint-Rose, op. cit.*, p. 675 ; LÉCUYER (H.), « La notion juridique de couple », *Dr. et patr.*, 1997, n°53, p. 62 ; LEMOULAND (J.-J.), « Le couple en droit civil », *Dr. fam.* 2003, chron. 22.

⁵⁵¹ MALAURIE (PH.), « Couple, procréation et parenté », *D.* 1998, p. 127.

utilisé par la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal⁵⁵². Le terme est employé par l'article L. 2141-2 du Code de la santé publique⁵⁵³. Plus récemment, la référence au couple a été utilisée par la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999, relative au Pacte civil de solidarité dans la définition du concubinage de l'article 515-8 du Code civil : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui **vivent en couple**. »

Si le « couple » n'est pas défini par la loi, il fait l'objet de plusieurs définitions par la doctrine : « Union que forment un homme et une femme entre lesquels existent des relations charnelles et en général une communauté de vie, soit en mariage, soit hors mariage ; se dit parfois de deux individus de même sexe qui vivent ensemble »⁵⁵⁴ ; « union de deux personnes acceptant une communauté de vie qui implique nécessairement des droits et des obligations réciproques dont la constatation et l'importance sont déterminées par la loi »⁵⁵⁵ ; « un lien, reconnu par le droit, entre deux personnes animées d'une volonté durable de s'engager dans une vie commune, d'un point de vue affectif, sexuel et le plus souvent matériel »⁵⁵⁶ ; « union affective et morale qui lie un homme et une femme entre eux »⁵⁵⁷ ; « le couple est le lien entre deux personnes majeures acceptant une communauté de vie, tant matérielle qu'affective, générateur des droits et des obligations »⁵⁵⁸ ; « Le couple peut se définir comme un ensemble

⁵⁵² L. n° 94-654 du 29 juillet 1994 relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal, *JO* n° 175 du 30 juillet 1994 p. 11060, art. L. 152-2 : « L'assistance médicale à la procréation est destinée à répondre à la demande parentale d'un **couple**. » « ... » « L'homme et la femme formant le **couple** doivent être vivants, en âge de procréer, mariés ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie commune d'au moins deux ans et consentants préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. »

⁵⁵³ « L'assistance médicale à la procréation a pour objet de remédier à l'infertilité d'un **couple** ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué. » « L'homme et la femme formant le **couple** doivent être vivants, en âge de procréer et consentir préalablement au transfert des embryons ou à l'insémination. Font obstacle à l'insémination ou au transfert des embryons le décès d'un des membres du couple, le dépôt d'une requête en divorce ou en séparation de corps ou la cessation de la communauté de vie, ainsi que la révocation par écrit du consentement par l'homme ou la femme auprès du médecin chargé de mettre en œuvre l'assistance médicale à la procréation. »

⁵⁵⁴ V. « Couple » in *Vocabulaire juridique*.

⁵⁵⁵ HAUSER (J.), « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in *Mél. F. Dekeuwer-Défossez*, 2012, Montchrestien, Lextenso, p. 165.

⁵⁵⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 32, n° 50.

⁵⁵⁷ BRUNETTI-PONS (C.), « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999, p. 27.

⁵⁵⁸ SAULIER (M.), « Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif », Coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, T. 79, 2017, p. 14, n° 10.

de deux personnes de sexe différent ou de même sexe qui entretiennent des relations amoureuses et sexuelles dans le cadre d'une vie commune »⁵⁵⁹.

128. La notion de couple est donc aujourd'hui une notion plurielle⁵⁶⁰. En effet, le droit civil consacre trois modes de vie de couple : le mariage⁵⁶¹, le Pacte civil de solidarité (Pacs)⁵⁶² et le concubinage⁵⁶³. Si un rapprochement entre les différents régimes de modes de vie de couple⁵⁶⁴ a été opéré depuis l'instauration du Pacs et la définition du concubinage au sein du Code civil⁵⁶⁵, et ce, même après l'ouverture du mariage aux couples des personnes de même sexe par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, des différences existent entre ces trois modes de vie de couple, tant au niveau de leur formation qu'au niveau de leurs effets⁵⁶⁶. La consécration et la reconnaissance de ces modes de vie de couple permettent de constater l'émergence d'un véritable droit commun des couples⁵⁶⁷.

129. La nature familiale de tous les liens de couple ? La loi du 15 novembre 1999 a fait perdre au mariage son exclusivité et instauré un pluralisme juridique⁵⁶⁸ en matière de liens de couple représenté par le Pacs et le concubinage⁵⁶⁹. La question est alors de savoir si tous les liens de couple constituent des liens familiaux⁵⁷⁰.

130. La nature familiale du lien matrimonial. Traditionnellement, la famille est fondée sur le mariage⁵⁷¹, lequel constitue le seul mode de vie de couple ayant une vocation

⁵⁵⁹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 17, n° 54

⁵⁶⁰ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « A propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA*, 1999, n° 84, p. 29 ; LEMOULAND (J.-J.), « Le couple en droit civil », art. préc. ; POUSSON-PETIT (J.), « Couples conjugaux et pluralismes culturels et juridiques en Europe » in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 385

⁵⁶¹ C. civ., art. 63 à 76 et 143 à 227.

⁵⁶² C. civ., art. 515-1 à 515-7

⁵⁶³ C. civ., art. 515-8.

⁵⁶⁴ LEBORGNE (A.), « Réflexions sur la diversité des modes de conjugalité », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? » in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, p. 125 ;

⁵⁶⁵ LEBORGNE (A.), « Réflexions sur la diversité des modes de conjugalité », art. préc., p. 677.

⁵⁶⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 233, n° 446 ; *ibid.* p. 259, n° 509 ; LEBORGNE (A.), « Réflexions sur la diversité des modes de conjugalité », art. préc., p. 676.

⁵⁶⁷ V. LABBÉ (X.), « Le droit commun du couple », Presses universitaires Septentrion, 2012, Belgique ; LEMOULAND (J.-J.), « L'émergence d'un droit commun des couples » in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, *op. cit.* p. 33 ; SAULIER (M.) « Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif », *op. cit.* ; SEBAG (A.), « Faut-il créer un statut fondamental (régime primaire) pour toutes les formes de conjugalité ? », *Dr. fam.* 2017, étude 21.

⁵⁶⁸ LEMOULAND (J.-J.), « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, p. 133.

⁵⁶⁹ LEBORGNE (A.), « Réflexions sur la diversité des modes de conjugalité », art. préc., p. 675.

⁵⁷⁰ Concernant le Pacs, v. DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.* 2001, p. 529.

⁵⁷¹ LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 12.

familiale⁵⁷². Il donne lieu à l'alliance, qui constitue un lien qui unit les époux⁵⁷³ et chacun d'eux aux parents de l'autre⁵⁷⁴. Le mariage suppose alors l'union de deux familles⁵⁷⁵. De même, le mariage est le seul mode de vie de couple ayant une dimension filiale à travers la présomption de paternité⁵⁷⁶. Cette dimension se reflète aussi par l'accès réservé aux couples mariés à l'adoption conjointe⁵⁷⁷ et à l'adoption de l'enfant du conjoint⁵⁷⁸. La nature familiale du mariage se révèle aussi par les effets entre époux qu'il entraîne pendant la vie matrimoniale, tant par les effets personnels ; dont les devoirs de respect, de fidélité, de secours, d'assistance⁵⁷⁹, de communauté de vie⁵⁸⁰ qui englobe le devoir conjugal⁵⁸¹, la direction morale et matérielle de la famille⁵⁸², le choix de la résidence familiale⁵⁸³, l'autorisation judiciaire⁵⁸⁴, la représentation judiciaire⁵⁸⁵, le droit de chacun des époux de porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux⁵⁸⁶ ; que par les effets pécuniaires, régis d'une part, par le régime primaire impératif⁵⁸⁷ ; constitué par la contribution aux charges du mariage⁵⁸⁸, la solidarité ménagère et la protection du logement familial⁵⁸⁹ ; et d'autre part, par le régime matrimonial déterminé par les époux. La nature familiale du mariage se révèle également par les effets du mariage après le décès de l'un des époux, à travers la qualité de conjoint survivant, qui constitue une prolongation des effets de l'alliance créée par le mariage. Le conjoint survivant a alors le droit de conserver le nom du conjoint à titre d'usage⁵⁹⁰, le droit de jouir de plein droit du logement familial et du mobilier pendant un an⁵⁹¹. Si le logement conjugal résulte d'un bail à loyer, le conjoint survivant cotitulaire du bail dispose d'un droit exclusif sur celui-ci, sauf s'il y renonce expressément⁵⁹². Ces droits sont des effets directs du mariage et non des droits successoraux⁵⁹³.

⁵⁷² BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 630, n° 1459.

⁵⁷³ LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 12.

⁵⁷⁴ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 21, n° 24.

⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 67, n° 72.

⁵⁷⁶ C. civ., art. 312 : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. »

⁵⁷⁷ Pour l'adoption plénière, C. civ., art. 343. Pour l'adoption simple, C. civ., art. 361.V. aussi, C. civ., art. 346.

⁵⁷⁸ Pour l'adoption plénière, C. civ., art. 345-1. Pour l'adoption simple, C. civ., art. 360, al. 3.

⁵⁷⁹ C. civ., art. 212.

⁵⁸⁰ C. civ., art. 215, al. 1^{er}.

⁵⁸¹ BRUGIÈRE (J.-M.), « Le devoir conjugal. Philosophie du code et morale du juge », *D.* 2000, p. 10.

⁵⁸² C. civ., art. 213.

⁵⁸³ C. civ., art. 215, al. 2.

⁵⁸⁴ C. civ., art. 217.

⁵⁸⁵ C. civ., art. 219.

⁵⁸⁶ C. civ., art. 225-1.

⁵⁸⁷ C. civ., art. 220, al. 1.

⁵⁸⁸ C. civ., art. 214.

⁵⁸⁹ C. civ., art. 215, al. 3.

⁵⁹⁰ LAMARCHE (M.) LEMOULAND (J.-J.), « Mariage : effets », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 99.

⁵⁹¹ C. civ., art. 763, al. 1^{er}.

⁵⁹² C. civ., art. 1751, al. 3.

⁵⁹³ C. civ., art. 763, al. 3.

De même, le conjoint survivant non divorcé a la qualité de successible⁵⁹⁴. Il est appelé à la succession, soit seul, soit en concours avec les parents du défunt⁵⁹⁵.

131. L'absence originelle de nature familiale dans les liens entre partenaires et entre concubins. Le Pacs et le concubinage n'auraient pas une vocation familiale⁵⁹⁶. Aucun d'eux ne donne lieu à un lien d'alliance⁵⁹⁷. Le Pacs et le concubinage n'unissent que les partenaires et les concubins entre eux. De même, ces modes de vie de couple hors mariage n'ont aucune dimension filiale, et, notamment, la présomption de paternité ne leur est pas applicable. À cet égard, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999, avait considéré que « limitée à l'objet ainsi voulu et défini par le législateur, la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est sans incidence sur les autres titres du livre I^{er} du code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble de dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déferée ; qu'en particulier, la conclusion d'un pacte civil de solidarité ne donne lieu à l'établissement d'aucun acte d'état civil, l'état civil des personnes qui le concluent ne subissant aucune modification ; que la loi n'a pas davantage d'effet sur la mise en œuvre des dispositions législatives relatives à l'assistance médicale à la procréation, lesquelles demeurent en vigueur et ne sont applicables qu'aux couples formés d'un homme et d'une femme ; qu'enfin, en instaurant un contrat nouveau ayant pour finalité l'organisation de la vie commune des contractants, le législateur n'était pas tenu de modifier la législation régissant ces différentes matières »⁵⁹⁸. Ainsi, les enfants issus d'un couple de partenaires pacsés ou des concubins peuvent être rattachés au père par le biais d'une reconnaissance volontaire. De même, les partenaires pacsés et les concubins n'ont accès ni à l'adoption conjointe⁵⁹⁹ ni à l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé ou du concubin⁶⁰⁰. Concernant les effets personnels et pécuniaires,

⁵⁹⁴ C. civ., art. 732.

⁵⁹⁵ C. civ., art. 756.

⁵⁹⁶ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille. », *op. cit.*, p. 630, n° 1459 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », art. préc. ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 37 ; ROCHFELD (J.), « Réforme du PACS », *RTD civ.* 2006, p. 624.

⁵⁹⁷ LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 19.

⁵⁹⁸ Cons. const., Déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, cons. 29 ; *Dr. fam.* 1999, Hors-série, p. 46, obs. G. Drago ; *D.* 2000. Somm. 424, obs. Garneri ; *D.* 1999, chron. p. 483, note J.-J. Lemouland ; *JCP* 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; *ibid.* 26 juill. 2000, obs. Mathieu et Verpeaux ; *JCP N* 2000, 270, comm. N. Molfessis ; *JCP G* 1999, n° 43, act. p. 1909, note J. Rubellin-Devichi ; *LPA* 1999, p. 6, comm. J.-E. Shoettl

⁵⁹⁹ C. civ., art. 346, al. 1^{er} : « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux »

⁶⁰⁰ Pour l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé, Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007, n° 06-21.369, FS-P+B, B. c/ Proc. gén. : *JurisData* n° 2007-041977 ; *AJ fam.* 2008, p. 75, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 438, obs. P. Deumier ; *Procédures* 2008, comm. 46, obs. M. Douchy-Oudot ; *JCP* 2008. II. 10046, note Y. Favier ; *RJPF* 2008-3/28, obs. Th. Garé ; *D.* 2008, p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2008. 287, obs. J. Hauser ; *D.* 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Defrénois* 2008. 1119, obs. J. Massip ; *D.* 2008. 1028, note L. Mauger-Vielpeau ; *Dr.*

si le Code civil ne fait que poser une définition du concubinage et ne prévoit aucun régime pour le concubinage, les effets du Pacs se rapprochent relativement de ceux du mariage : le devoir de vie commune, l'obligation d'assistance réciproque, la solidarité des dettes contractées pour les besoins de la vie courante, ainsi que l'aide matérielle⁶⁰¹. Une protection du logement commun est également prévue par le Code civil. Cependant, le partenaire pacsé survivant n'a pas la qualité de successible, bien qu'il puisse bénéficier de l'attribution préférentielle du logement⁶⁰². De même, un droit de rester dans le logement gratuitement pendant un an lorsqu'il s'agit d'un logement appartenant aux deux partenaires ou dépendant totalement de la succession⁶⁰³. Si le défunt l'a prévu expressément par testament, le partenaire pacsé survivant peut bénéficier de l'attribution de droit de la propriété du local d'habitation et du mobilier le garnissant⁶⁰⁴. En revanche, ni les partenaires pacsés ni les concubins ne bénéficient d'une pension de réversion, laquelle est réservée aux couples mariés.

Ainsi, les effets produits par le Pacs et le concubinage peuvent nous conduire à considérer qu'ils ne constituent pas des liens familiaux. Ils ne deviendraient des liens familiaux que si un enfant était né au sein de ces couples et s'il était rattaché aux partenaires pacsés ou aux concubins⁶⁰⁵. En dehors du mariage, l'enfant ferait la famille⁶⁰⁶.

132. Les évolutions subies par les liens entre partenaires pacsés et entre concubins.

Les évolutions législatives en matière de Pacs et de concubinage après la loi du 15 novembre 1999 ont modifié le statut du Pacs et du concubinage, opérant un rapprochement de ces modes de vie de couple du mariage.

fam. 2008, comm. 28, obs. P. Murat ; v. pour l'adoption de l'enfant du concubin, Civ. 1^{re} 9 mars 2011, n° 10-10.385, F-P+B+I : JurisData n° 2011-003220 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; *JCP N.* 2011, act. 320 ; *D.* act. 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc ; v. aussi Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, cons. : JO 7 oct. 2010, p. 18154 ; *AJDA* 2011, p. 705, tribune E. Sagalovitsch ; Constitutions 2011, p. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.*, p. 361, obs. A. Cappello ; *D.* 2010. Actu. p. 2293, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 2744, note F. Chénéde ; *ibid.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* Pan., p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 487, note F. Chénéde ; *ibid.* p. 489, obs. C. Mécar ; *JCP G* 2010, n° 1145, obs. A. Gouttenoire, C. Radé ; *ibid.*, n° 1163, § 15, obs. Mathieu ; *RTD civ.* 2010 p. 776, obs. Hauser ; *ibid.* 2011. 90, obs. P. Deumier ; CHÉNÉDÉ (F.), « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, p. 2744 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « L'article 365 du Code civil constitutionnel... mais inconventionnel ? », *Dr. fam.* 2010, repère 10.

⁶⁰¹ C. civ., art. 515-4.

⁶⁰² C. civ., art. 515-6, al. 1^{er}.

⁶⁰³ C. civ., art. 515-6, al. 2.

⁶⁰⁴ C. civ., art. 831-2.

⁶⁰⁵ MIRABAIL (S.), « Le couple », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, op. cit., p. 33 ; NEIRINCK (C.), « Enfance », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 354.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

La loi du 23 juin 2006, portant réforme des successions⁶⁰⁷, a amélioré et complété le statut du Pacs, qui est devenu un statut civil, bien qu'il reste un statut patrimonial qui comporte des éléments d'ordre personnel⁶⁰⁸. À cet égard, la loi de 2006 a ajouté des obligations à caractère personnel inspirées du régime du mariage, lesquelles ont été édictées à l'article 515-4 du Code civil. De même, cette loi a amélioré les mesures de publicité du Pacs, dont l'enregistrement implique une modification de l'état civil des partenaires, car il est fait mention, en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, de la déclaration de pacte civil de solidarité, avec indication de l'identité de l'autre partenaire⁶⁰⁹. Le Pacs est alors devenu un élément de l'état des personnes⁶¹⁰, mais il est différent du mariage, en ce qu'il ne fait pas l'objet d'un acte indépendant de l'état civil⁶¹¹.

Par ailleurs, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, a élargi les compétences du juge aux affaires familiales, qui est devenu compétent pour connaître de tous les contentieux relatifs aux intérêts patrimoniaux des couples mariés, des partenaires pacsés et des concubins, pendant la vie commune et à la séparation⁶¹². Si le JAF est le juge des affaires patrimoniales des concubins et des partenaires, ces affaires peuvent alors être considérées comme «des affaires familiales», au même titre que les affaires des époux⁶¹³. La réunion de ces compétences entre les mains du JAF a entraîné un rapprochement significatif du Pacs et du concubinage du mariage, qui pour le juge peut se traduire par l'utilisation d'un raisonnement par analogie⁶¹⁴.

En outre, le législateur a opéré un mouvement d'alignement partiel des statuts des couples hors mariage sur celui des couples mariés. La loi du 5 mars 2007 sur la protection des majeurs, a établi que le partenaire pacsé et le concubin ont vocation à être désignés

⁶⁰⁷ BRUSORIO (M.), « Réforme du Pacs. Ce qui a changé le 1^{er} janvier 2007 », *JCP N* 2006, 1042 ; De BENALCAZAR (S.), « Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers », *Dr. fam.* 2007, étude 2 ; FULCHIRON (H.), « Le nouveau Pacs est arrivé », *Deffrénois* 2006, n° 21, p. 1621 ; FULCHIRON (H.), « Pacs, mariage, patrimoine : quelques réflexions d'après la réforme », *Dr. et pat.* 2007, n° 163, n° 28 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La réforme du PACS dans du droit des successions ? », *Dr. fam.* 2006, repère 3 ; LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.), *D.* 2007, p. 1569 ; Mauger-Vielpeau (L.), « Le Pacs après la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2007, 1201 ; MULON (E.), « Le pacs : un nouveau mode de conjugalité », *RJPF* 2007/4. 8 ; ROCHFELD (J.), « Réforme du Pacs. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.* 2006, p. 624.

⁶⁰⁸ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 872, n° 1907.

⁶⁰⁹ C. civ., art. 515-3-1, al. 1^{er}.

⁶¹⁰ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 880, n° 1929.

⁶¹¹ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 38.

⁶¹² COJ, art. L. 213-3 ; V. *supra*. n° 64.

⁶¹³ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », *Dr. fam.* 2009, comm. 66.

⁶¹⁴ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 632, n° 1460.

prioritairement comme tuteur ou curateur de la personne protégée, à l'instar du conjoint⁶¹⁵. Le partenaire pacsé et le concubin sont également habilités à demander l'ouverture d'une mesure de protection⁶¹⁶. De plus, la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, a instauré une solidarité des dettes du ménage pour les partenaires pacsés, inspirée de la solidarité des dettes ménagères du couple marié⁶¹⁷. La loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et incidences de ces dernières sur les enfants, a étendu le dispositif de prévention et de sanction des violences à tous les couples, mariés, des partenaires pacsés et des concubins⁶¹⁸. La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement, dite loi ALUR, a étendu aux partenaires pacsés la cotitularité du bail de logement⁶¹⁹. Par ailleurs, l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 portant simplification et modernisation du droit de la famille a instauré un dispositif d'habilitation judiciaire familiale⁶²⁰ qui permet de représenter le majeur ou de passer certains actes en son nom sans qu'il y ait besoin de prononcer une mesure de protection judiciaire. Les bénéficiaires de cette habilitation sont les ascendants, descendants, frères et sœurs, ainsi que le partenaire pacsé et le concubin⁶²¹. La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a continué le rapprochement du Pacs du mariage, en prévoyant que la déclaration de Pacs se fait désormais devant l'officier de l'état civil⁶²² et non plus au greffe du tribunal d'instance.

Concernant les effets non civils, l'alignement des statuts des partenaires pacsés et des concubins sur le statut des personnes mariées est également évident. En matière de droit des étrangers, la conclusion d'un Pacs constitue l'un des éléments d'appréciation des liens personnels en France qui permet d'obtenir un titre de séjour vie privée-vie familiale⁶²³. En matière de droits sociaux, les partenaires pacsés et les concubins ont la qualité d'ayant droit de la Sécurité sociale⁶²⁴. La loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012, de financement de la sécurité sociale pour 2013, a reconnu aux partenaires pacsés et aux concubins un congé de paternité et de parentalité dès lors qu'il vit maritalement avec la mère de l'enfant⁶²⁵. En matière fiscale, la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 dite loi TEPA, a accordé aux partenaires

⁶¹⁵ C. civ., art. 449.

⁶¹⁶ C. civ., art. 430.

⁶¹⁷ C. civ., art. 515-4, al. 2.

⁶¹⁸ C. civ., art. 515-9 à 515-13.

⁶¹⁹ C. civ., art. 1751, al. 1^{er}.

⁶²⁰ C. civ., art. 494-1 à 494-12.

⁶²¹ C. civ., art. 491-1.

⁶²² C. civ., art. 515-3.

⁶²³ Ord. n° 45-2658, 2 nov. 1945, art. 12 bis., 7°.

⁶²⁴ CSS, art. L. 161-14.

⁶²⁵ C. trav., art. L. 1225-35.

pacés comme aux époux, l'exonération fiscale des droits de mutation à titre gratuit à cause de mort⁶²⁶.

133. La controverse actuelle concernant la nature familiale dans les liens entre partenaires et entre concubins. Si, à l'origine⁶²⁷, le lien entre partenaires pacés et le lien entre concubins étaient conçus comme des liens non familiaux, la nature du Pacs et du concubinage semble troublée d'une part, par la similitude des conditions de fond du mariage et du Pacs et les caractères nécessaires à la qualification du concubinage et, d'autre part, par le double mouvement de rapprochement du Pacs et du concubinage du mariage et d'alignement des statuts des couples non mariés sur celui des personnes mariées. Cette évolution semble être guidée « par un esprit de famille » et permet de considérer les partenaires et les concubins comme des membres du cercle familial. En ce sens, l'article 222-31-1 du Code pénal établit que les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis par un ascendant, par un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce, ainsi que par le conjoint ou par le concubin ou par le partenaire lié par un pacte civil de solidarité de ces derniers, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait. Cette disposition conforte l'idée que les partenaires pacés et les concubins seraient des membres du cercle familial. De surcroît, la jurisprudence a pu affirmer que le partenaire pacé est un « membre de la famille »⁶²⁸.

Ces similitudes, rapprochements et alignements attisent sans doute les controverses concernant la nature familiale des liens entre partenaires pacés et entre concubins⁶²⁹. Les ouvrages consacrés au droit de la famille traitent du Pacs et du concubinage et montrent qu'aujourd'hui ils sont pleinement intégrés au droit de la famille⁶³⁰. Toutefois, une partie de la doctrine continue à considérer, malgré l'évolution dont ils ont fait l'objet, que les liens entre partenaires pacés et entre concubins n'ont aucune dimension familiale et aucune incidence sur la famille⁶³¹. En ce sens, les Professeurs Hugues Fulchiron et Philippe Malaurie affirment que « le Pacs ne crée ni des liens de famille en général, ni des liens d'alliance en

⁶²⁶ CGI, art. 790 F.

⁶²⁷ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », art. préc.

⁶²⁸ Civ. 2°, 5 mars 2004, n° 04-60.134 (FS-P+B) ; D. 2004. IR p. 1125 ; *ibid.* 2005, p. 809, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2004, p. 489, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2004, p. 243, note FB.

⁶²⁹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », art. préc. ; LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 19.

⁶³⁰ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 277, n° 600.

⁶³¹ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 872, n° 1907 ; DOUCHY-OUUDOT (M.), « Propos impertinents sur l'amour conjugal », *in Mélanges J. Hauser, op. cit.*, p. 81 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 37 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 25, n° 19 ; *ibid.* p. 681, n° 1451 ; ROCHFELD (J.), « Réforme du PACS », D. 2006, p. 624.

particulier»⁶³². En revanche, certains affirment qu'ils intègrent la structure familiale. Ainsi, le Professeur Alain Bénabent affirme que « le lien familial peut être d'une double nature : il peut résulter soit du mariage ou du Pacs, soit de la filiation, c'est-à-dire d'un lien de sang »⁶³³. Les Professeurs Patrick Courbe et Adeline Gouttenoire considèrent que « la famille contemporaine n'est plus fondée seulement sur le mariage, elle résulte également du concubinage »⁶³⁴. De même, le Professeur Vincent Égéa estime que les structures familiales se composent « de multiples liens de famille, parenté, alliance et même affection, et produisent des effets de droit. Deux personnes unies par un lien familial ne se trouvent plus dans une situation affective et juridique ordinaire, mais deviennent les membres d'une famille qui entretiennent des relations dites "de famille" »⁶³⁵. Le pluralisme juridique caractéristique du droit de la famille et la pluralité des familles pourrait permettre d'affirmer qu'une famille peut être fondée sur le mariage, sur le Pacs et sur le concubinage⁶³⁶. L'alliance ne serait pas le seul lien de couple qui donnerait lieu à une structure familiale, celle-ci pourrait être constituée à partir de l'affection entre concubins et entre partenaires pacsés⁶³⁷.

À cette controverse doctrinale, s'ajoute la réalité des familles qui se construisent et se structurent autour non seulement du mariage, mais également du Pacs et du concubinage. Parfois, l'histoire d'un même couple traverse tous les modes de vie : d'abord la vie commune en concubinage, puis la formalisation à partir de la conclusion d'un pacte civil de solidarité et enfin, la célébration du mariage, même après la naissance des enfants. Les membres du couple peuvent aussi rester unis en tant que partenaires pacsés ou que concubins, dès lors qu'ils refusent de se marier par conviction. Avant la loi du 17 mai 2013, les couples de même sexe n'avaient pas le choix du mariage, tandis qu'aujourd'hui ces couples, à l'instar des couples de sexe différent ont le choix entre le mariage, le Pacs et le concubinage⁶³⁸. Ainsi, affirmer ou nier la nature familiale des liens entre partenaires pacsés et entre concubins relève d'un choix éminemment politique⁶³⁹, qui traduit les mœurs et la conception de la famille retenue par la société à un moment donné. Dans l'imaginaire collectif, le Pacs ne serait pas un simple contrat, mais un mode formel et statutaire de vie de couple et un mécanisme de nature

⁶³² MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 230, n° 386.

⁶³³ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 3, n° 5.

⁶³⁴ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 9, n° 29.

⁶³⁵ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 21, n° 38.

⁶³⁶ V. en ce sens, MAUGER-VIELPEAU (L.), « L'autonomie du Pacs », *Dr. fam.* 2008, étude 22, spéc. nos 27 à 31.

⁶³⁷ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 27, n° 42.

⁶³⁸ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 227-229, n°s 439 à 441 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 187, n°s 290 et s.

⁶³⁹ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Codifier le droit de la famille », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 222.

familiale⁶⁴⁰. Quant au concubinage, il est perçu également comme un mode de vie de couple qui implique la volonté durable de vie commune⁶⁴¹.

134. L'intégration nécessaire du Pacs et du concubinage dans la démonstration aux fins de vérification de l'hypothèse qu'ils constituent des liens familiaux. Nous pouvons constater qu'il existe toujours un débat autour de la question relative à la nature familiale des liens entre partenaires et concubins. Cette controverse nous conduit à retenir une hypothèse dont la finalité est d'éviter l'exclusion injustifiée d'un lien, qui, au terme de notre démonstration, pourrait être qualifié de familial parce qu'il répondrait à tous les caractères constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

135. Le mariage peut être considéré comme un lien de couple supérieur, dont la vocation familiale est révélée par les effets personnels et patrimoniaux qu'il entraîne, ainsi que par sa dimension filiale. Il s'agit du mode de vie de couple le plus abouti et le plus protecteur. C'est pourquoi il constitue le modèle des autres modes de vie de couple. De plus, le mariage est maintenu malgré les dernières évolutions en droit de la famille, lesquelles ont affaibli sa place dans le droit de la famille et son rôle fondateur de la famille, à travers l'effacement de la distinction entre filiation légitime et naturelle, l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe, le détachement de la filiation du mariage pour les couples mariés de même sexe, sa privatisation, dont une manifestation significative est l'instauration du divorce par consentement mutuel sans juge⁶⁴².

Cependant, l'évolution du Pacs et du concubinage tendant à leur matrimonialisation irait dans le sens de reconnaître leur nature familiale, laquelle peut être confortée par la naissance d'un enfant. Ces liens constitueraient des liens familiaux, mais à un degré inférieur à celui du mariage. Ainsi, le Pacs est un lien de couple ayant une double nature contractuelle et institutionnelle, qui entraîne des obligations personnelles et pécuniaires, ainsi que des conséquences directes sur l'état civil des partenaires. Cependant, il serait un lien familial inférieur au mariage, car il n'engendre pas un lien d'alliance et il ne présente pas une dimension filiale. En revanche, le Pacs serait un lien supérieur au concubinage car sa nature factuelle et le défaut de régime, qui implique l'absence d'effets personnels et pécuniaires, en font un lien précaire.

⁶⁴⁰ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 283, n° 614.

⁶⁴¹ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p.

⁶⁴² V. en ces sens, FULCHIRON (H.), « Le lien familial », *Dr. fam.* 2016, dossier 50, spéc. n^{os} 10 à 15.

Cette hypothèse de la nature familiale du lien de couple entre partenaires et concubins reste à être vérifiée dans la suite de la démonstration.

136. Nous retiendrons donc les trois modes de vie de couple en acceptant qu'il puisse exister un degré différent dans leur nature familiale. Au demeurant, les caractères issus de la règle d'ordre public nous montreront par la suite que les partenaires et les concubins sont aussi concernés par ces caractères.

137. Concernant ces liens de couple, la loi pose les conditions nécessaires pour la formation et le régime du mariage et du Pacs, alors que pour le concubinage, elle n'établit qu'une définition⁶⁴³. Les prétentions que nous analyserons concerneront la création du lien matrimonial et du lien entre partenaires pacsés, ainsi que celles relatives à la qualification du concubinage.

Il faut noter à ce stade que les prétentions dont la finalité est la création d'un lien de couple ne tendent pas à ce que le juge participe directement à sa création. En effet, le juge intervient simplement pour autoriser la célébration du mariage ou l'enregistrement du Pacs par l'officier de l'état civil ou par le notaire ou pour qualifier une union libre de concubinage.

138. Dès lors, il convient d'identifier les prétentions relatives à la création du lien matrimonial (1), puis celles propres au lien entre partenaires pacsés (2) et enfin celles relatives à la qualification du concubinage (3), qui permettent au juge d'appréhender et donc percevoir ces situations familiales *simples*.

1. Les prétentions relatives à la création du lien matrimonial

139. Les prétentions qui portent sur la création du lien matrimonial sont formulées lorsque les parties rencontrent un obstacle qui empêche la célébration du mariage. Ainsi, l'intervention du juge aura pour objet de vérifier la réunion des conditions fixées par la loi en vue d'autoriser la célébration du mariage dans le cas d'espèce. Si ces conditions sont remplies, le juge peut ordonner la célébration du mariage, ce qui donnera lieu à la création du lien matrimonial.

140. Le législateur subordonne la validité du lien matrimonial à la réunion de plusieurs conditions de forme (dont la publication des bans, la production des pièces, l'audition des

⁶⁴³ C. civ., art. 515-8 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple.

époux⁶⁴⁴, la célébration publique du mariage⁶⁴⁵ et la présence obligatoire des époux⁶⁴⁶), et de fond (dont la majorité des époux⁶⁴⁷, leur consentement⁶⁴⁸, l'absence de mariage préalable⁶⁴⁹ et l'absence de liens familiaux entre eux⁶⁵⁰). Dès lors, même si la loi ne définit pas le mariage, les différentes conditions fixées par la loi établissent un faisceau d'indices qui révèle la conception qu'en a le législateur⁶⁵¹. Le mariage est ainsi un acte juridique solennel par lequel s'unissent deux personnes de sexe différent ou de même sexe⁶⁵² en vue d'établir une communauté de vie, cette union étant exogamique et monogamique⁶⁵³, caractères que nous approfondirons par la suite, dès lors que certains sont spécifiquement la marque de tout lien familial⁶⁵⁴.

Si l'intervention du juge n'est pas requise en principe pour la célébration du mariage, elle peut s'avérer nécessaire dès lors que la volonté des prétendants se heurte à un obstacle qui ne peut être levé que par le juge. Ainsi en est-il dans trois hypothèses : en présence d'une opposition à mariage (a), en cas d'empêchement à mariage entre parents proches (b) et lorsqu'il s'agit du mariage d'un majeur protégé pour lequel une autorisation est nécessaire (c). Dans ces situations, l'intervention du juge est nécessaire pour permettre la création du lien matrimonial.

⁶⁴⁴ C. civ., art. 63.

⁶⁴⁵ C. civ., art. 75.

⁶⁴⁶ C. civ., art. 146-1.

⁶⁴⁷ C. civ., art. 144 : « Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus. »

⁶⁴⁸ C. civ., art. 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

⁶⁴⁹ C. civ., art. 147 : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier. »

⁶⁵⁰ C. civ., art. 161 : « En ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne » ; C. civ., art. 162 : « En ligne collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur et entre frères et sœurs » ; C. civ., art. 163 : « Le mariage est prohibé entre l'oncle ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou tante. »

⁶⁵¹ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 21, n° 110 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAUTERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 646, n° 1464 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 93, n° 87-88 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 66, n° 69-70.

⁶⁵² C. civ., art. 143.

⁶⁵³ Il est possible de recenser plusieurs définitions du mariage : « L'acte juridique solennel par lequel, par lequel deux personnes établissent une union organisée par la loi civile et dont la rupture ne peut être obtenue que dans des conditions déterminées » (A. Bénabent, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 21, n° 110) ; « L'acte par lequel un homme et une femme qui se sont mutuellement choisis s'engagent à vivre ensemble jusqu'à la mort (J. Carbonnier, « Droit civil. T. 2. La famille, 21^e, 2002, PUF, p. 368) » ; « L'alliance matrimoniale, par laquelle un homme et une femme constituent entre eux une communauté de toute la vie, ordonné par son caractère naturel au bien des conjoints ainsi qu'à la génération et à l'éducation des enfants, a été élevée entre baptisés par le Christ Seigneur à la dignité de sacrement. » (Code de droit canonique, canon 1055, §1) ; « le mariage est l'acte juridique d'un homme et d'une femme, qui s'engagent à une communauté de vie, jusqu'à la fin de vie des époux » (M. Lamarche, « Les degrés du mariage », PU Aix-Marseille, 1999, p. 18, n° 2) ; « La société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée (Portalès, « Discours préliminaire du Code civil »).

⁶⁵⁴ V. *infra*. n° 421 et s.

a. Les prétentions tendant à faire lever l'opposition à mariage

141. Pour préserver l'institution du mariage et éviter la célébration de mariages atteints de nullité, le législateur a prévu avec la technique de l'opposition au mariage⁶⁵⁵, une sanction préventive qui paralyse⁶⁵⁶ la célébration du mariage. Cette opposition peut être formée, selon les cas, par le conjoint⁶⁵⁷, les parents et les ascendants⁶⁵⁸, les collatéraux⁶⁵⁹, le tuteur ou le curateur⁶⁶⁰ et par le ministère public⁶⁶¹.

En toute hypothèse, les personnes qui ont reçu qualité pour former opposition doivent préciser le motif de celle-ci⁶⁶². Ainsi, si les parents peuvent faire opposition pour tout motif, il faut qu'ils le précisent. Ce motif implique alors le non-respect d'une condition de fond ou de forme du mariage, tel qu'un vice du consentement⁶⁶³ ou le défaut d'intention réelle de contracter le mariage⁶⁶⁴.

En revanche, pour le conjoint, les collatéraux, les tuteur et curateur, ainsi que pour le ministère public, la loi détermine les motifs pour lesquels ils peuvent former opposition. Ainsi, dans le cadre de bigamie, lorsque le premier mariage subsiste, le conjoint est autorisé à formuler une opposition⁶⁶⁵. De leur côté, les collatéraux et les tuteur et curateur ne peuvent former opposition au mariage de l'incapable que lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu, ainsi que lorsque l'opposition est fondée sur l'état de démence du futur époux⁶⁶⁶. Pour ce faire, les tuteur et curateur doivent obtenir l'autorisation du conseil de famille⁶⁶⁷. Quant au ministère public, il peut former opposition pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage⁶⁶⁸, ainsi que lorsqu'il est saisi par l'officier de l'état civil en cas

⁶⁵⁵ C. civ., art. 172 à 179.

⁶⁵⁶ C. civ., art. 68.

⁶⁵⁷ C. civ., art. 172.

⁶⁵⁸ C. civ., art. 173.

⁶⁵⁹ C. civ., art. 174. Le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante le cousin ou la cousine germains ne peuvent former aucune opposition que lorsque le consentement du conseil de famille n'a pas été obtenu, ainsi que lorsque l'opposition est fondé sur l'état de démence du futur époux.

⁶⁶⁰ C. civ., art. 175. Le tuteur ou le curateur ne peuvent former opposition que pour les hypothèses prévues pour les collatéraux, et seulement avec l'autorisation du conseil de famille.

⁶⁶¹ C. civ., art. 175-1 à 175-2.

⁶⁶² C. civ., art. 176.

⁶⁶³ P. ex. L'absence de discernement d'un époux (CA Limoges, 19 déc. 1996 ; *Dr. fam.* 1997. Comm. 95, obs. H. Lécuyer) ; l'erreur sur une qualité essentielle de la personne, en l'espèce le changement de sexe de l'un des époux (CA Paris, 17 févr. 1984 ; *D.* 1984, p. 350, note M.-L. Rassat).

⁶⁶⁴ CA Paris, 29 avr. 2003 ; *RTD civ.* 2003, p. 483, obs. J. Hauser ; *D.* 2003. Somm. 1938, obs. J.-J. Lemouland.

⁶⁶⁵ C. civ., art. 172.

⁶⁶⁶ C. civ., art. 174.

⁶⁶⁷ C. civ., art. 175.

⁶⁶⁸ C. civ., art. 175-1.

d'existence d'indices sérieux laissant présumer le défaut de consentement des époux qui envisagent de célébrer un mariage fictif⁶⁶⁹.

142. Le mariage pourra cependant être célébré grâce à la mainlevée de l'opposition⁶⁷⁰. Notons que l'acte d'opposition cesse de produire ses effets après une année révolue⁶⁷¹. Ainsi la mainlevée peut être volontaire lorsque l'opposant consent à se désister, soit verbalement, devant l'officier de l'état civil, au moment de la célébration du mariage, soit par un acte notarié ou un acte d'huissier dont l'époux aura à produire une copie à l'officier de l'état civil⁶⁷². Cependant, la mainlevée est toujours judiciaire lorsque l'opposition a été faite par le ministère public⁶⁷³. Dans ce cas, le futur époux du chef duquel l'opposition a été formée peut demander la mainlevée au tribunal de grande instance, qui doit statuer dans un délai de dix jours⁶⁷⁴.

Lorsque le juge accueille la demande portant sur la mainlevée de l'opposition à mariage, il perçoit une situation familiale *simple* caractérisée par l'absence de bien fondé de l'opposition et la possibilité de permettre l'éventuelle célébration du mariage. Le juge peut alors constater que le lien matrimonial peut être établi dès lors que les conditions fixées par la loi pour la célébration du mariage sont remplies par les prétendants au mariage.

b. La prétention tendant à obtenir l'autorisation de célébrer un mariage entre parents proches

143. L'empêchement à mariage entre personnes unies par des liens de sang ou d'alliance⁶⁷⁵ constitue un obstacle à la célébration du mariage. Cet empêchement concrétise la vision exogamique⁶⁷⁶ du mariage déterminée par le législateur. Cependant, cet empêchement n'est pas toujours absolu. Il peut aussi être relatif et il est alors possible de demander, pour des causes

⁶⁶⁹ C. civ., art. 175-2.

⁶⁷⁰ C. civ., art. 68.

⁶⁷¹ C. civ., art. 176, al. 3 : « Après une année révolue, l'acte d'opposition cesse de produire effet. Il peut être renouvelé, sauf dans le cas visé par le deuxième alinéa de l'article 173. »

⁶⁷² TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 129, n° 132.

⁶⁷³ C. civ., art. 176, al. 4.

⁶⁷⁴ C. civ., art. 177.

⁶⁷⁵ C. civ., art. 161 à 163.

⁶⁷⁶ V. *infra*. n° 462 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 148, n° 143 ; NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », in *La liberté fondamentale du mariage*, LEMOULAND (J.-J.), LECUQ (O.) (*Dir.*), Colloque du 6 juin 2008, UPPA, PUAM, 2009, p. 129 ; BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTD Civ.* 2000, p.759 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 117, n° 120, n° 118 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 63, n° 94.

graves⁶⁷⁷, une dispense de mariage au Président de la République : il en est ainsi pour les candidats au mariage par un lien de parenté en ligne collatérale - tel que l'oncle ou la tante et la nièce ou le neveu - et pour les prétendants unis par des liens d'alliance lorsque l'auteur de l'alliance est décédé.⁶⁷⁸ De même, le Président de la République peut lever la prohibition du mariage entre les enfants adoptifs du même individu et entre l'adopté et les enfants de l'adoptant⁶⁷⁹.

L'obstacle ici n'est pas levé par le juge mais par le chef de l'Etat. Toutefois, il en va différemment en cas de refus de dispense. En effet si la loi ne prévoit aucun recours contre la décision de refus de dispense du président de la République, certaines juridictions ont considéré que l'impossibilité de pouvoir contester cette décision allait à l'encontre du droit à un recours effectif devant une instance nationale, consacré par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil d'État, pour sa part, avait considéré que les juridictions administratives n'étaient pas compétentes pour connaître des décisions de refus de dispense à mariage du Président de la République, et qu'il appartenait aux juridictions judiciaires de se prononcer sur cette demande, car la question relève de l'état des personnes⁶⁸⁰. Effectivement, après cette décision, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 3 avril 2008⁶⁸¹, a admis que les juridictions judiciaires étaient compétentes pour connaître du refus de dispense à mariage opposé par le président de la République et apprécier l'existence d'une cause grave au sens de l'article 164 du Code civil.

144. Lorsque le juge accueille la prétention qui tend à l'annulation de la décision de refus de dispense du Président de la République, il perçoit une situation familiale *simple* caractérisée d'une part, par l'existence d'un lien de sang ou d'alliance à un degré interdit entre les

⁶⁷⁷ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, 150, n° 147 ; LAMARCHE (L), LEMOULAND (J.-J.), « Mariage (2° conditions de formation), *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 386. Si les causes purement vénales sont peu appréciées, tel que l'amélioration de position devant résulter du mariage pour l'un des époux, l'assistance assurée aux ascendants, les intérêts d'une exploitation agricole, industrielle ou commerciale et le maintien de l'indivision, l'intérêt de l'enfant né ou à naître est la cause la plus souvent retenue.

⁶⁷⁸ C. civ., art. 164.

⁶⁷⁹ C. civ., art. 366.

⁶⁸⁰ CE, 12 oct. 2005 ; *D.* 2006. Pan. p. 1418, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *D.* 2006. 1433, note N. Glandier ; *AJDA* 2005, p. 2036 ; *AJ fam.* 2005. 451, note F. Chénéde ; *RTD civ.* 2006. 91, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2005. comm. 259, obs. V. Larribau-Terneyre.

⁶⁸¹ CA Paris, 3 avr. 2008, *JurisData* n° 2008-359947 ; *AJ fam.* 2008/6, p. 256, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2008, comm. 81, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2008, 7-8, note A. Leborgne ; *D.* 2010, p. 730, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; V. sur une critique de la dispense présidentielle et sur l'opportunité du contrôle judiciaire v. Égéa, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 66, n° 99 : pour l'auteur, la formulation de l'article 164 du Code civil révèle le caractère archaïque de cette dispense. En effet, la dispense serait une manifestation du pouvoir du Prince d'écarter l'application de la règle de droit. Ainsi, le contrôle de la dispense par une juridiction judiciaire s'avère adapté aux standards d'un pays démocratique. De ce fait, il serait justifié que cette dispense puisse faire l'objet d'un recours devant une juridiction judiciaire.

prétendants et, d'autre part, par les motifs graves qui justifient la conclusion du mariage. Le juge peut alors constater que le lien matrimonial peut, dans certaines circonstances qui constituent des causes graves, être valablement établi entre personnes unies par un lien de sang ou d'alliance, et ce, malgré la constitution d'une union incestueuse.

c. La prétention tendant à obtenir une autorisation à mariage pour le majeur protégé

145. L'autorisation à mariage concernant le majeur protégé constitue le troisième obstacle à la célébration du mariage qui justifie une intervention du juge. Les autorisations⁶⁸² à mariage pour les majeurs en tutelle ou en curatelle ont pour finalité de sauvegarder leurs intérêts⁶⁸³, ainsi que l'a souligné le Conseil constitutionnel, appelé à se prononcer sur l'atteinte à la liberté du mariage que constituerait l'exigence d'une telle autorisation. Dans une décision du 29 juin 2012 rendue sur une question prioritaire de constitutionnalité, il a ainsi considéré qu'« eu égard aux obligations personnelles et patrimoniales qui en résultent, le mariage est "un acte important de la vie civile" ; qu'en subordonnant le mariage d'une personne en curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut à celle du juge, le législateur n'a pas privé la liberté du mariage de garanties légales ; que les restrictions dont il a accompagné son exercice, afin de protéger les intérêts de la personne, n'ont pas porté à cette liberté une atteinte disproportionnée ». Il a donc jugé conforme à la Constitution le fait de conditionner le mariage des majeurs sous curatelle à l'autorisation du curateur ou à défaut du juge, car sa finalité est de protéger le majeur vulnérable.⁶⁸⁴

Dès lors, le majeur protégé, soumis au régime de la curatelle ou de la tutelle, peut contracter mariage à condition d'obtenir de l'autorisation⁶⁸⁵ du curateur, pour le premier, et du conseil de famille pour le second, ou à défaut, du juge des tutelles.⁶⁸⁶

⁶⁸² V. VERHEYDE (TH.), « Le cas des majeurs protégés », in *Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide »*, *AJ fam.* 2014, p. 688.

⁶⁸³ DOUMENG (V.), L'accès du majeur juridiquement protégé à une vie de couple, in *Les Etats généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, NEIRINCK (C.) (*Dir.*), PUAM, 2008.

⁶⁸⁴ Cons. const. 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, JO 30 juin ; *D.* 2013, *Pan.* p. 1093, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 136, note M. Bruggeman ; *Dr. fam.* 2012, comm. 148, note I. Maria ; G. RAOUL-CORMEIL, *D.* 2012, p. 1899.

⁶⁸⁵ C. civ., art. 460.

⁶⁸⁶ La Cour de cassation a récemment rappelé que la demande en autorisation de mariage pour le majeur sous tutelle est un acte strictement personnel et, de ce fait, la représentation de ce dernier par son tuteur est exclue. Dès lors, la demande en autorisation de mariage du tuteur en représentation du majeur sous tutelle est considérée comme irrecevable. (Civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, n° 14-25.777 ; *D.* 2015, p. 2560 ; *AJ fam.* 2016, p. 107, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2016, p. 83, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2016-2/19, obs. S. Mauclair ; *Dr. fam.* 2016, comm. 36, note I. Maria ; J.-J. Lemouland, D. Vigneau, *D.* 2016, *Pan.* p. 1334.

146. La perception de la situation familiale caractérisée par le mariage d'un majeur protégé. Lorsque le juge accueille la prétention portant sur l'autorisation à mariage pour une personne sous tutelle ou curatelle, il perçoit une situation familiale *simple* caractérisée par la condition de majeur protégé de l'un des prétendants et par sa volonté de conclure un mariage. Le juge peut alors constater que le lien matrimonial peut être valablement créé entre une personne sous tutelle ou curatelle et un tiers lorsque cette union est conforme à ses intérêts.

2. Les prétentions ayant pour objet la création d'un lien entre partenaires

147. Lorsque les futurs partenaires rencontrent un obstacle qui empêche l'enregistrement de leur Pacte civil de solidarité, ils peuvent formuler une prétention afin que le juge lève cet obstacle. Ce dernier vérifie alors la réunion, en l'espèce, des conditions exigées par la loi en vue de l'enregistrement du Pacs. Si elles sont accomplies, le juge peut ordonner l'enregistrement, qui donnera lieu à la création du lien entre partenaires pacsés.

Le législateur définit le Pacte civil de solidarité comme « un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »⁶⁸⁷. Cette définition pose déjà une condition nécessaire pour la validité du Pacs, la majorité des futurs partenaires pacsés, qui renvoie à la capacité nécessaire pour conclure un contrat. Dès lors on retrouve le même cas de figure que pour le mariage : la nécessité d'une autorisation pour l'incapable majeur, qui peut justifier l'intervention du juge.

148. La prétention tendant à obtenir une autorisation pour la conclusion d'un Pacs. Si la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité interdisait la conclusion d'un Pacs par un majeur sous tutelle⁶⁸⁸, depuis l'adoption de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, il est possible pour la personne sous tutelle de conclure un Pacte civil de solidarité par la personne en tutelle, à condition d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles ou du conseil de famille, s'il a été constitué, après l'audition des futurs partenaires⁶⁸⁹. Ces conditions ont également pour objet de protéger les intérêts de la

⁶⁸⁷ C. civ., art. 515-1.

⁶⁸⁸ FRESNEL (F.), « L'intérêt de la qualification de l'acte dans le cadre d'une mesure de protection juridique », *RJPF* n° 4, 1er avril 2001.

⁶⁸⁹ C. civ., art. 462, al. 1^{er} ; V. VERHEYDE (TH.), « Le cas des majeurs protégés », art. préc.

personne majeure soumise à un régime de protection, tout en respectant son droit à mener une vie familiale normale à travers la conclusion d'un Pacte civil de solidarité⁶⁹⁰.

De même, la loi du 5 mars 2007 a consacré la possibilité de conclure un Pacs par la personne sous curatelle, à condition d'être accompagnée par son curateur⁶⁹¹. Cependant, en cas de refus du curateur, il est possible de saisir le juge des tutelles afin d'obtenir son autorisation⁶⁹².

149. La perception d'une situation familiale simple caractérisée par l'enregistrement du Pacs d'un majeur protégé. Ainsi, lorsque le juge accueille la prétention du majeur sous tutelle ou curatelle portant sur l'autorisation de conclure un Pacs, il perçoit une situation familiale *simple* caractérisée par la condition de majeur protégé de l'un de futurs partenaires pacsés et par sa volonté de conclure un Pacs. Le juge constate alors que le lien entre partenaires pacsés peut être créé entre au moins une personne sous curatelle ou sous tutelle, dès lors que cette union est conforme à ses intérêts.

3. Les prétentions relatives à la qualification du concubinage

150. Le concubinage⁶⁹³ n'a pas besoin de l'intervention d'une autorité habilitée pour être formé. En effet, le Code civil définit le concubinage comme « une union de fait caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »⁶⁹⁴. Cependant, la preuve de l'existence du concubinage⁶⁹⁵ peut s'avérer nécessaire afin qu'il soit qualifié par le juge ou par toute autre autorité en vue d'obtenir un avantage ou un bénéfice⁶⁹⁶, tel que la qualité d'ayant droit de la Sécurité sociale⁶⁹⁷, l'obtention d'un congé de paternité et de parentalité⁶⁹⁸, l'exercice du droit

⁶⁹⁰ RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Droit de la famille », *JCP* 2007. I. 170, spéc. n° 4 ; LEMOULAND (J.-J.) et VIGNEAU (D.), *D.* 2007. Pan. 1561 s., spéc. p. 1561

⁶⁹¹ C. civ., art. 461.

⁶⁹² Par analogie au régime du mariage pour la personne sous tutelle, C. civ., art. 460, al. 1^{er}. : « Le mariage d'une personne en curatelle n'est permis qu'avec l'autorisation du curateur, ou à défaut, celle du juge. » ; V. pour un exemple récent de la possibilité de recourir au juge en cas de refus du curateur : Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685, *JurisData* n° 2017-004100 ; *D.* 2017, p. 2038, obs. A. Gouëzel ; *D.* 2017, p. 1292, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91 S. Dumas-Lavenac : « La conclusion d'un Pacs par un majeur sous curatelle renforcée doit être autorisée dès lors que les partenaires ne présentent pas d'empêchement au sens de l'article 515-2, 1°, peu importe qu'ils entretiennent entre eux une relation de type filiale. »

⁶⁹³ BLOUGH (R.), « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* 2009, étude 19 ; comp. RUBELLIN-DEVICHI (J.), « Des éléments constitutifs du concubinage », *RTD civ.* 1990, p. 53.

⁶⁹⁴ C. civ., art. 515-8.

⁶⁹⁵ HILT (P.), « Preuves en droit de la famille : La preuve de l'existence d'un couple », *AJ fam.* 2007, p. 452.

⁶⁹⁶ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *Rép. Dr. civ.*, Dalloz, n° 47 ; FAVIER (Y.), « Droit de la famille », *Dalloz action*, P. Murat (*Dir.*), Dalloz, n° 141.09 et s.

⁶⁹⁷ CSS, art. L. 161-14.

au maintien dans les lieux et le droit de reprise du bail de location⁶⁹⁹, l'accès à la procréation médicalement assistée⁷⁰⁰, ainsi que l'obtention d'une réparation civile au profit du concubin de la victime⁷⁰¹. Mais surtout, c'est au moment de la rupture que la qualification peut s'avérer nécessaire afin d'obtenir une indemnisation lorsque la rupture est fautive⁷⁰² ou en cas d'enrichissement injustifié⁷⁰³ ou pour liquider l'indivision des concubins⁷⁰⁴, dans laquelle chaque concubin reprend ses biens propres, car «dans le cadre d'un concubinage, les biens acquis, reçus ou créés par un seul des concubins au cours de la vie commune demeurent sa propriété exclusive»⁷⁰⁵.

La qualification du concubinage est généralement réalisée *a posteriori* du vécu de la communauté de vie, c'est-à-dire au moment de la dissolution par décès ou par rupture⁷⁰⁶. Puisque le concubinage est un fait juridique, tous les modes de preuve sont admissibles. Si quelques communes continuent à délivrer des certificats de concubinage, cette pratique n'est pas obligatoire et aujourd'hui elle est tombée en désuétude⁷⁰⁷. Certaines administrations acceptent la déclaration sur l'honneur faite par les concubins afin de prouver le concubinage⁷⁰⁸. Les factures ou le bail de location pourront aussi attester de la vie commune⁷⁰⁹. La naissance d'un enfant sera sans doute la preuve la plus convaincante pour démontrer l'existence du concubinage⁷¹⁰.

Ainsi, la preuve de l'existence du concubinage sera nécessaire pour pouvoir saisir le juge aux affaires familiales, «juge de droit commun en matière de liquidation des intérêts

⁶⁹⁸ C. trav., art. L. 1225-35.

⁶⁹⁹ L. n° 89-462, 6 juill. 1989, art. 14 et 15.

⁷⁰⁰ CSP, art. L2141-2.

⁷⁰¹ V. CA Montpellier, 8 janv. 1982, *D.* 1983, p. 607, note O. Dhaverna ; Crim. 8 janv. 1985, n° 82-92.753, *Bull. crim.* n° 12 ; *JCP* 1986. II 20588, note G. Endréo ; v. plus récemment, pour le refus d'accorder à la femme revendiquant la qualité de concubine de la victime, Crim., 5 oct. 2010, n° 10-81.743, F-D : *JurisData* n° 2010-020174 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 1, note V. Larribau-Terneyre.

⁷⁰² Civ. 1^{re} 3 avr. 1998, n° 96-10581 ; *JCP N* 1998, 921 ; *Dr. fam.* 1998, comm. 81, note H. Lécuyer ; *Défrenois* 1998, p. 1385, obs. J. Massip ; Civ. 1^{re} Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 2006, n° 04-11.016 F-D : *JurisData* n° 2006-031509 ; *JCP G* 2006, I, 199, n° obs. H. Bosse-Platière ; *AJ fam.* 2006, p. 111, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2006, comm. 85, obs. V. Larribau-Terneyre ; Civ. 1^{re} 25 juin 2008, n° 07-14628 ; *D.* 2010, Pan., p. 728, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

⁷⁰³ GOUTTENOIRE (A.), « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. fam.* 1999, chron. 19 ; HAUSER (J.), « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille : premier aperçu », *AJ fam.* 2016, p. 460 ; YILDRIM (G.), « L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause », *AJ fam.* 2016, p. 472 ;

⁷⁰⁴ LABBÉE (X.), « La judiciarisation du PACS et du concubinage », *D.* 2009, p. 2053 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. fam.* 2009, étude 29.

⁷⁰⁵ CA Toulouse, 15 déc. 2015, n° 15/1063, *JurisData* n° 2015-028279 ; BEN HADJ YAHIA (S.), « Le concubin survivant, privé de droits patrimoniaux », *Dr. fam.* 2016, étude 6.

⁷⁰⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 262, n° 517.

⁷⁰⁷ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 53.

⁷⁰⁸ *Ibid.*, n° 52 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 210, n° 337.

⁷⁰⁹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 35, n° 84.

⁷¹⁰ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 262, n° 519.

patrimoniaux des couples»⁷¹¹, afin qu'il qualifie l'union de fait de concubinage⁷¹². La qualification du concubinage relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁷¹³. À cet égard, la cour d'appel de Toulouse⁷¹⁴ a confirmé un jugement qui n'a pas retenu la compétence du juge aux affaires familiales, mais celle du tribunal de grande instance afin de liquider les intérêts patrimoniaux d'une liaison sentimentale n'a pas été qualifiée de concubinage. En l'espèce, un homme et une femme avaient entretenu une relation sentimentale pendant seize ans, durant laquelle chacun a conservé son domicile. Il a été démontré que l'homme était domicilié dans son logement avant son incarcération, laquelle a duré un an. De même, il a été attesté que la femme a soutenu l'homme durant cette période s'occupant de son fils et gérant ses affaires dans le cadre d'un mandat qu'il lui a donné afin de gérer ses propres comptes et de lui adresser de l'argent. Après sa sortie de détention, trois ans avant la rupture, l'homme est retourné à son domicile. Un an après la rupture, la femme a saisi le juge aux affaires familiales afin de demander la liquidation de leurs intérêts patrimoniaux. L'homme, de son côté, a saisi le juge de la mise en état d'une exception d'incompétence au profit du TGI. Sa demande était fondée sur le fait que les parties n'avaient jamais vécu ensemble. Dès lors, il affirmait que leur relation ne pouvait pas être qualifiée de concubinage au sens de l'article 1136-1 du Code de procédure civile⁷¹⁵. Le juge de la mise en état a accueilli la demande et s'est prononcé en faveur de la compétence du TGI afin qu'il statue sur la liquidation des intérêts patrimoniaux des parties. La femme a alors interjeté appel de cette décision. La cour d'appel a confirmé le jugement en raison de l'absence d'une vie commune entre les parties, « qui n'ont jamais vécu en couple, malgré une relation intime durable ». En effet, les conseillers toulousains ont relevé que les parties n'ont jamais cohabité. Dans ses écritures, la femme avait indiqué expressément : « à sa sortie de prison, Madame X et Monsieur Y ont poursuivi leur relation et entretenu une vie commune stable et continue, au vu et au su des tiers, même s'ils avaient choisi de ne pas cohabiter ». La cour a considéré que la femme confondait vie sentimentale et vie commune.

⁷¹¹ ÉGÉA (V.), «Droit de la famille», *op. cit.*, p. 267, n° 531 ; LABBÉE (X.), « La judiciarisation du PACS et du concubinage », art. préc. ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », art. préc. ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », *Dr. fam.* 2009, comm. 66.

⁷¹² Obs. A.-M. CARO, préc. ; BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 284.

⁷¹³ Crim., 5 oct. 2010, déc. préc. ; *Dr. fam.* 2011, comm. 1, note V. Larribau-Terneyre.

⁷¹⁴ CA Toulouse, 21 févr. 2017, n° 16/04775 : JurisData n° 2017-003506 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 120, note Obs. A.-M. CARO

⁷¹⁵ C. proc. civ., art. 1136-1 : « Les demandes relatives au fonctionnement des régimes matrimoniaux et des indivisions entre personnes liées par un pacte civil de solidarité ou entre concubins ainsi que celles relatives à la liquidation et au partage des intérêts patrimoniaux des époux, des personnes liées par un pacte civil de solidarité et des concubins relevant de la compétence du juge aux affaires familiales obéissent aux règles de la procédure en matière contentieuse applicable devant le tribunal de grande instance. Les débats sont publics, sous réserve de l'article 435. La décision est rendue publiquement. »

La décision semble contestable, car la définition de concubinage édictée à l'article 515-8 du Code civil ne fait aucune référence à la cohabitation. Les conseillers de la cour d'appel de Toulouse ajoutent ainsi une condition supplémentaire à celles exigées par la loi pour qualifier une union libre de concubinage. Cet arrêt s'inscrit dans une ligne jurisprudentielle établie par la chambre criminelle de la Cour de cassation à travers un arrêt rendu le 5 octobre 2010⁷¹⁶, dans lequel la Haute juridiction affirmait que le concubinage suppose une cohabitation entre concubins, partageant la même adresse. Cependant, la diversité de situations de fait qui concerne le concubinage⁷¹⁷ ne permet pas de le réduire à la cohabitation des concubins⁷¹⁸. Si la cohabitation peut faciliter la preuve du concubinage, elle ne constitue pas une condition de fond du concubinage⁷¹⁹. En l'espèce, les juges ont néanmoins retenu une conception matérielle de la communauté de vie⁷²⁰ et considéré qu'une relation sentimentale durable et notoire, ayant duré seize ans, dont l'existence n'a pas été contestée, ne suffisait pas pour caractériser un concubinage. Le dévouement de la femme auprès de son amant durant sa période en prison n'a pas non plus été suffisant pour caractériser une communauté de vie, dont l'appréciation, en raison de la nature factuelle du concubinage, devrait être très souple⁷²¹. Le défaut d'existence du concubinage n'a finalement pas permis de retenir la compétence du juge aux affaires familiales.

151. La perception d'une situation familiale *simple* caractérisée par la qualification de concubinage. Lorsque le juge qualifie une union de fait de concubinage, il perçoit une situation familiale *simple* caractérisée par l'existence d'une communauté de vie stable et continue entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, vivant en couple.

⁷¹⁶ Crim., 5 oct. 2010, déc. préc.

⁷¹⁷ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 259, n° 510.

⁷¹⁸ Obs. A.-M. CARO, préc.

⁷¹⁹ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 194, n° 313.

⁷²⁰ Obs. A.-M. CARO, préc.

⁷²¹ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 194, n° 313.

B. Les prétentions relatives à la création d'un lien de parenté

152. La prétention des parties peut aussi porter sur la création d'un lien parental, et sera formulée dès lors que leur volonté de constituer ce lien parental rencontre un obstacle qui ne peut être levé que par le juge. Ce dernier remplit son office en vérifiant que les conditions de formation du lien demandé sont accomplies en l'espèce. Si tel est le cas, le juge perçoit alors une situation familiale *simple* constituée par un lien de parenté.

153. Le lien de parenté⁷²². La parenté désigne le rapport entre deux personnes dans un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre, qui est alors son ascendant⁷²³. Le lien de parenté résulte du lien de filiation⁷²⁴, qu'elle soit fondée sur la procréation, y compris médicalement assistée, la possession d'état ou l'adoption⁷²⁵. Ainsi, le lien de parenté reflète la dimension généalogique de la famille⁷²⁶. En effet, une personne est attachée à sa mère et à la famille de cette dernière par le lien de parenté maternelle. De même, elle est attachée à son père et à la famille de celui-ci par le lien de parenté paternelle.

La parenté est une institution juridique qui engendre des conséquences de droit, lesquelles concrétisent notamment la solidarité familiale⁷²⁷. Le lien de parenté entraîne alors plusieurs effets entre les personnes qu'il unit⁷²⁸. En effet, le lien de parenté produit des effets personnels, tels que l'attribution de la nationalité⁷²⁹, le nom⁷³⁰ et le prénom⁷³¹, ainsi que des droits et des devoirs⁷³². Le lien de parenté est le fondement de l'autorité parentale⁷³³. De même, le lien de parenté engendre des effets matériels, tels que le droit d'aliments réciproque entre parents et

⁷²² V. CICILE-DELFOSE (M.-L.), « Le lien parental », préf. F. Terré, Panthéon-Assas, éd. 2003 ; DEKEUWER-DÉFOSSÉZ (F.), « Le lien parental », *LPA*, 2004, n° 131, p. 70.

⁷²³ V. « Parenté » in Vocabulaire juridique ; BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 3, n° 6 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil », *op. cit.*, p. 645, n° 1455 ; MURAT (P.), « Couple, filiation, parenté » in *Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé, Mél. J. Rubellin-Devichi*, 2002, Litec, p. 53 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (F.) ; « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 17 ; n° 19.

⁷²⁴ LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 2 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 681, n° 1451.

⁷²⁵ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 3, n° 6 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 423, n° 522. ; MALAURIE (PH.), « Couple, procréation et parenté », art. préc.

⁷²⁶ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 423, n° 522 à 524.

⁷²⁷ MALAURIE (PH.), « Couple, procréation et parenté », art. préc.

⁷²⁸ TERRÉ (F.), FENOUILLET (F.) ; « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 24 ; n° 27.

⁷²⁹ C. civ., art., 18 et s.

⁷³⁰ C. civ., art. 311-21.

⁷³¹ C. civ., art. 57, al. 2.

⁷³² C. civ., art. 203 : « Les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » ; C. civ., art. 371 : « L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère. »

⁷³³ C. civ., art. 371-1.

enfant⁷³⁴, la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant⁷³⁵ et des droits successoraux, lesquels sont fondés sur l'existence du lien de parenté, comme le témoignent les règles relatives à la dévolution légale des successions⁷³⁶, les ordres des héritiers⁷³⁷ et la réserve héréditaire⁷³⁸.

154. La distinction entre lien parental et parentalité. Il convient à ce stade de distinguer la parenté de la parentalité⁷³⁹. Le néologisme « parentalité » semble avoir été créé par l'association des parents et futurs parents gays et lesbiennes⁷⁴⁰. Il renvoie, dans un sens général, au lien qui découle de l'autorité parentale. Par extension, il implique « les prérogatives d'autorité parentale exercées sur l'enfant par des tiers », tels que les beaux-parents, les concubins, les partenaires, les grands-parents, etc.⁷⁴¹. La parentalité⁷⁴² concerne l'aptitude d'éduquer l'enfant et les relations affectives qu'il entretient avec ses père et mère⁷⁴³ et avec des tiers⁷⁴⁴. Elle désigne donc une réalité sociologique⁷⁴⁵, et plus précisément une fonction factuelle exercée par d'autres personnes que les parents⁷⁴⁶ : « le vécu socio-affectif d'une situation d'éducation d'un enfant »⁷⁴⁷. Ainsi, la parentalité fait allusion uniquement à la prise en charge de l'enfant, afin de garantir son éducation, ses besoins vitaux et sa protection⁷⁴⁸. Si cette fonction est normalement réalisée par les parents, auxquels appartient l'autorité parentale⁷⁴⁹, l'enfant peut aussi être élevé par des tiers, par exemple, par ses grands-parents ou par son beau-parent⁷⁵⁰ – conjoint, partenaire pacsé ou concubin, de sexe différent ou de même

⁷³⁴ C. civ., art. 205 à 207.

⁷³⁵ C. civ., art. 371-2.

⁷³⁶ C. civ., art. 733.

⁷³⁷ C. civ., art. 734 à 740.

⁷³⁸ C. civ., art. 912-913.

⁷³⁹ V. sur cette question FULCHIRON (H.) (*Dir.*), « Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité », Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009 ; FENOUILLET (D.), « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA* 2010, n° 39, p. 7.

⁷⁴⁰ NEIRINCK (C.), « Homoparentalité et adoption », in *Mél. P. Catala*, *op. cit.*, p. 353.

⁷⁴¹ V. « Parentalité », in *Vocabulaire juridique*.

⁷⁴² LABROUSSE-RIOU (C.), « Filiation : généralités », *op. cit.*, n° 12.

⁷⁴³ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 274, n° 548.

⁷⁴⁴ C. civ., art. 371-4.

⁷⁴⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Réflexions critiques d'une juriste sur la « parentalité » », in *Mél. J. Hauser*, *op. cit.*, p. 41.

⁷⁴⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 541, n° 1155.

⁷⁴⁷ FROSSARD (L.), « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *LPA* 2013, p. 37, n° 2, note 3.

⁷⁴⁸ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 541, n° 1155 ; FULCHIRON (H.), « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.* 2006, p. 876 ; FULCHIRON (H.), « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », *D.* 2006, p. 392 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 759, n° 1631.

⁷⁴⁹ C. civ., art. 371-1, al. 2.

⁷⁵⁰ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Réflexions critiques d'une juriste sur la 'parentalité' » in *Mél. J. Hauser*, *op. cit.*, p. 42.

sexe de l'un des parents de l'enfant⁷⁵¹. Si l'enfant est uni par un lien familial à ses grands-parents, il n'existe aucun lien familial entre lui et son beau-parent. À cet égard, la parentalité ne concerne que les relations familiales et n'a aucune incidence sur la structure familiale⁷⁵².

155. L'absence de statut de « beau-parent ». Le statut de « beau-parent »⁷⁵³ n'existe pas en droit français et les tentatives pour l'instaurer n'ont pas abouti⁷⁵⁴. Cependant, plusieurs solutions permettent la reconnaissance de la relation entre le beau-parent et l'enfant. Ainsi, le conjoint du parent de l'enfant peut demander l'adoption simple de l'enfant⁷⁵⁵. Cette solution implique la modification de la structure familiale à travers l'établissement d'un lien de filiation adoptive. La technique s'avère efficace, car elle permet le partage de l'autorité parentale, mais elle est aussi limitée, car n'est ouverte que pour les conjoints⁷⁵⁶. Une autre solution, laquelle n'implique pas la modification de la structure familiale, est celle de la délégation partielle de

⁷⁵¹ Rapp. « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », commission présidée par I. Théry, rapporteure A.-M. Leroyer, ministère de la justice, 2014, p. 285.

⁷⁵² ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 275, n° 548.

⁷⁵³ CICILE-DELFOSE (M.-L.), « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mél. G. Champenois, op. cit.*, p. 189 ; DEPADT-SEBAG (V.), « La reconnaissance juridique du statut des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *D.* 2011, p. 2494 ; FULCHIRON (H.), « Autorité parentale et famille recomposée », *Mél. D. Huet-Weiller, PUS-LGDJ*, 1994, p. 141 ; MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.), « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. fam.* 2010, étude 7 ; TETARD (S.), « Quelle place juridique pour le beau-parent ? », *Dr. fam.* 2013, dossier 28 ; v. pour la difficulté de la question LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Où l'on parle des droits du « beau-parent » », *Dr. fam.* 2008, repère 8.

⁷⁵⁴ La question relative au statut du beau-parent a donné lieu à plusieurs commissions et rapports qui se sont prononcés, de manière différente et à degrés différents pour la création d'un statut (G. Champenois (*Dir.*), « Rapport du comité de réflexion sur les familles recomposées », mission de recherche GIP Droit et justice, 1998 ; I. Théry, « Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, éd. Odile Jacob, 1998 ; F. Dekeuwer-Défossez (*Dir.*), « Réinventer le droit de la famille », *Doc. fr.* 1999) . En 2006, la Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant de l'Assemblée nationale, présidée par Patrick Bloch et Valérie Pécresse (« L'enfant d'abord. 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille », rapp. AN n° 2832, *Doc. fr.* 2006) et le rapport de la Défenseure des enfants du 20 novembre 2006 (D. Versini (*Dir.*) « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités, rapp. du Défenseur des enfants, *Doc. fr.* 2006), se sont également prononcés pour l'instauration d'un statut pour le beau-parent. En 2008, reprenant ces propositions, le gouvernement de l'époque a alors rendu public un avant-projet de loi sur « l'autorité parentale et les droits des tiers ». L'objet affiché était de faciliter les droits des tiers dans la vie des enfants au sein des familles recomposées. Cependant, l'avant-projet a été mal reçu, notamment en raison du risque de consacrer la parentalité des familles de même sexe. Ce risque était fondé sur l'utilisation du terme neutre de « parent » à la place de père et mère. Par ailleurs, l'inutilité du texte, l'absence de sa nécessité sociale et juridique, la remise en cause qu'il entraînait du principe de coparentalité du droit de la famille contemporain ont été mise en relevés par les commentateurs (F. Dekeuwer-Défossez, « Du « statut du beau-parent » aux « droits des tiers » : réflexions critiques sur un texte controversé », *RLDC* 2009, p. 57 ; D. Fenouillet (*Dir.*), dossier « Faut-il réformer les rôles des tiers en droit de la famille », *LPA* 2010, n° 39, p. 7 et s. ; Ph. Malaurie, « Autorité et droits des tiers : un avant-projet patchwork », *JCP G* 2009, act. 167 ; A. Mirkovic, « Un statut pour le beau-parent », *D.* 2008, p. 1709 ; A. Mirkovic, « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Dr. fam.* 2009, comm. 28 ; P. Murat « L'autorité parentale et les droits des tiers : un pas en avant, un pas en arrière ! », *Dr. fam.* 2009, repère 4). Plus tard, le un rapport dirigé par Jean Leonetti (« Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers », rapp. au Premier ministre, 7 oct. 2009) a manifesté plusieurs inquiétudes à l'égard des solutions retenues par l'avant-projet de 2008.

⁷⁵⁵ DEPADT-SEBAG (V.), « La reconnaissance juridique du statut des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », art. préc.

⁷⁵⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 641, n° 1397.

l'autorité parentale⁷⁵⁷, qui permet aux beaux-parents d'obtenir certains droits sur l'enfant⁷⁵⁸. Cette technique permet la sécurisation des relations entre le beau-parent et l'enfant et constitue un outil pour les familles recomposées. La délégation-partage de l'autorité parentale a permis aux couples de même sexe d'accéder à la coparentalité avant la promulgation de la loi de 2013, dite « mariage pour tous »⁷⁵⁹. Cependant, sa mise en œuvre n'est pas automatique, car elle doit être justifiée par l'intérêt de l'enfant. Ainsi, la Cour de cassation a validé l'arrêt d'une cour d'appel qui a refusé la délégation-partage de l'autorité parentale aux motifs qu'aucune circonstance particulière n'était démontrée et qu'il n'était pas établi que la délégation permettrait à l'enfant d'avoir de meilleures conditions de vie⁷⁶⁰. Par ailleurs, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples des personnes de même sexe, a modifié l'article 371-4, alinéa 2 du Code civil, afin de reconnaître le parent social : « 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 »⁷⁶¹.

La question relative à l'amélioration de la place des beaux-parents reste toujours d'actualité⁷⁶². Ainsi, le rapport « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle »⁷⁶³, dirigé par Irène Théry et Anne-Marie Leroyer, propose plusieurs mesures au profit du beau-parent, sans l'enfermer dans un statut de sous-

⁷⁵⁷ DEPADT-SEBAG (V.), « La reconnaissance juridique du statut des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », art. préc.

⁷⁵⁸ C. civ., art. 377, al. 1^{er} : « 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. »

⁷⁵⁹ V. pour la délégation-partage de l'autorité parentale au profit de la partenaire pacsée de la mère, Civ. 1^{re}, 24 févr. 2006, n° 04-17.090, *Bull. civ.* 2006, I, n° 101 ; *D.* 2006, p. 876, obs. H. Fulchiron, ; *ibid.* p. 987, obs. D. Vigneau ; *RTD civ.* 2006, . 297, obs. J. Hauser ; *RLDC*, févr. 2007, chron. F. Monéger ; *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. Murat ; *RJPF* 2006, 4/32, note E. Mulon.

⁷⁶⁰ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 07-11.273, *Bull. civ.* 2010, I, n° 158 ; *AJ fam.* 2010, p. 394, obs. F. Chénéde ; *RDSS* 2010, p. 547, obs. C. Neirinck ; *JCP G* 2010, n° 41, art. 994, note A. Gouttenoire ; *Defrénois* 2010, 2028, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; v. aussi MÉCARY (C.), « Délégation partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.* 2011, p. 604.

⁷⁶¹ BERDEAUX-GACOGNE (F.), « La discrète reconnaissance du « parent social » par la loi du 17 mai 2013 », *AJ fam.* 2013, p. 346 ; v. aussi en cas de séparation du couple, BERDEAUX (F.), « Les options procédurales du parent social : embûches et subtilités liées à l'application des articles 371-4 et 377-1 du code civil », *AJ fam.* 2017, p. 182.

⁷⁶² FULCHIRON (H.), « Un statut de la parentalité ? », *JCP G* 2007, hors série, 100024 ; NEIRINCK (C.), « Les droits des tiers, monstre du Loch Ness ou cheval de Troie ? », *Dr. fam.* 2014, repère 3.

⁷⁶³ Rapp. « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », commission présidée par I. Théry, rapporteure A.-M. Leroyer, ministère de la justice, 2014 ; ÉGÉA (V.), « Filiation, origines, parentalité : le Rapport Théry invite à la réflexion », *Dr fam.* 2014, alerte 21 ; THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », *Dr. fam.* 2014, étude 2.

parent⁷⁶⁴. Afin de reconnaître la place familiale du beau-parent⁷⁶⁵ et de faciliter la conclusion d'actes usuels par le beau-parent, le rapport Théry-Leroyer préconise la création d'un mandat d'éducation quotidienne⁷⁶⁶ et d'un certificat de reconstitution familiale⁷⁶⁷, ainsi que la distinction de la délégation-transfert⁷⁶⁸ de l'autorité parentale de la délégation-partage de l'autorité parentale. Il a également été proposé de rendre cette dernière moins ambiguë⁷⁶⁹. Le rapport a inspiré une proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant déposée à l'Assemblée nationale le 1^{er} avril 2014⁷⁷⁰, qui reprend la solution du mandat d'éducation quotidienne et de l'amélioration de la délégation-partage de l'autorité parentale. Cette proposition n'a cependant pas abouti.

⁷⁶⁴ Rapp. Théry-Leroyer, *op. cit.*, p. 21 ; *ibid.* p. 285 : « 2. Il convient de ne pas créer de « statut » des beaux-parents au sens de corps de règles plus ou moins impératives qui s'imposeraient à eux. Le rejet d'un statut impératif est lié à la nécessaire considération de la diversité des situations, de la diversité des attentes et du respect de la place que chacun souhaite jouer dans la situation de vie familiale. Les propositions doivent être souples, réversibles, non impératives et fondées sur la recherche du consensus, le juge restant in fine le gardien de l'intérêt de l'enfant. »

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 275 et s.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 288-289 : « Ce mandat ne requiert pas de recueillir l'accord de l'autre parent, car celui-ci est présumé entre les co-titulaires de l'autorité parentale.

En revanche, en cas de conflit, le parent peut saisir le juge.

Le mandat pourra être passé par acte sous seing privé ou par acte authentique devant notaire. »

⁷⁶⁷ *Ibid.*, p. 294 ; Le certificat de reconstitution familiale serait délivré en mairie du lieu du domicile de la famille recomposée, sur présentation des mandats d'éducation consentis au sein de la famille recomposée et d'une preuve de résidence. Il pourrait attester de la cohabitation du parent et du beau-parent et de l'existence d'un mandat d'éducation quotidienne. Il pourrait faire état des différents mandats d'éducation de manière à faciliter la vie des familles.

⁷⁶⁸ *Ibid.*, p. 298 : Il est proposé de récrire l'article 377 du code civil pour la délégation-transfert :

« Lorsqu'ils exercent en commun l'autorité parentale, les deux parents ensemble ou séparément, peuvent saisir le juge, en présence de circonstances exceptionnelles, en vue de voir transféré tout ou partie de leur autorité parentale à un tiers, beau-parent, membre de la famille, proche digne de confiance, établissement agréé pour le recueil des enfants au service départemental de l'aide sociale à l'enfance. » « En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, la demande de transfert est formée par ce parent. » « Les deux parents doivent être appelés à l'instance. » « En cas de conflit entre le délégataire et l'autre parent, les articles 372-2 et 373-2-11 s'appliquent. »

⁷⁶⁹ *Ibid.*, p. 296 : Il est proposé de consacrer l'article 377-1 à la délégation-partage et de poser pour cette délégation des conditions spécifiques, distinctes de la délégation-transfert. Le rapport propose cette rédaction de l'article 377-1 :

« Les deux parents ou l'un d'eux peuvent, pour les besoins d'éducation de l'enfant, saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils partagent en tout ou partie l'exercice de l'autorité parentale avec un ou deux tiers délégataires. Le partage nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. » « En cas de désaccord ou d'absence de consentement de l'autre parent dans le cadre d'un exercice en commun de l'autorité parentale, un seul parent, en considération de circonstances exceptionnelles, peut saisir le juge aux fins de voir partager son autorité avec un tiers délégataire. Le juge ne peut passer outre le refus de l'autre parent ou son abstention, que si tel est l'intérêt de l'enfant. Le partage de l'autorité parentale résulte d'une décision judiciaire. » « En cas d'exercice unilatéral de l'autorité parentale, le parent exerçant cette autorité peut saisir le juge aux fins de voir partager son autorité parentale. L'avis de l'autre parent est alors requis et le juge décide du partage s'il l'estime conforme à l'intérêt de l'enfant. Le partage de l'autorité parentale résulte d'une décision judiciaire. » « La présomption de l'article 372-2 est applicable à l'égard des actes accomplis par le ou les délégants et le ou les délégataires. » « Le juge peut être saisi des difficultés que l'exercice partagé de l'autorité parentale pourrait générer par les parents, l'un d'eux, le ou les délégataires, ou le ministère public. Il statue conformément à l'article 373-2-11. »

⁷⁷⁰ ÉGÉA (V.), « L'autorité parentale bientôt réformée ? », *Dr. fam.* 2014, alerte 20.

156. De façon liminaire, il faut souligner que les actions relatives à l'établissement de la filiation fondée sur la procréation ou sur la possession d'état entre l'enfant et les parents prétendus ont un effet déclaratif et non pas constitutif. En effet, l'établissement d'un lien de filiation a une incidence directe sur l'état des personnes, qui implique que ce lien a existé depuis la naissance de l'enfant, peu important la date du jugement⁷⁷¹. Dès lors, le jugement rendu par le juge qui établit un lien de filiation ne crée pas un nouveau droit subjectif, mais déclare son existence depuis la naissance de l'enfant. De ce fait, les effets du jugement sont rétroactifs⁷⁷² et opèrent une remise en cause des situations antérieures⁷⁷³.

Ainsi, lorsque l'on parle de la création d'un lien de filiation, nous ne faisons pas allusion à l'effet du jugement, mais à la situation des parties avant le prononcé du jugement, pour qui, jusqu'à ce moment, le lien de filiation n'existe pas. C'est d'ailleurs l'absence de ce lien qui caractérise l'obstacle, la raison pour laquelle elles formulent leur prétention. Ainsi, uniquement aux fins d'étudier ces prétentions, le terme « création » doit être assimilé au terme « établissement ».

157. Dès lors, concernant les prétentions relatives à la création du lien de parenté, elles sont représentées par les actions aux fins d'établissement de la filiation (1), ainsi que par l'action en adoption (2).

1. Les prétentions ayant pour objet l'établissement du lien de filiation

158. Lorsque la filiation n'a pas été établie par l'effet de la loi, par une reconnaissance volontaire ou par la constatation de la possession d'état après établissement d'un acte de notoriété, elle peut être établie par jugement⁷⁷⁴. Ainsi, les actions relatives à l'établissement de la filiation sont soumises à un ensemble de règles générales qui déterminent leur cadre juridique, lequel reflète la politique de la filiation établie par le législateur⁷⁷⁵.

Les règles générales qui constituent le cadre juridique des actions aux fins d'établissement de la filiation concernent tantôt le fond tantôt la procédure. Si elles ont pour objet d'unifier le

⁷⁷¹ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 341, n° 686.

⁷⁷² Civ. 1^{re}, 3 déc. 2008, pourvoi n° 07-12.042 ; *RTD civ.* 2009, p. 105, obs. J. Hauser.

⁷⁷³ DOUCHY-OUDOT (M.), « Filiation », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 111 à 115 ; LEMOULAND (J.-J.), *op. cit.*, p. 483.

⁷⁷⁴ C. civ., art. 310-1, al. 1^{er}

⁷⁷⁵ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 521, n° 569.

contentieux relatif aux actions de filiations entre les mains du tribunal de grande instance⁷⁷⁶, elles constituent aussi des obstacles qui encadrent l'accès au juge⁷⁷⁷, car elles limitent la recevabilité de l'action.

159. Ainsi, le lien de filiation ne peut être établi qu'entre un enfant né vivant et viable et le prétendu parent⁷⁷⁸. Cette règle a été établie par la loi du 3 janvier 1972 relative à la filiation et reproduite à l'identique par l'ordonnance du 4 juillet 2005⁷⁷⁹. Cet obstacle permet d'assurer la sécurisation de l'état civil, car aucun droit ne peut être reconnu à quelqu'un qui n'a ni personnalité ni existence juridique réelle⁷⁸⁰, l'enfant mort-né étant dépourvu d'acte de naissance⁷⁸¹. Ces dispositions ont ainsi pour finalité d'éviter des actions purement vexatoires⁷⁸² et inutiles, car l'enfant non-viable ne peut ni succéder⁷⁸³ ni recevoir des libéralités⁷⁸⁴. Ainsi, cette disposition aurait pour objectif d'éviter le scandale et d'assurer la paix des familles⁷⁸⁵.

160. En outre, un enfant ne peut avoir qu'une seule filiation paternelle et maternelle reconnue⁷⁸⁶. Cette règle, réservée par la loi du 3 janvier 1972 au seul cas de la reconnaissance⁷⁸⁷, a été généralisée à toutes les actions d'établissement de la filiation par l'ordonnance du 4 juillet 2005. Elle pose un obstacle caractérisé par le principe chronologique, lequel implique qu'une nouvelle filiation ne peut être établie qu'à condition de remettre en cause le lien de filiation déjà existant. La finalité est de garantir la stabilité de la filiation de

⁷⁷⁶ C. civ., art. 318-1 ; SUTTON (G.), « L'office du juge dans le contentieux de la filiation : vingt années de jurisprudence », in *Mél. D. Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, PUF de Strasbourg LGDJ, 1994, p. 459.

⁷⁷⁷ GOUTTENOIRE (A.), « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.* 2006, étude 6.

⁷⁷⁸ C. civ., art. 318.

⁷⁷⁹ C. civ., anc. art. 311-4.

⁷⁸⁰ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 479, n° 598 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 521, n° 569 ; V. pour une critique de cette règle et de la personnalité juridique de l'enfant comme condition pour établir un lien de filiation, BAILLON-WIRTZ (N.), « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *Dr. fam.* 2007, étude 13, spéc. n° 16 et s.

⁷⁸¹ Si l'enfant est décédé avant la déclaration de naissance, l'officier de l'état civil doit dresser un acte de naissance et un acte de décès (C. civ., art. 79-1, al. 1^{er}). En revanche, si l'enfant est mort-né ou si le médecin considère que l'enfant n'était pas viable, il dresse un acte d'enfant sans vie (C. civ., art. 79-1, al. 2).

⁷⁸² MASSIP (J.), « Le nouveau droit de la filiation », *Defrénois* 2006, n° 2, p. 91, n° 32.

⁷⁸³ C. civ., art. 725, al. 1^{er} : « Pour succéder, il faut exister à l'instant de l'ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable ».

⁷⁸⁴ C. civ., art. 906 : « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation.

Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d'être conçu à l'époque du décès du testateur.

Néanmoins, la donation ou le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. »

⁷⁸⁵ BAILLON-WIRTZ (N.), « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *Dr. fam.* 2007, étude 13, spéc. n° 16 et s. ; MÉMETEAU (G.), « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD civ.* 1990, p. 611 ; MURAT (P.), « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995, p. 451 ; PHILIPPE (C.), « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, p. 29.

⁷⁸⁶ C. civ., art. 320.

⁷⁸⁷ C. civ., anc. art. 338.

l'enfant et de le mettre à l'abri d'un conflit de filiations⁷⁸⁸. Ainsi, le principe chronologique assure la sécurité juridique de la filiation de l'enfant, qui n'aura qu'une seule filiation reconnue⁷⁸⁹.

Cependant, la loi de ratification du 16 janvier 2009 a introduit une exception au principe chronologique, posée par l'article 336-1 du Code civil⁷⁹⁰. En effet, dans le cas où l'enfant d'une femme mariée fait l'objet d'une reconnaissance prénatale par un autre homme que son mari, l'officier de l'état civil doit dresser l'acte de naissance avec les informations qu'il reçoit lors de la naissance de l'enfant. Puis, il doit aviser sans délai le Ministère public, afin qu'il élève le conflit de paternité sur le fondement de l'article 336 du Code civil. La finalité de cette exception est de régler le conflit de filiation le plus rapidement possible, tout en donnant plus de poids à la présomption de paternité dès lors qu'elle se trouve concurrencée par une reconnaissance prénatale⁷⁹¹.

161. Les actions aux fins d'établissement de la filiation sont, en principe, enfermées dans un délai de dix ans, lequel est suspendu pendant la minorité de l'enfant. En outre, les actions sont attitrées dans la mesure où seul l'enfant peut les exercer, même mineur à travers la représentation de ses parents⁷⁹². Cependant, les règles concernant la prescription de l'action disposent d'une suspension du délai de prescription pendant la minorité de l'enfant, ce qui lui donne jusqu'à l'âge de vingt-huit ans pour pouvoir l'exercer afin de rétablir sa véritable filiation. Cette règle, issue du 4 juillet 2005, a raccourci de 30 à 10 ans⁷⁹³ le délai de prescription des actions de filiation. Ainsi, la prescription de l'action a pour fonction de stabiliser la filiation de l'enfant⁷⁹⁴. De même, la suspension de la prescription durant la minorité de l'enfant, qui aura jusqu'à l'âge de vingt-huit ans pour exercer son action, a pour objet de lui donner un temps de réflexion suffisant pour agir, notamment pour ce qui est de l'action en recherche de paternité hors mariage et l'action en rétablissement des effets de la

⁷⁸⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

⁷⁸⁹ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 684, n° 713 et s. ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), *JCl. C. civ.*, art. 318 à 324, Fasc. unique : « FILIATION. – Actions relatives à la filiation. – Dispositions générales », n° 19 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (10 généralités) », *Rép. dr. civ.*, n° 149 ; MASSIP (J.), « Le nouveau droit de la filiation », art. préc., n°33.

⁷⁹⁰ MIGNOT (A.), « Nul - même le législateur - n'est censé ignorer la loi... À propos du projet de loi de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation », *JCP G.*, 2008, act. 478.

⁷⁹¹ VIAL (G.), « Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.* 2008, étude 5.

⁷⁹² C. civ., art. 321.

⁷⁹³ C. civ., anc. art. 311-7.

⁷⁹⁴ Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation.

présomption de paternité du mari⁷⁹⁵. Ce raccourcissement des délais de la prescription s'inscrit dans un mouvement de modernisation de la prescription, qui prend en compte l'évolution de la société et l'amélioration des recours techniques et scientifiques qui accélèrent le temps d'action et de réaction⁷⁹⁶. L'effet direct de ce raccourcissement est d'éviter la perturbation de situations acquises⁷⁹⁷ dans un souci de paix successorale⁷⁹⁸.

162. De surcroît, les actions en établissement de la filiation sont des actions personnelles⁷⁹⁹ et attitrées, réservées à l'enfant⁸⁰⁰, sauf pour ce qui est de l'action en constatation de la possession d'état. Cependant, il est possible pour les parents à l'égard desquels la filiation est établie, pendant la minorité de l'enfant, d'exercer seul l'action en recherche de maternité ou de paternité⁸⁰¹. À défaut des parents ou lorsqu'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur consentement, le tuteur de l'enfant peut aussi exercer ces actions⁸⁰², après autorisation du conseil de famille⁸⁰³. La finalité de cet obstacle est de préserver la paix des familles en protégeant le caractère intime et personnel de l'établissement de la filiation⁸⁰⁴.

L'action est alors transmissible aux héritiers de l'enfant lorsqu'il est décédé avant l'expiration du délai qui lui a été imparti, ou lorsque l'action était déjà engagée, si l'enfant ne s'était pas désisté ou si l'instance n'était pas périmée⁸⁰⁵. Les héritiers exercent ces actions notamment à des fins successorales, mais également dans un but de connaître leurs origines et de voir leur filiation établie. Ainsi, l'exercice des actions en établissement de la filiation n'est que relativement transmissible, car ces actions ne peuvent pas être tentées par les créanciers⁸⁰⁶.

163. Puisqu'elles sont des actions d'état, les actions en établissement de la filiation sont indisponibles et ne peuvent faire l'objet d'une renonciation⁸⁰⁷. Il est donc interdit de

⁷⁹⁵ GRANET-LAMBRECHTS (F.), *JCl. C. civ.*, art. 318 à 324, Fasc. unique : « Filiation. Actions relatives à la filiation. Dispositions générales », n° 22.

⁷⁹⁶ L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile.

⁷⁹⁷ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 482, n° 603.

⁷⁹⁸ BATTEUR (A.), « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* 2007, n° 122, p. 6 ; HAUSER (J.), « Des filiations à la filiation », *RJPF*, n° 9, 1^{er} sept. 2005.

⁷⁹⁹ LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 119 ; LEMOULAND (J.-J.), *op. cit.*, p. 480, n° 600 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 37, n° 42 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 531, n° 580.

⁸⁰⁰ Pour l'action en recherche de maternité, C. civ., art. 325, al. 2. Pour l'action en recherche de paternité, C. civ., art. 327, al. 2. Pour l'action en rétablissement de la présomption de paternité, C. civ., art. 329.

⁸⁰¹ C. civ., art. 328, al. 1^{er}.

⁸⁰² C. civ., art. 328, al. 2.

⁸⁰³ C. civ., art. 408, al. 2.

⁸⁰⁴ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 529, n° 579.

⁸⁰⁵ C. civ., art. 322.

⁸⁰⁶ MASSIP (J.), « Le nouveau droit de la filiation », art. préc., n°32.

⁸⁰⁷ C. civ., art. 323.

renoncer⁸⁰⁸ au droit d'agir en justice en vue de voir sa filiation établie⁸⁰⁹. Tout acte de renonciation⁸¹⁰ à l'exercice d'une action en établissement de la filiation est nul, qu'il soit réalisé à travers une convention, une transaction, par le désistement de l'action ou l'acquiescement du jugement⁸¹¹. Cette interdiction a une portée extensive, car la renonciation ne peut avoir lieu ni à l'avance⁸¹² ni une fois l'action intentée⁸¹³. La finalité de cette interdiction serait de protéger l'état de la personne, dont le principal intéressé, l'enfant, ne peut pas disposer⁸¹⁴, et de garantir la vérité du lien de filiation⁸¹⁵.

164. Les prétentions tendant à établir un lien de filiation. Ainsi, afin de voir la filiation établie, il est possible d'exercer l'une des actions aux fins d'établissement de la filiation, dont l'action en recherche de maternité⁸¹⁶ et de paternité hors mariage⁸¹⁷, l'action en rétablissement de la présomption de paternité⁸¹⁸ et l'action en constatation de possession d'état⁸¹⁹.

Ces actions et la liberté des moyens pour établir un lien de filiation⁸²⁰, notamment à travers l'expertise biologique⁸²¹, sont révélatrices de la valeur⁸²² accordée à la vérité biologique de la filiation. Cependant, le législateur a maintenu l'emprise de la vérité sociologique à travers la possession d'état, qui constitue un moyen autonome d'établir la filiation de manière extrajudiciaire. Cette vérité sociologique, qui renvoie au vécu de la filiation, est considérée aussi dans le cadre judiciaire de l'établissement de la filiation, par le biais de l'action en

⁸⁰⁸ LAPOYADE DESCHAMPS (A.), « Les renonciations en droit de la famille », *D.* 1993, p. 259.

⁸⁰⁹ GRANET-LAMBRECHTS (F.), *J. Cl. C. civ.*, art. 318 à 324, Fasc. unique : « FILIATION. – Actions relatives à la filiation. – Dispositions générales », *op. cit.*, n° 27 ; MURAT (P.), « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations sur un thème controversé) in *Mél. D. Huet-Weiller, op. cit.*, p. 341.

⁸¹⁰ Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013 ; *D.* 2014, p. 1176, obs. Granet-Lambrechts (F.) ; *Dr. fam.* 2013, comm. 161, obs. Neirinck C.

⁸¹¹ LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 123 ; MASSIP (J.), « Le nouveau droit de la filiation », art. préc., n° 32.

⁸¹² Req., 26 févr. 1900, *DP* 1900, 1, 249, note Guénée.

⁸¹³ CA Nancy, 15 janv. 1865, *DP* 1866, 2, 142.

⁸¹⁴ CORNU (G.), cité in MURAT (P.), « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations sur un thème controversé), art. préc.

⁸¹⁵ LAPOYADE DESCHAMPS (A.), art. préc.

⁸¹⁶ C. civ., art. 325.

⁸¹⁷ C. civ., art. 327.

⁸¹⁸ C. civ., art. 329.

⁸¹⁹ C. civ., art. 330.

⁸²⁰ C. civ., art. 310-3, al. 2

⁸²¹ Civ. 1^{re} 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103 ; R. p. 328 ; *D.* 2000, p. 791, note Th. Garé, *D.* 2001, Somm., p. 976, obs. F. Granet ; *JCP* 2000, II, p. 10409, concl. Petit, note Monsallier-Saint-Mieux ; *Defrénois* 2000, p. p. 769, note P. Murat ; *RJPF* 2000-5138, note J. Hauser ; *LPA* 5 sept. 2000, note Nevejans-Bataille ; *ibid.* 27 nov. 2000, note Daubron ; *RTD civ.*, 2000, p. 304, obs. Hauser.

⁸²² BATTEUR (A.), « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », art. préc. ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), HAUSER (J.), « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17 ; MILLET (F.), « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G* 2006. doctr. 112 Droit de la famille n° 1, Janvier 2006, étude 5 ; MURAT (P.), « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Dr. fam.* 2006, étude 5, spéc. n° 16 et s. ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 351, n° 397.

constatation de possession d'état. De même, lorsque la possession d'état est conforme au titre pour établir la filiation, elle limite la possibilité de contester le lien de filiation. Dans ce cas, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable et l'action en contestation du lien de filiation se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé⁸²³.

165. La perception d'une situation familiale simple caractérisée par l'établissement de la filiation. Lorsque le juge accueille la prétention portant sur l'établissement de filiation, il perçoit une situation familiale *simple* caractérisée par l'absence, en l'état, de filiation paternelle ou maternelle pour l'enfant et la volonté de voir le lien de filiation établi. Le juge peut alors constater que le lien de filiation peut être établi, avec des effets rétroactifs, entre un enfant dépourvu du lien de filiation maternelle ou paternelle et le parent prétendu lorsque les conditions fixées par la loi sont remplies en l'espèce.

2. Les prétentions relatives à l'adoption

166. Le Code civil régit la filiation adoptive et consacre deux formes d'adoption, d'une part l'adoption plénière⁸²⁴ et, d'autre part, l'adoption simple⁸²⁵. Ainsi, le législateur détermine le cadre juridique pour la création d'un lien de filiation par une décision juridictionnelle gracieuse entre l'adoptant ou les adoptants, dès lors qu'ils sont mariés, et un enfant avec lequel ils n'ont aucun lien de parenté. Si la loi établit des conditions communes aux deux formes d'adoption⁸²⁶, elle prévoit aussi des conditions spécifiques à chaque type d'adoption.

Il faut souligner que la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, dite « mariage pour tous », a inséré l'article 6-1 au sein du Code civil, lequel dispose que la filiation adoptive emporte les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, que les parents soient de sexe différent ou de même sexe.

⁸²³ C. civ., art.333 : « Lorsque la possession d'état est conforme au titre, seuls peuvent agir l'enfant, l'un de ses pères et mère ou celui qui se prétend le parent véritable. L'action se prescrit par cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien est contesté. » « Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement. » ; V. MIRABAIL (S.), « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* 2014, étude 2.

⁸²⁴ C. civ., art. 343 à 350.

⁸²⁵ C. civ. art. 360 à 362.

⁸²⁶ L'article 361 du Code civil, relatif à l'adoption simple, renvoie aux articles 343 à 344, au dernier alinéa de l'article 345, aux articles 346 à 350, 353, 353-1, 353-2, 355 et au dernier alinéa de l'article 357 du Code civil, relatifs à l'adoption plénière.

167. Pour ce qui est des conditions communes à l'adoption simple et à l'adoption plénière, elles concernent l'âge de l'adoptant et de l'adopté⁸²⁷, la situation familiale⁸²⁸ des adoptants et le consentement⁸²⁹ à l'adoption. De plus, le Code civil prévoit dans son article 346 que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. »⁸³⁰

S'agissant des conditions propres à chaque type d'adoption, on rappellera que l'adoption plénière n'est permise qu'en faveur des enfants âgés de moins de quinze ans⁸³¹. Cependant, elle pourra être demandée, pendant la minorité de l'enfant et dans les deux ans suivant sa majorité, s'il a été accueilli avant d'avoir atteint l'âge de quinze par des personnes qui ne remplissaient pas à cette époque les conditions légales pour l'adopter. De même, l'enfant peut être adopté par la forme plénière s'il a fait l'objet d'une adoption simple avant d'avoir atteint l'âge⁸³² de quinze ans. En revanche, aucune limite n'est établie à l'égard de l'adoption simple.

Il existe aussi des différences s'agissant de l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est possible que lorsque l'enfant n'a de filiation légalement établie qu'à l'égard de ce conjoint, lorsque l'autre parent s'est vu retirer totalement l'autorité parentale, ainsi que lorsque l'autre parent est décédé et n'a pas laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant⁸³³. En revanche, pour l'adoption simple de l'enfant du conjoint, rien n'est prévu. Si cette adoption est possible, les restrictions applicables pour l'adoption plénière ne sont pas applicables à l'adoption simple.

168. Ces conditions ont pour objet de garantir la protection de l'enfant adopté. En effet, selon l'article 353, alinéa 1^{er}, du Code civil, « l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance dans un délai de six mois à compter de la saisine du tribunal si les conditions de la loi sont remplies et si l'adoption est conforme à l'intérêt de

⁸²⁷ L'âge pour pouvoir adopter est de plus de vingt-huit ans (C. civ., art. 343 ; 343-1, al. 1^{er}). Une différence d'âge entre l'adoptant et l'adopté de quinze ans est aussi requise pour pouvoir demander l'adoption (C. civ., art. 344). Cependant, cette condition n'est que de dix ans lorsque l'adoption concerne l'enfant du conjoint (C. civ., art. 343-2).

⁸²⁸ Il est possible pour une personne célibataire d'adopter (C. civ., art. 343-1). De même, une personne mariée avec le consentement de son conjoint (C. civ., art. 343-1, al. 2). Les époux ne doivent pas être séparés de corps et leur mariage doit avoir duré plus de deux ans (C. civ., art. 343). Cependant, une nouvelle adoption peut être prononcée soit après décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit après décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux.

⁸²⁹ Lorsque l'adoptant est âgé de plus de treize ans, il doit exprimer son consentement à l'adoption et il peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de l'adoption (C. civ., art. 343, al. 3)

⁸³⁰ Cependant, une nouvelle adoption peut être prononcée soit après décès de l'adoptant, ou des deux adoptants, soit après décès de l'un des deux adoptants, si la demande est présentée par le nouveau conjoint du survivant d'entre eux (C. civ., art. 346, al. 2).

⁸³¹ C. civ., art. 345, al. 1^{er}.

⁸³² C. civ., art. 345, al. 2.

⁸³³ C. civ., art. 345-1.

l'enfant ». Ainsi, le législateur a fait de l'intérêt de l'enfant le socle sur lequel le régime contemporain de l'adoption est construit⁸³⁴. L'intérêt de l'enfant a été renforcé par une décision du 17 mai 2013, dans laquelle le Conseil constitutionnel a conféré pour la première fois une valeur constitutionnelle au principe selon lequel l'adoption doit être conforme à l'intérêt de l'enfant, sur le fondement du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1945, qui dispose que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. »⁸³⁵

169. La prétention tendant à l'adoption. Ainsi, afin de faire entrer un enfant dans la famille d'un tiers, la prétention des parties peut consister à demander son adoption plénière ou simple. L'adoption plénière anéantit le lien de filiation existant entre l'enfant et sa famille d'origine et le remplace par un nouveau lien de filiation⁸³⁶. En revanche, l'adoption simple superpose le nouveau lien de filiation au lien de filiation existant, de sorte que l'enfant maintient son lien de filiation à l'égard de sa famille d'origine⁸³⁷.

170. La perception d'une situation simple caractérisée par l'adoption de l'enfant. Le juge qui fait droit à la prétention tendant à l'adoption d'un enfant perçoit une situation familiale *simple* caractérisée par l'absence de filiation paternelle ou maternelle de l'enfant adoptable, sauf s'il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint, et la volonté d'établir un lien de filiation adoptive entre l'enfant et l'adoptant. Le juge constate que le lien de filiation adoptive peut être créé dès lors que les conditions de l'adoption fixées par la loi sont remplies en l'espèce et que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant

⁸³⁴ CIDE, art. 3-1 : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. » ; BÉNABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », art. préc., p. 30 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 658, n° 1417 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 347, n° 396 ; *ibid.*, p. 400, n° 444 ; GOUTTENOIRE (A.), « Le contrôle par la Cour de cassation sur l'intérêt de l'enfant », in *Mél. F. Dekeuwer-Défossez, op. cit.*, p. 147.

⁸³⁵ Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, Cons. const., 17 mai 2013, n° 669 DC ; MATHIEU (B.), « Les 'questions de société' échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 : *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet.

⁸³⁶ C. civ., art. 356.

⁸³⁷ C. civ., art. 364.

§2 Les prétentions relatives à la création d'un lien familial permettant la perception des situations familiales *complexes*

171. Les prétentions portant sur la création d'un lien familial confrontées à des obstacles insurmontables peuvent permettre au juge d'appréhender et donc percevoir des situations familiales *complexes*. Ces prétentions se heurtent à des obstacles insurmontables lorsque ces derniers constituent des interdictions catégoriques posées par la loi, qui évincent en principe la possibilité pour le juge de les lever. On pourrait supposer que l'intervention judiciaire est impuissante en toute hypothèse à lever ces obstacles afin de créer ou d'établir le lien familial. Cependant, la jurisprudence apporte des exemples qui montrent que, dans certaines circonstances, la création de ces liens interdits peut ou pourrait être admise par le juge.

172. **L'obstacle surmonté grâce au contrôle de proportionnalité *in concreto*** Il faut souligner que la constitution de ces liens familiaux, en principe interdits, prolifère en raison du *contrôle de proportionnalité*⁸³⁸ exercé par le juge judiciaire. Ce contrôle implique un contrôle de la conventionalité, non seulement *in abstracto*, qui implique la mise à l'écart de la règle de droit lorsqu'elle engendre une atteinte disproportionnée aux droits et libertés fondamentaux au regard du but légitime recherché, mais encore *in concreto*, qui suppose l'appréciation de la conventionalité de l'application de la loi au cas d'espèce. Le juge vérifie si, concrètement en l'espèce, la mise en œuvre des dispositions applicables ne porte pas une atteinte disproportionnée aux droits et aux libertés fondamentaux des parties au regard du but poursuivi. La conséquence de la mise en œuvre de ces contrôles peut alors être la mise à l'écart de la législation familiale française uniquement pour la situation soumise au juge⁸³⁹.

Ainsi, les prétentions ayant pour objet la création d'un lien familial confrontées à des obstacles insurmontables posent au juge la question de savoir si les circonstances de l'espèce justifient la levée de l'obstacle qui empêche la création d'un lien interdit. La constitution du lien familial interdit peut alors être admise dès lors que les conditions fixées dans la loi engendrent une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime recherché.

⁸³⁸ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 20, n° 37 ; *ibid.*, p. 68, n° 103 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 45, n° 54 ; *ibid.*, p. 120, n° 122 ; *ibid.*, p. 404, n° 445.

⁸³⁹ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; VIGNEAU V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123 ; FULCHIRON (H.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 ; SUDRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP* 2017. 289 ; FULCHIRON (H.), « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 2496.

173. Ces prétentions permettent au juge de percevoir des situations familiales *complexes*, caractérisées par un lien familial qui ne réunit pas les conditions de formation prévues par la règle de droit. L'intervention judiciaire ne consiste pas uniquement ici à vérifier la réunion des conditions fixées par la loi en l'espèce, mais également à contrôler la proportionnalité de l'application de la norme juridique au cas concret afin d'éviter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de nature familiale des plaideurs.

174. Afin d'identifier les prétentions confrontées à des obstacles insurmontables, il convient de retenir la distinction classique⁸⁴⁰ entre liens de couple⁸⁴¹ et liens de parenté⁸⁴² et de distinguer les prétentions dont l'objet est la création des liens de couple (A) et celles dont la finalité est d'établir des liens de parenté (B).

A. Les prétentions relatives aux liens de couple

175. Il existe aujourd'hui plusieurs obstacles impliquant une interdiction catégorique de constituer certains liens de couple⁸⁴³. Néanmoins, la force de certaines interdictions, *a priori* absolue, paraît s'affaiblir, laissant la possibilité d'imaginer que le juge puisse faire droit à des prétentions tendant à lever l'obstacle, insurmontable au regard du droit positif, qui empêche la création du lien de couple.

176. La prétention tendant à la constitution d'un lien de couple interdit. Ainsi, l'interdiction du mariage entre personnes unies par un lien alliance en ligne directe fournit l'exemple de prétentions dont l'objet est de lever l'obstacle qui empêche la célébration d'un tel mariage. L'origine en est un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13

⁸⁴⁰ V. pour le lien de couple, *supra*. n^{os} 127 à 134 ; v. pour le parenté, *supra* n^{os} 153 à 155.

⁸⁴¹ Le lien de couple est celui qui est reconnu par le droit entre deux personnes qui s'engagent volontairement et durablement dans une vie commune affective, sexuelle et matérielle.

⁸⁴² Le lien de parenté est celui qui est reconnu par le droit et qui unit deux personnes sur un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre.

⁸⁴³ V. *supra*. n^o 140 ; Ainsi, l'absence de consentement des futurs époux empêche absolument la célébration du mariage (C. civ., art. 146). Il en va de même pour ce qui est de la bigamie ou la polygamie pour les personnes de nationalité française déjà mariées et pour les étrangers souhaitant se marier en France (C. civ., art. 147). La bigamie est également un empêchement à la conclusion d'un Pacte civil de solidarité (C. civ., art. 515-2, 2^o, 3^o). Par ailleurs, les empêchements tenant à la parenté interdit le mariage entre personnes unies par des liens de sang en ligne directe, qu'ils soient des ascendants et des descendants, y compris à l'égard du créancier des subsides, quel que soit le degré de parenté, ainsi qu'entre sœur et frère ou entre sœurs et entre frères, implique une interdiction catégorique de la célébration du mariage (C. civ., art. 161 à 163). Cette interdiction existe également à l'égard du Pacs (C. civ. 515-2, 1^o).

septembre 2005⁸⁴⁴, *B. et L. c/ Royaume-Uni*, qui concernait l'interdiction par le droit anglais du mariage entre personnes unies par un lien d'alliance. En l'espèce, la belle-fille et son beau-père, c'est-à-dire le père de son ex-mari, avec lequel elle a eu un enfant, se sont plaints de ne pouvoir se marier en raison de l'empêchement à mariage entre alliés posé par la loi anglaise. La célébration du mariage n'était possible qu'en cas de décès de l'auteur de l'alliance et était subordonnée à une autorisation personnelle du Parlement. La Cour a considéré qu'un tel empêchement poursuivait un but légitime de protection de l'intégrité de la famille, notamment afin d'éviter de perturber l'enfant par la modification des relations entre les adultes qui les entourent. Elle a aussi constaté l'existence d'un consensus dans les États européens pour interdire le mariage entre alliés. Cependant, les juges européens ont considéré que l'interdiction du mariage entre alliés prévue par le droit anglais constituait une atteinte excessive au droit au mariage et violait l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme⁸⁴⁵. Ils ont justifié leur décision en relevant d'une part, que les relations incestueuses entre alliés ne sont pas sanctionnées par la loi pénale et, d'autre part, que l'empêchement à mariage n'est pas une prohibition absolue et peut faire l'objet d'une dispense, dont la lourdeur et le coût ont été dénoncés. Ce faisant, la Cour européenne des droits de l'homme retient une conception libérale de l'ordre public, qui serait concerné uniquement par le droit pénal⁸⁴⁶. S'agissant des répercussions d'un tel mariage sur l'enfant, elle a considéré que l'impossibilité d'empêcher matériellement la relation entre la mère et son beau-père, c'est-à-dire le grand-père de l'enfant, rendait l'interdiction du mariage inutile.

Dès lors, la Cour de Strasbourg a condamné le Royaume-Uni pour le refus opposé à la demande de célébration du mariage entre la belle-fille et son beau-père. Cette décision s'inscrit dans un mouvement de libéralisation du mariage, dont l'une des manifestations en droit français est le rétrécissement progressif et constant des empêchements à mariage fondés sur la parenté⁸⁴⁷. En effet, avant la loi du 11 juillet 1975, le mariage entre beau-frère et belle-sœur était interdit. De même, cet arrêt illustre l'affaiblissement de l'ordre public de direction en matière de lien matrimonial et, en général, de l'ordre public familial⁸⁴⁸. Il soumet au débat l'interdiction absolue du mariage entre alliés à défaut de décès de la personne ayant créé

⁸⁴⁴ CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni* ; D. 2006. Pan. 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; JCP 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire, M. Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. Marguénaud ; *ibid.* 758, obs. Hauser ; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M.

⁸⁴⁵ CEDH, art. 12.

⁸⁴⁶ Note A. Gouttenoire, M. Lamarche, préc.

⁸⁴⁷ Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

⁸⁴⁸ Note A. Gouttenoire, M. Lamarche, préc.

l'alliance⁸⁴⁹. Si le Royaume-Uni semble avoir été condamné plutôt à cause de la procédure de dispense qu'en raison du principe de l'interdiction du mariage entre alliés⁸⁵⁰, depuis le prononcé de cet arrêt, plusieurs commentateurs ont affirmé que le droit du mariage français, qui contient la même prohibition, ne serait pas conforme à la Convention européenne des droits de l'homme si bien que la France pourrait, elle aussi, être condamnée par la Cour de Strasbourg⁸⁵¹.

177. C'est pourquoi à la suite de cette décision, deux arrêts de la première Chambre civile de la Cour de cassation, concernant des mariages déjà célébrés entre personnes unies par des liens d'alliance et rendus en application du contrôle de conventionalité et de proportionnalité *in concreto*, ont emboité le pas à la Cour de Strasbourg.

Le premier arrêt a été rendu par la première chambre civile le 4 décembre 2013⁸⁵². En l'espèce, une femme avait contracté un premier mariage, issue duquel une fille était née. Puis, le couple a divorcé et la femme s'est remariée avec le père de son ex-époux. Durant la vie matrimoniale, le second époux de la femme a consenti une libéralité à sa petite-fille. De même, il a institué sa femme légataire universelle. Plus tard, il est décédé, laissant pour lui succéder son fils et sa femme, qui était l'ex-femme de ce dernier. Le fils du défunt a alors demandé la nullité du mariage, laquelle a été prononcée en première instance et en appel. La femme a par la suite formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation a procédé à relever d'office d'un moyen et a cassé l'arrêt de la cour d'appel. Ainsi, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et donc du droit au respect à une vie privée et familiale, elle a validé le mariage entre la bru et le beau-père. La Cour a considéré qu'en prononçant la nullité du mariage, la décision de la cour d'appel revêtait, à l'égard de la veuve, « le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale, dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans ». La décision est très intéressante tant pour la solution retenue que pour le raisonnement utilisé par la Cour de cassation. Il s'agit d'un jugement en équité dont l'objet est de protéger les droits fondamentaux, en l'occurrence le droit au respect de la vie privée et familiale. À l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt est rendu sur le fondement d'un contrôle de

⁸⁴⁹ Obs. J.-P. Marguénaud, préc.

⁸⁵⁰ Obs. J.-P. Marguénaud, préc.

⁸⁵¹ V. notamment note A. Gouttenoire, M. Lamarche, préc. ; Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

⁸⁵² Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; *Dr. fam.* 2014 comm. 1, note R. Binet ; *D.* 2014, 179, note F. Chénéde ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser ; *D.* 2014, p. 153, H. Fulchiron ; *RJPF* 2014-2/9, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Rev. dr. civ.*, 2014/122, n° 5308, obs. F. Dekeuwer-Déffosez ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 30, obs. J. Casey.

proportionnalité *in concreto*. Si la décision affaiblit davantage l'empêchement à mariage fondé sur la parenté, édicté à l'article 161 du Code civil, elle permet de le maintenir dans l'ordonnement juridique puisqu'il n'a pas été jugé en lui-même inconstitutionnel. Ce n'est que son application en l'espèce qui est considérée comme créant une atteinte disproportionnée au droit garanti par l'article 8 de la Convention EDH, et ce, au regard du but légitime recherché. Le communiqué de presse a, en ce sens, souligné d'une part, que « les circonstances de fait ont joué un rôle déterminant dans cette affaire » et, d'autre part, que « la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question. »⁸⁵³

Le second arrêt, rendu le 8 décembre 2016⁸⁵⁴, cette fois non seulement sur le fondement du droit au respect de la vie privée et familiale de l'article 8, mais aussi sur celui de l'article 12 de la Convention et du droit au mariage, n'a pas validé le mariage célébré entre un homme et la fille de son ex-femme. Ainsi, la Cour a considéré que le droit au mariage des époux n'a pas été atteint, dès lors que leur mariage a été célébré sans opposition et qu'ils ont vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux. Quant à droit au respect de la vie privée et familiale, elle a admis que l'annulation du mariage entre alliés en ligne directe constitue une ingérence, laquelle 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 ». Cependant, la Cour a affirmé qu'il correspond au juge du fond d'apprécier « si 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 ». Elle a alors relevé l'âge de l'épouse au moment du mariage de sa mère avec son beau-père – 9 ans –, puis lors de leur divorce – 25 ans – et enfin au moment où son beau-père l'a épousée – 27 ans. La Cour a alors déduit « que l'intéressée a vécu, alors qu'elle était mineure, durant neuf années, avec celui qu'elle a ultérieurement épousé et qui représentait nécessairement pour elle, alors qu'elle était enfant, une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique ». Enfin, elle a souligné que le mariage n'avait duré que huit années lorsque l'annulation du mariage a été demandée et qu'aucun enfant n'était issu de cette union prohibée. Si la décision utilise le même raisonnement que celui employé dans l'arrêt de 2013, la solution est différente, car l'application de la règle au cas d'espèce n'entraînait pas une atteinte disproportionnée au droit

⁸⁵³ « Communiqué : mariage d'un beau-père et de sa belle-fille (04.12.13) », https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/beau_pere_27992.html.

⁸⁵⁴ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 P. ; D. 2016, p. 2568, obs. I. Gallmeister ; *Ibid.*, 2017, p. 2568, obs. M. Douchy-Oudot ; *Ibid.*, p. 656, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 71, J. Houssier ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2017, comm. 24, note R. Binet.

au respect de la vie privée et familiale de la femme. Les circonstances de l'espèce ont ainsi déterminé le sens de la décision : la courte durée du mariage et l'absence d'enfants issus du couple ont permis à la Cour de se prononcer en faveur de l'annulation du mariage. La décision démontre que l'interdiction du mariage entre personnes unies par un lien d'alliance est toujours en vigueur et conventionnelle. Nous reviendrons postérieurement sur la portée et la valeur de ces décisions.

178. Il est donc possible d'envisager une prétention dont l'objet est de contester, notamment sur le fondement du droit au mariage, l'interdiction du mariage entre alliés en ligne directe lorsque le lien d'alliance n'est pas dissous par le décès. Cette possibilité pourrait d'ailleurs être également transposable au Pacs, puisque la conclusion d'un Pacs entre alliés en ligne directe est également interdite.

179. Lorsque le juge accueille la prétention tendant à valider le mariage entre personnes unies par un lien d'alliance, en vertu du contrôle de proportionnalité *in concreto*, il appréhende et perçoit une situation familiale *complexe*, dans laquelle les circonstances particulières de l'espèce (comme par exemple la durée suffisamment importante de l'union et son caractère paisible), justifient le maintien du lien matrimonial interdit, afin d'éviter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des plaideurs et, plus particulièrement au droit au respect de la vie privée et familiale, garanti par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Le juge constate alors l'existence d'un lien matrimonial qui correspond à une situation d'inceste.

B. Les prétentions relatives aux liens de parenté

180. Il existe également des interdictions catégoriques d'établir un lien de parenté. Nous avons déjà traité les différents obstacles établis par la loi en matière d'actions aux fins d'établissement de la filiation, qui répondent à la politique poursuivie par le législateur concernant la filiation⁸⁵⁵. À ces obstacles s'ajoutent d'autres interdictions, comme celle de l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un enfant incestueux, dont les parents sont unis par des liens de sang en ligne directe (ascendants et descendants et, en ligne collatérale, frères et sœurs), qu'il s'agisse de parenté légitime ou naturelle⁸⁵⁶. Il est aussi interdit d'établir un lien

⁸⁵⁵ V. *supra*. n^{os} 158 et s.

⁸⁵⁶ C. civ., art. 310-2.

de filiation entre l'enfant né dans le cadre d'une procréation médicalement assistée avec tiers donneur et l'auteur du don⁸⁵⁷. De même, en matière d'adoption, l'adoption conjointe par deux personnes est interdite, sauf s'il s'agit d'époux⁸⁵⁸.

Cependant, l'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto* par le juge judiciaire en droit de la famille, inauguré par l'arrêt de la première chambre civile du 4 décembre 2013, relatif à l'empêchement au mariage fondé sur l'inceste⁸⁵⁹, s'est étendu au droit de la filiation par un arrêt rendu par la même chambre du 10 juin 2015⁸⁶⁰. L'emploi de ce contrôle en matière filiation permet alors d'envisager un affaiblissement de ces interdictions et d'identifier des prétentions visant à franchir ces obstacles, *a priori* insurmontables, avec quelques chances de succès.

181. Nous analyserons alors les prétentions confrontées à des obstacles insurmontables portant sur l'établissement judiciaire de la filiation (1), puis celles portant sur l'adoption (2).

⁸⁵⁷ C. civ., art. 311-19.

⁸⁵⁸ C. civ., art. 346.

⁸⁵⁹ V. *supra*. n° 176.

⁸⁶⁰ Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; D. 2015. 2365, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2015-59/21, obs. T. Garé ; D. 2016. 857, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD Civ.* 2015 p.596, obs. J. Hauser ; *RTD Civ.* 2015, p. 825, obs. J.-P. Marguénaud ; En l'espèce, une femme saisit le ministère public afin qu'il conteste le lien de filiation entre son fils et son ex-mari, dont la possession d'état avait duré plus de vingt ans (C. civ., art. 333, al. 2. : Nul, à l'exception du ministère public, ne peut contester la filiation lorsque la possession d'état conforme au titre a duré au moins cinq ans depuis la naissance ou la reconnaissance, si elle a été faite ultérieurement. ») La femme s'est remariée avec un autre homme, qui a attesté, avant son décès, être le père biologique de l'enfant et donne son consentement pour pratiquer une expertise biologique. Ainsi, la femme joint à sa demande son consentement et celui de son ex-mari et du fils en vue d'une expertise biologique.

Le ministère public assigne alors la mère, le père, le fils et les filles du mari prédécédé de la mère afin qu'une expertise biologique comparative d'ADN puisse être pratiquée.

Cependant, la cour d'appel d'Aix-en-Provence rejette la demande du procureur, en considérant que le ministère public n'a pas rapporté la preuve du ni du caractère invraisemblable de la filiation ni d'éléments caractérisant une fraude, et de ce fait il ne peut agir sur le fondement de l'article 333 du Code civil. De même, la Cour soulève que la contestation de la filiation concerne des intérêts privés familiaux et ne porte pas atteinte à l'ordre public, de sorte que le ministère public ne peut davantage agir sur le fondement des articles 422 et 423 du code de procédure civile.

La Cour de cassation casse et annule alors l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence. En effet, la Haute juridiction affirme que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions des parties, qui faisaient valoir qu'un juste équilibre devait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention, entre le droit du fils de voir sa filiation biologique établie et les intérêts des filles du mari prédécédé de la femme qui opposaient un refus à ce qu'il hérite de ce dernier.

1. Les prétentions confrontées à des obstacles insurmontables portant sur l'établissement judiciaire de la filiation

182. Les conditions régissant les actions en établissement du lien de filiation, la prescription de ces actions et de celles en contestation de la filiation ainsi que le caractère incestueux de la filiation apportent quelques exemples des prétentions tendant à lever l'obstacle *a priori* insurmontable qui empêche l'établissement du lien de filiation.

183. La prétention tendant à établir ou à contester une filiation malgré la prescription de l'action. Rappelons que la prescription des actions d'établissement de filiation est fixée à dix ans lorsqu'elle n'est pas enfermée dans un autre délai, et ce à compter de la naissance de l'enfant ou de la cessation de la possession d'état⁸⁶¹. Cependant, ce délai est suspendu durant la minorité de l'enfant en faveur de celui-ci⁸⁶². S'agissant du délai de l'action en contestation de la filiation, lorsque la possession d'état est conforme au titre, le délai est de cinq ans à compter du jour où la possession d'état a cessé ou du décès du parent dont le lien de filiation est contesté⁸⁶³. À défaut de possession d'état conforme au titre, l'action en contestation peut être engagée dans un délai de dix ans.⁸⁶⁴ De ce fait, la prescription entraîne la déchéance du droit d'agir. Dès lors, les prétentions tendant à lever ces obstacles s'avèrent vouées à l'échec.

184. Cependant, dans deux arrêts rendus par la première chambre civile le 6 juillet et le 9 novembre 2016, opérant un contrôle de conventionnalité *in concreto*, la Cour de cassation a admis la possibilité d'écarter la règle relative à la prescription des actions en établissement et en contestation de la filiation, et donc d'exercer ces actions malgré leur prescription, lorsque l'application de la règle au cas concret porterait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale garanti par la Convention européenne des droits de l'homme au regard du but poursuivi.

Dans le premier arrêt, la Cour de cassation a reconnu que l'application du délai de prescription ou de forclusion limite le droit d'une personne à faire reconnaître son lien de filiation paternelle et constitue une ingérence dans l'exercice du droit au respect de sa vie privée et familiale. Cependant, elle a affirmé que cette fin de non-recevoir est prévue expressément 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 et la sécurité juridique de la filiation du demandeur.

⁸⁶¹ V. *supra*. n° 161.

⁸⁶² C. civ., art. 321.

⁸⁶³ C. civ., art. 333.

⁸⁶⁴ C. civ., art. 334.

Ensuite, la Cour a pris en compte les circonstances de fait de l'espèce. D'abord, au jour où la cour d'appel a rendu son jugement, la personne dont la filiation était concernée était déjà décédée. Puis, elle a relevé que ses héritiers n'ont pas subi personnellement une atteinte à leur vie privée du fait de l'impossibilité d'établir le lien de filiation entre leur père décédé et leur grand-père prétendu. Elle déduit que la finalité de l'exercice de l'action était uniquement successorale. De ce fait, elle a considéré que l'application de l'article 333 du Code civil en l'espèce n'a pas provoqué une atteinte excessive au regard du but légitime poursuivi. C'est pourquoi elle a décidé de ne pas écarter en l'espèce le délai quinquennal de l'exercice de l'action en contestation de filiation⁸⁶⁵.

Quant au second arrêt, la Cour a considéré que si le délai de prescription ou de forclusion d'une action en établissement de la filiation implique une intromission au droit au respect d'une vie privée et familiale, ce délai est prévu par la loi et poursuit un but légitime, qui est de protéger les droits fondamentaux des tiers et de garantir la sécurité juridique des intéressés.

La Cour a alors pris en compte le fait que le demandeur a pu bénéficier du droit transitoire de l'ordonnance du 4 juillet 2005, 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. Ces dispositions garantissent l'équilibre entre le droit à connaître et à établir son ascendance et les droits des tiers et la sécurité juridique.

Cependant, la Cour a affirmé qu'il appartient au juge de vérifier si l'application de la loi à la situation qui lui est soumise ne porte pas atteinte au droit au respect à une vie privée et familiale. De ce fait, elle a constaté que le demandeur n'a exercé l'action que très longtemps après sa majorité et que cette dernière est prescrite. De plus, elle a relevé que l'action tentée avait pour finalité de remettre en cause une situation stable depuis cinquante ans. Elle portait alors atteinte à la stabilité des relations familiales du père prétendu, âgé de 84 ans, marié et père d'une fille. Enfin, la Cour a déclaré que la prescription opposée au demandeur ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale⁸⁶⁶.

Ainsi, en exerçant un contrôle de conventionnalité *in concreto*, la Cour de cassation a pu prendre en compte les circonstances de fait de l'espèce avant d'approuver la décision

⁸⁶⁵ Civ. 1^{re}, 6 juillet 2016, n° 15-19.853 (n° 806 FS-P+B+I) ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, obs. Y. Bernand ; *D.* 2017, p. 470, note M. Douchy-Oudot ; *D.* 2016, p. 1980, obs. H. Fulchiron ; *JCP G.* 2016, doctr. 992, obs. A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2016. 831, obs. J. Hauser.

⁸⁶⁶ Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068 (n° 1234 FS-P+B+I), *JurisData* n° 2016-022982 ; *D.* 2016. 2062, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2016. 543, obs. J. Houssier ; *JCP G.* 2017, n° 46, note V. Larribau-Terneyre.

d'irrecevabilité de la cour d'appel. Toutefois, au-delà de la solution d'espèce, par ces arrêts, la Cour admet la possibilité de remettre en cause le délai de prescription des actions en établissement ou en contestation de la filiation, lorsqu'il porte atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale.

185. Il est ainsi possible d'envisager la recevabilité d'une action prescrite en alléguant que la prescription opposée au demandeur porte une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale.

186. La perception d'une situation complexe caractérisée par le lien de filiation établi par l'exercice d'une action prescrite. Lorsque le juge accueille la prétention tendant à établir un lien de filiation à travers une action prescrite, le juge perçoit une situation familiale *complexe*, caractérisée par les circonstances particulières de l'espèce, telles que l'âge de l'enfant, le défaut de remise en cause d'une situation ancrée et stable du parent prétendu et de ses descendants par l'exercice de l'action, qui justifient la création du lien de filiation interdit, afin d'éviter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux du demandeur. Le juge constate alors la possibilité d'établir un lien de filiation malgré la prescription de l'action.

187. La prétention tendant à mettre à l'écart l'interdiction d'une filiation incestueuse. Par ailleurs, l'exercice du contrôle de conventionnalité *in concreto* et la considération de l'intérêt de l'enfant par la cour d'appel de Caen dans un arrêt du 8 juin 2017⁸⁶⁷ ont également donné lieu au maintien de la filiation incestueuse d'un enfant, dont les parents étaient issus de la même mère. Pendant leur enfance, ces derniers avaient fait l'objet d'une mesure de placement et n'ont pas été élevés ensemble. Sans voir connaissance de leur origine commune, ils se sont rencontrés plus tard et ont entretenu une liaison, à l'issue de laquelle un enfant est né. Le père a alors effectué une reconnaissance anténatale et le nom de la mère a été désigné au moment de la naissance. Plus tard, à l'occasion d'une démarche administrative, les parents de l'enfant ont appris qu'ils étaient frère et sœur. Le ministère public a alors demandé la nullité du second lien de filiation, le lien de filiation maternelle. À cet égard, le premier juge a ordonné la nullité du lien de filiation maternelle, qui avait été établi en second lieu. Les parents ont par la suite interjeté appel du jugement.

⁸⁶⁷ CA Caen, 3e ch. civ., 7 juin 2017, n° 16/01314 : JurisData n° 2017-012460 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 224, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 546, note J. Houssier ; *D.* 2017. 2107, point de vue A. Bateau ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RJPF* 2017-11/24, obs. T. Garé.

La Cour a donc censuré la solution du premier juge aux motifs qu'« au regard de l'intérêt particulier de cette enfant, et des conséquences dommageables qu'aurait pour elle, dans la construction de son identité, l'annulation d'un lien de filiation sur lequel s'est construite jusqu'à présent sa place dans l'histoire familiale, il y a lieu de réformer le jugement en toutes ses dispositions, étant observé que, les liens de filiations produisant leurs effets simultanément, l'autorité parentale est en conséquence exercée en commun. »

188. Ainsi, bien que les circonstances de cette espèce soient assez particulières, il est possible de constater que même l'interdiction de l'inceste⁸⁶⁸ tant en matière de filiation qu'en matière de mariage, peut être écartée au nom de l'intérêt de l'enfant par l'exercice du contrôle de proportionnalité. De la sorte, il est possible de songer à une prétention fondée sur l'intérêt de l'enfant et sur le droit au respect à une vie privée et familiale pour évincer l'interdiction d'établir un lien de filiation⁸⁶⁹.

189. La perception d'une situation familiale complexe caractérisée par le maintien d'un lien de filiation incestueuse. Lorsque le juge accueille la prétention portant sur le maintien du lien de filiation incestueuse, le juge perçoit une situation familiale *complexe*, caractérisée par les circonstances particulières de l'espèce, telles que la prise en charge de l'enfant exclusivement par la mère, l'absence de remise en cause du lien de filiation maternelle par le père et l'absence de liens affectifs et effectifs entre ce dernier de l'enfant. Le juge constate alors que le lien de filiation interdit, car incestueux, peut être maintenu afin de garantir l'intérêt de l'enfant et d'éviter une atteinte disproportionnée à ses droits fondamentaux.

2. Les prétentions confrontées à des obstacles insurmontables portant sur l'adoption

190. La prétention tendant à l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé. La loi prévoit plusieurs obstacles qui constituent des interdictions absolues de création d'un lien de filiation par adoption⁸⁷⁰. Ainsi, l'interdiction d'être adopté par plusieurs personnes, autres que par des époux, fourni des exemples de prétentions tendant à faire lever l'obstacle, *a priori* insurmontable, qui empêche la création du lien familial. En effet, l'adoption de l'enfant du

⁸⁶⁸ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », art. préc.

⁸⁶⁹ PERRIN (S.), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* 2010, étude 16.

⁸⁷⁰ V. *supra.* n^{os} 167 et s.

conjoint est réservée aux personnes mariées⁸⁷¹ et n'est pas ouverte aux personnes unies par un Pacte civil de solidarité ou vivant en concubinage⁸⁷².

191. Cependant, cette interdiction a été écartée par plusieurs juridictions de fond, dont le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand par un jugement 24 mai 2006⁸⁷³, le Tribunal de grande instance de Paris par un jugement du 27 juin 2001⁸⁷⁴, ainsi que par la cour d'appel de Pau dans un arrêt du 23 février 2015⁸⁷⁵.

L'argument avancé pour autoriser l'adoption était essentiellement sa conformité avec l'intérêt supérieur de l'enfant et, pour le cas palois, l'absence de fraude à la loi concernant le recours à une procréation médicalement assistée avec tiers donneur par une femme célibataire pratiquée en Espagne. Cependant, la portée de ces décisions s'avère relativement faible. En effet, le jugement rendu par le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand a été infirmé par la cour d'appel de Riom dans un arrêt du 27 juin 2006⁸⁷⁶, qui a considéré « que l'article 365 du Code civil prévoit que l'adoptant et le parent naturel soient investis concurremment des droits d'autorité parentale, à la condition qu'ils soient conjoints ; qu'en l'état de la législation française, des conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage et qu'aucune extension n'a encore été prévue par le législateur aux personnes pacsées ».

Cet arrêt a été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt de la première chambre civile du 19 décembre 2007⁸⁷⁷. Elle a considéré que le prononcé de l'adoption de l'enfant au profit de la partenaire pacsée de sa mère entraînerait pour cette dernière la perte de l'autorité parentale. En effet, l'article 365 du Code civil réserve le partage de l'autorité parentale pour les cas de l'adoption de l'enfant du conjoint. À cet égard, la cour a rappelé « qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage ». Enfin, la

⁸⁷¹ C. civ., art. 345-1 ; C. civ., art. 360, al. 3.

⁸⁷² V. en ce sens, , Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *JCP N* 2018, act. 310.

⁸⁷³ TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, n° 05-3055., *AJ fam.* 2006, comm. 245, obs. F. Chénéde.

⁸⁷⁴ TGI Paris, 27 juin 2001 : *Juris-Data* n° 2001-156758 ; *Dr. fam.* 2001, comm. 116, obs. P. Murat ; *JCP G* 2002, I, 101, n° 9, obs. J. Rubellin-Devichi ; *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. J. Hauser ; *RD sanit. soc.* 2002, p. 121, note F. Monéger.

⁸⁷⁵ CA Pau, 23 février 2015, *Cah. Jur. AMP* 2015-1, Pa. 2291, p. 70, obs. BRUS (F.)

⁸⁷⁶ CA Riom, 27 juin 2006, n° 06/00793 : *JurisData* n° 2006-315630 ; *RJPF* sept. 2006, p. 22, note C. Mécarly ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 6, note C. Mécarly ; *Dr. fam.* 2006, comm. 204, P. Murat.

⁸⁷⁷ Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007, n° 06-21.369, FS-P+B, B. c/ Proc. gén. : *JurisData* n° 2007-041977 ; *AJ fam.* 2008, p. 75, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 438, obs. P. Deumier ; *Procédures* 2008, comm. 46, obs. M. Douchy-Oudot ; *JCP* 2008. II. 10046, note Y. Favier ; *RJPF* 2008-3/28, obs. Th. Garé ; *D.* 2008, p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2008. 287, obs. J. Hauser ; *D.* 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Deffrénois* 2008. 1119, obs. J. Massip ; *D.* 2008. 1028, note L. Mauger-Vielpeau ; *Dr. fam.* 2008, comm. 28, obs. P. Murat.

Haute juridiction a considéré que la réserve de l'adoption de l'enfant du conjoint aux couples mariés ne contredit aucune des dispositions de la Convention EDH.

Par ailleurs, concernant l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé consentie par le Tribunal de grande instance de Paris, il a fallu que l'adoptant demande par la suite la délégation-partage de l'autorité parentale en faveur de la mère biologique de l'enfant. En effet, cette dernière avait perdu l'autorité parentale sur l'enfant par le prononcé de l'adoption. Dès lors, le juge aux affaires familiales du Tribunal de grande instance de Paris a fait droit à la demande, considéré comme conforme à l'intérêt de l'enfant⁸⁷⁸.

192. Même s'il s'agit d'exemples isolés, la jurisprudence nous montre qu'il est possible de songer à une prétention portant sur l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé et au même titre du concubin, dès lors qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant.

193. La perception d'une situation familiale complexe caractérisée par l'adoption de l'enfant du partenaire. Lorsque le juge accueille la prétention portant sur l'adoption de l'enfant du partenaire, il perçoit une situation familiale *complexe*, caractérisée par le statut de partenaires pacsés de l'adoptant et du parent de l'enfant et de la volonté du premier d'adopter, avec le consentement du second, l'enfant de ce dernier. Ainsi, le juge constate que le lien de filiation adoptive peut exister entre l'enfant et le partenaire de son parent, dès lors que l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant.

Section 2 Les prétentions relatives à la reconnaissance d'un lien familial comportant un élément d'extranéité

194. La prétention des parties peut également avoir pour objet de demander au juge la reconnaissance d'un lien familial déjà établi à l'étranger. À travers cette prétention, elles posent au juge la question de savoir si les circonstances de l'affaire justifient la levée de l'obstacle qui empêche la reconnaissance, en France, du lien familial demandé.

Le juge est alors confronté à une situation familiale établie à l'étranger qu'il devra étudier afin de déterminer si elle est conforme à la conception de la famille retenue en droit français et si elle peut produire ses effets sur le territoire français. Ces prétentions permettent au juge de

⁸⁷⁸ TGI Paris, 2 juillet 2004, n° 04/33358 ; *AJ fam.* 2004, 361, obs. F. Chénéde.

percevoir des situations familiales constituées à l'étranger en vue de produire des effets en France.

Afin de repérer les prétentions relatives à la reconnaissance d'un lien familial établi à l'étranger, il convient de fixer des critères qui nous permettent de retenir les prétentions qui déclenchent la perception de la notion de famille et de son unité conceptuelle.

195. Ces prétentions impliquent l'existence juridique d'un lien familial déjà constitué à l'étranger, la volonté des parties de faire reconnaître ce lien afin qu'il produise ses effets en France, et l'obstacle qui empêche la reconnaissance et la production des effets juridiques du lien familial établi à l'étranger. Nous partirons de l'obstacle qui empêche la reconnaissance du lien familial afin d'identifier les prétentions qui déclenchent la perception des situations familiales. En effet, l'obstacle s'avère être la raison qui conduit les parties à formuler une prétention⁸⁷⁹. Nous retiendrons, comme précédemment, une distinction entre obstacle surmontable et obstacle insurmontable⁸⁸⁰.

196. Rappelons que l'obstacle est surmontable lorsque la loi prévoit les conditions nécessaires afin qu'il soit levé par le juge⁸⁸¹. Le droit subjectif des parties est seulement que conditionné à l'intervention judiciaire, laquelle implique la vérification de la réunion des conditions fixées par la loi. Le juge accomplit alors son rôle de contrôle et garantit le respect de la règle de droit⁸⁸². Ainsi, il existe des liens familiaux dont la reconnaissance est empêchée par des obstacles surmontables, qui ne peuvent être levés que par le juge et à condition de la réunion de certaines exigences. La reconnaissance de ces liens est alors conditionnée au prononcé du jugement. Ces prétentions permettent au juge de constater des situations familiales *simples*, où le lien familial est conforme aux conditions fixées par la loi pour sa reconnaissance.

La prétention peut aussi être confrontée à un obstacle insurmontable, lequel implique une interdiction catégorique qui empêche sa levée par le juge⁸⁸³. Dans ce cas, la loi ne prévoit aucune action pour que l'obstacle soit levé. Ces prétentions permettent de constater l'existence des liens familiaux interdits, pour lesquelles le rôle de vérification des conditions de la formation du lien familial du juge s'avère suffisant. Afin de reconnaître le lien familial demandé, le juge devra exercer deux sortes de contrôle. Le premier consiste à vérifier la

⁸⁷⁹ V. *supra*. n^{os} 91 et s.

⁸⁸⁰ V. *supra*. n^o 120.

⁸⁸¹ V. *supra*. n^o 121.

⁸⁸² BLÉRY (C.), *op. cit.*, p. 37, n^o 51 ; MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 66, n^o 105.

⁸⁸³ V. *supra*. n^o 122.

proportionnalité de l'application de la règle de droit au cas d'espèce, afin d'éviter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des plaideurs au regard du but poursuivi. De ce fait, le juge peut écarter la règle de droit applicable et ordonner la levée de l'obstacle qui empêche l'exercice du droit subjectif. Le second consiste à appliquer le mécanisme de l'effet atténué de l'ordre public international français afin de permettre la production des effets de la situation familiale constituée à l'étranger.

Ainsi, ces prétentions permettent au juge de constater des situations familiales complexes, où la reconnaissance du lien familial n'est pas conforme au droit positif mais où il peut être amené à faire droit à la demande et procéder à la reconnaissance de ce lien afin de garantir le respect des droits fondamentaux des parties.

197. Dès lors, il convient de distinguer les prétentions tendant à la reconnaissance de l'existence d'un lien familial confrontées à des obstacles surmontables (§1) de celles qui s'opposent à des obstacles insurmontables (§2).

§1 Les prétentions tendant à reconnaître l'existence d'un lien familial confrontées à un obstacle surmontable

198. Les prétentions portant sur la reconnaissance d'un lien familial déjà créé à l'étranger sont confrontées à un obstacle surmontable lorsque la loi prévoit la manière dont le juge peut le lever. Celles-ci constituent un élément déclencheur du processus juridictionnel qui permet la perception de l'unité conceptuelle la notion de famille. Ici, nous identifierons les prétentions qui peuvent donner lieu à ce processus. Ce faisant, nous pourrions déterminer les situations familiales perçues par le juge.

199. Lorsque le lien familial a déjà été constitué à l'étranger, son existence a parfois besoin d'être reconnue par un juge : la reconnaissance du lien familial est conditionnée à l'intervention judiciaire afin de vérifier si les conditions fixées par la loi sont réunies.

Les situations familiales peuvent être considérées comme simples lorsque le lien familial est constitué valablement à l'étranger. À cet égard, deux hypothèses sont envisageables, soit l'acte a été établi conformément au droit français, soit il a été établi selon les règles du pays étranger.

200. Cas d'un acte d'état civil établi conformément au droit français. Lorsque l'acte de l'état civil qui atteste l'existence du lien familial a été dressé par les autorités diplomatiques ou consulaires françaises, qui ont la qualité d'officier de l'état civil français à l'étranger, il est réalisé dans les mêmes formes⁸⁸⁴ qu'en France, à quelques exceptions près⁸⁸⁵. Cette hypothèse ne nécessitera pas une reconnaissance judiciaire supplémentaire.

201. Cas d'un acte d'état civil établi par les autorités étrangères. Lorsque l'acte de l'état civil a été dressé par les autorités étrangères conformément à leurs règles, le principe établi par l'article 47 du Code civil implique sa reconnaissance directe en droit français, en raison de la courtoisie internationale⁸⁸⁶. Dans cette hypothèse, aucun contrôle postérieur n'est nécessaire, si ce n'est la légalisation⁸⁸⁷ ou l'apposition des apostilles⁸⁸⁸. Toutefois, l'acte peut faire l'objet des vérifications lorsqu'il existe des éléments suffisants qui démontrent l'irrégularité de l'acte, sa fausseté ou le défaut de correspondance avec la réalité⁸⁸⁹. De même, le mécanisme de la transcription de l'acte de l'état civil sur les registres de l'état civil peut s'imposer afin que le lien familial puisse être opposé aux tiers. L'opposition formulée à l'encontre de cette transcription donne lieu à une éventuelle intervention judiciaire.

⁸⁸⁴ V. Décr. n° 2008-521 du 2 juin 2008 relatif aux attributions des autorités diplomatiques et consulaires françaises en matière d'état civil, NOR: MAEF0809287D ; V. Décr. n° 2017-890 du 6 mai 2017 relatif à l'état civil, NOR: JUSC1703743D, art. 2.

⁸⁸⁵ Concernant la déclaration de naissance devant une autorité consulaire ou diplomatique, le délai de la déclaration est porté de cinq jours à quinze jours, sauf dans certaines circonscriptions consulaires établis par le décret n° 7-254 du 30 mars 1971, qui est fixé à trente jours dans tous les pays hors d'Europe et, en Europe, en Albanie, Espagne, Finlande, Grèce, Norvège, Pologne, Portugal, Roumanie, Suède, Turquie, République tchèque, République slovaque, la Fédération Russe, Bosnie-Herzégovine, Croatie, Kosovo, Macédoine, Monténégro, Serbie et Slovénie.

⁸⁸⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 395, n° 834.

⁸⁸⁷ Il est possible néanmoins que la réception de cet acte soit conditionnée à la légalisation du document (V. décret n°2007-1205 du 10 août 2007 relatif aux attributions du ministre des affaires étrangères, des ambassadeurs et des chefs de poste consulaire en matière de légalisation d'actes, art. 2 : « La légalisation est la formalité par laquelle est attestée la véracité de la signature, la qualité en laquelle le signataire de l'acte a agi et, le cas échéant, l'identité du sceau ou timbre dont cet acte est revêtu. » « Elle donne lieu à l'apposition d'un cachet dont les caractéristiques sont définies par arrêté du ministre des affaires étrangères. » ; art. 3, §4 : « Sont considérés comme des actes publics au sens de l'article 1er : » « - les expéditions des actes de l'état civil établis par les officiers de l'état civil » ; art. 7 « Pour être légalisés, les actes publics et les actes sous seing privé doivent être rédigés en français ou, à défaut, être accompagnés d'une traduction en français effectuée par un traducteur habilité à intervenir auprès des autorités judiciaires ou administratives françaises ou d'un autre Etat membre de l'Union européenne ou d'un Etat partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Suisse, ou auprès des autorités de l'Etat de résidence. »

⁸⁸⁸ L'apposition des apostilles résulte de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 (JO 28 janv. 1965), qu'implique la suppression de la légalisation des actes d'origine étrangère et établi une procédure simplifiée d'apostille.

⁸⁸⁹ C. civ., art. 47 : Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité. »

202. Nous pouvons constater que l'intervention du juge pour faire reconnaître l'existence du lien familial établi à l'étranger n'est qu'exceptionnelle. Cependant, elle peut être nécessaire lorsque l'acte est considéré comme irrégulier ou lorsqu'il existe une opposition à la transcription de l'acte sur les registres de l'état civil français.

Dans ce cas, la prétention des parties permet au juge de percevoir des situations familiales *simples*, ayant un élément d'extranéité, dont le lien familial est conforme aux conditions qui régissent sa reconnaissance.

203. L'identification des prétentions ayant pour finalité la reconnaissance du lien familial établi à l'étranger nous amène à retenir la distinction⁸⁹⁰ entre liens de couple⁸⁹¹ et liens de parenté⁸⁹². De ce fait, il convient de distinguer les prétentions tendant à la reconnaissance d'un lien de couple (A) de celles tendant à la reconnaissance d'un lien de parenté (B).

A. Les prétentions tendant à reconnaître un lien de couple constitué à l'étranger

204. Le lien de couple a pu être constitué à l'étranger conformément aux règles de l'autorité étrangère. De ce fait, le doute survient concernant sa réception en France afin qu'il puisse produire ses effets⁸⁹³. Le Code civil apporte la solution à cette question à travers la transcription obligatoire de l'acte de mariage (1), et règle le conflit pour les partenariats enregistrés (2). Dans ces hypothèses, l'intervention du juge peut s'avérer nécessaire.

1. La prétention tendant à la reconnaissance du mariage célébré à l'étranger

205. Perception d'une situation simple caractérisée par l'autorisation de transcription de l'acte de mariage célébré à l'étranger. La prétention des parties peut porter sur la reconnaissance du mariage célébré à l'étranger par une autorité étrangère afin qu'il produise ses effets sur le territoire français. Dans ce cas, lorsqu'au moins l'un des époux est français, la

⁸⁹⁰ V. pour le lien de couple, *supra*. n^{os} 127 à 134 ; v. pour le parenté, *supra* n^{os} 153 à 155.

⁸⁹¹ Le lien de couple est celui qui est reconnu par le droit entre deux personnes qui s'engagent volontairement et durablement dans une vie commune affective, sexuelle et matérielle.

⁸⁹² Le lien de parenté est celui reconnu par le droit et qui unit deux personnes sur un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre.

⁸⁹³ V. QUIÑONES ESCAMEZ (A), « Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 357 ; ROMANO (G.-P.), « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 457.

transcription sur les registres de l'état civil français⁸⁹⁴ de l'acte de mariage est obligatoire afin que l'union puisse être opposable aux tiers⁸⁹⁵.

Cependant, cette transcription peut faire l'objet d'un sursis à la transcription. Tel est le cas lorsque le mariage a été célébré malgré l'opposition du Ministère public⁸⁹⁶. Les parties doivent alors saisir le juge et demander la mainlevée de l'opposition⁸⁹⁷. De même, elle peut faire l'objet d'un sursis à la transcription en cas de défaut de capacité à mariage⁸⁹⁸. Dans ce cas, la transcription est précédée de l'audition des époux, ensemble ou séparément, par l'autorité diplomatique ou consulaire, sauf si elle dispose des éléments qui permettent de confirmer l'absence de causes de nullité du mariage et à condition de rendre une décision motivée⁸⁹⁹. Il en va de même lorsqu'il existe des indices sérieux laissant présumer une cause de nullité du mariage célébré à l'étranger. Dans cette hypothèse, l'autorité consulaire ou diplomatique informe le Ministère public, qui dispose d'un délai de six mois pour se prononcer. À l'échéance de ce délai ou en cas d'opposition réalisée par le procureur de la République, les parties peuvent saisir le TGI pour qu'il statue sur la transcription du mariage⁹⁰⁰. Enfin, si le procureur demande la nullité du mariage dans le délai de six mois, il ordonne que la transcription soit limitée à la seule fin de saisine du juge. Jusqu'à la décision de ce dernier, l'expédition de l'acte ne peut être délivrée qu'aux autorités judiciaires ou avec l'autorisation du procureur de la République⁹⁰¹.

206. Lorsque le juge accueille la prétention portant sur la transcription de l'acte de mariage célébré à l'étranger par une autorité étrangère, il perçoit une situation simple, caractérisée par la célébration valable du mariage à l'étranger, dans lequel au moins l'un des époux est français. Le juge constate alors que le lien matrimonial peut être valablement créé à l'étranger et

⁸⁹⁴ Décr. n° 2017-890 du 6 mai 2017 relatif à l'état civil, art. 16 : « Les actes de mariage reçus en France par les autorités diplomatiques ou consulaires étrangères et concernant des étrangers dont l'un au moins est devenu français après le mariage sont transcrits d'office ou à la demande des intéressés, sur les registres de l'état civil du lieu où le mariage a été célébré. Mention de la transcription est portée en marge de l'acte de naissance de chaque époux s'il est conservé sur un registre de l'état civil français. Le cas échéant, l'acte est préalablement transcrit dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article 24. »

⁸⁹⁵ C. civ., art. 171-5.

⁸⁹⁶ V. *supra*. n° 141.

⁸⁹⁷ C. civ., art. 171-6.

⁸⁹⁸ Ainsi, deux français ou un français et un étranger peuvent se marier sous les formes locales. Or, la validité de ce mariage est assujettie à la délivrance préalable d'un certificat de capacité à mariage, établi après les publications préalables à la célébration du mariage, la remise d'un certificat médical et l'audition préalable des époux par les autorités consulaires ou diplomatiques. Ce certificat est délivré auprès de l'autorité diplomatique ou consulaire qui exerce en tant qu'officier de l'état civil français à l'étranger, dans lequel il atteste que les conditions de l'article 63 du Code civil ont été accomplies, que les futurs époux français remplissent les conditions de fond des articles 144 à 164 du Code civil, ainsi que l'absence d'opposition (C. civ., art. 171-2).

⁸⁹⁹ C. civ., art. 171-7, al. 1^{er}.

⁹⁰⁰ C. civ., art. 171-7, al. 3-5.

⁹⁰¹ C. civ., art. 171-7, al. 6.

produire des effets sur le territoire français, dès lors que l'acte de mariage peut être transcrit sur les registres de l'état civil français.

2. Les prétentions tendant à la reconnaissance d'un partenariat enregistré à l'étranger

207. La prétention peut également porter sur la reconnaissance d'un partenariat enregistré à l'étranger afin qu'il produise ses effets sur le territoire français⁹⁰². À cet égard, la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a introduit une règle de conflit au sein de l'article 515-7-1 du Code civil⁹⁰³, lequel dispose que « les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ». Ces mêmes dispositions régissent les causes et les effets de la dissolution du partenariat enregistré⁹⁰⁴. Ainsi, cette règle de conflit serait valable pour les Pacs conclus avant l'entrée en vigueur de la loi⁹⁰⁵. Cette règle est alors celle de l'État qui a procédé à son enregistrement.

Malgré tout, la pluralité de partenariats enregistrés dans le monde⁹⁰⁶ permet de prévoir une infinité de difficultés de droit international privé⁹⁰⁷, leur reconnaissance étant peut-être la plus importante⁹⁰⁸. Pour l'instant, il n'existe pas d'accord ou de convention internationale qui règle de façon harmonisée la reconnaissance de l'existence d'un partenariat enregistré⁹⁰⁹. Si le législateur de l'Union européenne a établi un règlement relatif à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés⁹¹⁰, il a

⁹⁰² QUIÑONES ESCAMEZ (A), art. préc. ; ROMANO (G.-P.), art. préc.

⁹⁰³ JAULT-SESEKE (F.), « Mariages et partenariats enregistrés, critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mél. P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 295.

⁹⁰⁴ JOUBERT (N.), MORE (B.), « Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », *JCP N.* 2009, 1285 ; KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rép. dr. int. privé*, Dalloz, n° 12 et s.

⁹⁰⁵ Rép. min. n° 112216, JOAN Q, 4 oct. 2011.

⁹⁰⁶ GRANET (F.), « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », *Dr. fam.* 1999, Hors-série, p. 58 et s.

⁹⁰⁷ *Ibid.*, n°4.

⁹⁰⁸ QUIÑONES ESCAMEZ (A), art. préc.

⁹⁰⁹ La Convention de la Commission internationale de l'état civil (CIEC) n° 32, adoptée à Munich le 5 septembre 2007 n'est pas encore entrée en vigueur. Pour l'instant, cette convention n'a été signée que par le Portugal (le 23 juillet 2009) et par l'Espagne (le 1^{er} novembre 2008), qui l'a ratifiée le 4 août 2009.

⁹¹⁰ Règl. (UE) n° 2016/1104 du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière d'effets patrimoniaux des partenariats enregistrés ; ÉGÉA (V.), « Règlements 'documents publics', 'régimes matrimoniaux' et 'partenariats enregistrés' : les différentes voies d'affermissement de l'espace judiciaire civil européen », *RTD eur.* 2016, p. 808 ; GALLANT (E.), « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe* 2017, étude 3 ; JOUBERT (N.), « La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale » *Rev. crit. DIP* 2017, p. 1 ; USUNIER (L.), « Libre, mobile, divers : le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne », *RTD civ.* 2016, p. 806 ;

exclu de son champ les questions relatives à l'existence et à la reconnaissance des partenariats⁹¹¹.

Toutefois, certaines juridictions ont déjà été confrontées à la question de la reconnaissance d'un partenariat étranger en vue de produire des effets juridiques en droit français. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Bobigny a statué, sur le fondement de l'article 796-0 *bis* du Code général des impôts et de l'article 515-7-1 du Code civil, que le *civil partnership* de droit anglais produit pleinement ses effets juridiques et fiscaux en France⁹¹².

208. La prétention tendant à reconnaître un partenariat enregistré. Ainsi, la reconnaissance du partenariat enregistré conclu à l'étranger semble facilitée par la règle de conflit de l'article 515-7-1 du Code civil, à condition toutefois de présenter la preuve de son enregistrement par une autorité habilitée et sa traduction par un traducteur assermenté⁹¹³. La preuve doit démontrer que le partenariat enregistré cherche à organiser la vie commune des partenaires⁹¹⁴, par exemple à travers un certificat de coutume délivré par l'autorité étrangère. Afin de faciliter la preuve concernant l'assimilation du partenariat étranger au Pacs, l'administration fiscale publie ses décisions portant sur cette assimilation⁹¹⁵ et dresse une liste des partenariats étrangers qui sont assimilés au Pacs⁹¹⁶. Dès lors, le partenariat étranger peut produire ses effets en France, sous réserve de non-contrariété à l'ordre public international français⁹¹⁷.

209. La perception d'une situation familiale simple caractérisée par la reconnaissance d'un partenariat enregistré. Lorsque le juge accueille la prétention des parties portant sur la reconnaissance d'un partenariat enregistré, il perçoit une situation familiale *simple* caractérisée par l'enregistrement d'un partenariat à l'étranger. Le juge constate alors que le lien entre

⁹¹¹ *Ibid.*, § 21.

⁹¹² TGI Bobigny, 2 juin 2010, *AJ fam.* 2010, p. 442, obs. A. Cressent

⁹¹³ BUTRUILLE-CARDEW (C.), « Le pacte civil de solidarité et éléments d'extranéité », *AJ fam.* 2012, p. 528.

⁹¹⁴ DEVERS (A.), « L'efficacité des partenariats enregistrés à l'étranger », *JCP N* 2012, 1266, spéc. n° 5 à 12.

⁹¹⁵ Instr. 30 déc. 2009, BOI 7 G-2-10, 13 janv. 2010 et Instr. 29 déc. 2009, BOI 5 B-4-10, 13 janv. 2010, art. 6 à 7 ; *JCP N* 2010, n° 3, act. 156 ; BABY (W.), « Partenariats étrangers et droits de mutation à titre gratuit : une instruction bienvenue », *Deffrénois* 2010, p. 104 ; VALORY (S.), « Pacs : de nouvelles règles fiscales sont entrées en vigueur », *RJPF* 2010-2/33, p. 25.

⁹¹⁶ Instr. 30 déc. 2009, BOI 7 G-2-10, 13 janv. 2010 et Instr. 29 déc. 2009, BOI 5 B-4-10, 13 janv. 2010, art. 8 : le « civil partnership » britannique ; le contrat de « cohabitation légale » ou « wettelijke samenwoning » belge ; le « registreret partnerskab » danois ; le « rekisteröidystä parisuhteesta / registrerat partnerskap » finlandais ; le « geregistreerd partnerschap » néerlandais ; le « partenariat légal » luxembourgeois ; l'« eingetragene Lebenspartnerschaft » allemand ; le « registrovane partnerství » tchèque ; le « registrirana istospolna partnerska skupnost » slovène ; l'« unio estable de parella » espagnol ; - le « staofesta samvist » islandais ; le « registrat partnerskap » norvégien ; l'« uniao de facto » portugais ; le « registrerat partnerskap » suédois.

⁹¹⁷ Circ. DACS 08-09 du 26 mai 2009, *BOMJ* du 31 août 2009 (NOR : JUS C 0911895C).

partenaires créé à l'étranger peut produire sur le territoire français les mêmes effets que le lien qui unit des partenaires pacés.

B. Les prétentions tendant à la reconnaissance d'un lien de parenté constitué à l'étranger

210. Le lien de parenté a pu être constitué à l'étranger par des autorités étrangères. De ce fait, la prétention des parties peut avoir pour objectif de faire reconnaître l'existence du lien de parenté constitué à l'étranger afin qu'il puisse produire ses effets en France. Ce lien peut être constaté dans un acte public dressé conformément aux règles du pays étranger, ou établi par un jugement.

La reconnaissance des liens de parenté établis à l'étranger ne pose en principe que peu des difficultés⁹¹⁸. Il convient néanmoins de distinguer selon que le lien a été établi par un acte public étranger (1) ou par un jugement (2).

1. La reconnaissance du lien de filiation établi par un acte public étranger

211. Le lien de filiation peut être établi par un acte public étranger, tel qu'un acte de l'état civil ou par un acte authentique⁹¹⁹. Ainsi, lorsque le lien de filiation est constaté par un acte de l'état civil dressé en pays étranger selon ses règles, le principe posé par l'article 47 du Code civil est qu'il fait foi en France, sauf s'il est démontré qu'il est irrégulier, qu'il a été falsifié ou qu'il ne correspond pas à la vérité⁹²⁰. Ces actes de l'état civil peuvent alors faire l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil français⁹²¹.

En revanche, lorsque l'acte est constaté par un acte autre qu'un acte d'état civil, ces actes sont assimilés à des actes juridictionnels rendus à l'étranger⁹²². Dans ce cas, il faut appliquer la règle établie par l'article 509 du Code procédure civile, qui prévoit que « les jugements rendus par les tribunaux étrangers et les actes reçus par les officiers étrangers sont exécutoires sur le territoire de la République de la manière et dans les cas prévus par la loi. ». Ainsi, lorsque le lien de filiation a été constaté par un acte authentique notarié, il doit être présenté au président

⁹¹⁸ V. FOYER (J.), « Filiation », *Rép. dr. int. privé*, Dalloz, n° 199 et s.

⁹¹⁹ *Ibid.*, n° 210.

⁹²⁰ C. civ., art. 47.

⁹²¹ Décr. n° 2017-890 du 6 mai 2017 relatif à l'état civil, art. 16.

⁹²² CALLÉ (P.), « L'acte authentique établi à l'étranger », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 377 ; FOYER (J.), « Filiation », *op. cit.*, n° 211.

de la chambre des notaires ou, en cas d'absence ou d'empêchement, à son suppléant désigné parmi les membres de la chambre des requêtes aux fins de certification, de reconnaissance ou de constatation de la force exécutoire, sur le territoire français⁹²³.

212. Dans ce cas, le jeu des articles 47 du Code civil et 509 du Code de procédure civile concernant les actes qui attestent l'établissement de la filiation à l'étranger, limitent d'une manière importante l'intervention du juge. Ainsi, lorsque ce dernier est saisi d'une prétention tendant à constater la régularité et la conformité à la réalité de l'acte dressé par l'autorité étrangère, dès lors qu'il fait droit à la demande et accueille la prétention des parties, il constate une situation familiale *simple*, caractérisée par la *création* d'un lien de filiation à l'étranger. Le juge constate alors que le lien de filiation établi à l'étranger peut produire ses effets juridiques sur le territoire français.

2. La reconnaissance du lien de filiation établi par un jugement

a. Principe de reconnaissance de plano

213. Les jugements relatifs à l'état civil, ils sont reconnus *de plano* en France⁹²⁴. En effet, depuis⁹²⁵ l'arrêt « Hainard »⁹²⁶, la Cour de cassation considère que « les jugements rendus par un tribunal étranger relativement à l'état des personnes produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'exequatur, sauf les cas où les jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes »⁹²⁷.

Ainsi, le jugement établissant le lien de filiation a une efficacité *de plano*⁹²⁸ et peut faire l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil, sans nécessité de procédure d'exequatur⁹²⁹.

⁹²³ C. proc. civ., art. 509-3.

⁹²⁴ VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « Jugement étranger », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 222.

⁹²⁵ V. déjà l'arrêt « Bulkley », Civ. 28 févr. 1860, S. 1860. 1. 210 ; *DP* 1860. 1. 57 ; ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), « Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé », 5^e éd., 2006, Dalloz p. 30, n° 4 : « un jugement étranger de divorce peut être pris en compte en France pour déterminer si une personne peut se remarier, alors même qu'il n'est pas, préalablement, revêtu de l'exequatur ».

⁹²⁶ Req. 3 mars 1930, S. 1930. 1. 377, note J.-P. Niboyet ; *RDIP* 1931. 329, note J.-P. Niboyet ; *JDI* 1930. 981

⁹²⁷ Cette position a été réitérée à plusieurs reprises par la Haute juridiction dans plusieurs arrêts : Civ. 1^{re}, 5 mai 1962 ; *D.* 1962. 718, note G. Holleaux. - Civ. 1^{re}, 19 déc. 1972, Guarte, *Rev. crit. DIP* 1972. 83, note D. Holleaux ; Civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 352, note P. Mayer ; *JDI* 1989. 1014, note Kessedjian ; Civ. 1^{re}, 10 janv. 1990, n° 88-13.873, *Bull. civ. I*, n° 4)

⁹²⁸ PÉROZ (H.), *op. cit.*, p. 89, n° 156.

La reconnaissance d'un lien d'adoption établi à l'étranger nous permet d'illustrer cette situation. Dans une décision du 19 avril 1989, la chambre sociale de la Cour de cassation avait en effet déjà statué en retenant que « l'adoption d'un enfant de nationalité étrangère par un jugement émanant des autorités judiciaires du pays d'origine est reconnue de plein droit sans exequatur préalable »⁹³⁰. Postérieurement à cette décision, la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 a introduit dans le Code civil l'article 370-5, qui dispose que « l'adoption régulièrement prononcée à l'étranger produit en France les effets de l'adoption plénière si elle rompt de manière complète et irrévocable le lien de filiation préexistant. À défaut, elle produit les effets de l'adoption simple. Elle peut être convertie en adoption plénière si les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause. » De ce fait, le jugement d'adoption prononcé à l'étranger n'a pas besoin d'une demande d'exequatur, car il a une efficacité *de plano* à partir du moment où il est rendu par le juge étranger⁹³¹. Ainsi, il est possible de demander la transcription de la décision sur les registres de l'état civil français⁹³².

Toutefois, si la normativité de ces jugements est reconnue en France à partir de leur prononcé par le juge étranger⁹³³, ils peuvent cependant faire l'objet d'un contrôle judiciaire⁹³⁴.

b. Hypothèses où l'intervention du juge est nécessaire

214. Contrôle de régularité du jugement étranger malgré le principe de l'efficacité *de plano*. L'intervention du juge pour réceptionner le lien de parenté établi à l'étranger peut s'avérer nécessaire. En effet, l'efficacité *de plano* des jugements relatifs à l'état des personnes s'avère précaire, car elle peut être remise en cause lorsque les parties contestent la régularité du jugement rendu à l'étranger, et ce, en dehors de son exécution⁹³⁵. Ce contrôle peut avoir lieu à tout moment, notamment à travers une action en inopposabilité, dont la finalité est de faire déclarer l'irrégularité du jugement étranger⁹³⁶.

⁹²⁹ Civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 144 ; *D.* 1990. Somm. 115, obs. A. Bénabent ; *JDI* 1989, p. 1014, note Kessedjian ; *Rev. crit. DIP* 1990, p. 352, note P. Mayer.

⁹³⁰ Soc. 19 avr. 1989, Mitelet ; *Rev. crit. DIP* 1990. 92, note É. Poisson-Drocourt ; V. aussi Civ. 1^{re} 14 févr. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 129, note É. Poisson-Drocourt.

⁹³¹ PÉROZ (H.), *op. cit.*, p. 90, n° 159.

⁹³² Instruction générale relative à l'état civil du 11 mai 1999, NOR: JUSX9903625J, n°s 582 à 585.

⁹³³ *Ibid.*, p. 90, n° 157.

⁹³⁴ Civ. 1^{re}, 17 avr. 1953 ; Civ. 11 avr. et 1^{er} mai 1945, Bach et Schabel, *D.* 1945, p. 245, note P. L.-P. ; S. 1945. 121, note Batiffol ; Civ. 1^{re}, 19 déc. 1973, *D.* 1974. 661, 1^{re} esp., note Mezger ; *Rev. crit. DIP* 1974. 534, note Wiederkehr ; *JDI* 1974. 616, note Huet ; Civ. 1^{re}, 18 mai 1976, *JDI* 1977, p. 485, note Huet ; *Rev. crit. DIP* 1978, p. 351, 1^{re} esp., Simon-Depitre et Foyer.

⁹³⁵ FOYER (J.), « Filiation », *op. cit.*, n° 203 ; PÉROZ (H.), *op. cit.*, p. 91, n° 160.

⁹³⁶ PÉROZ (H.), *op. cit.*, p. 92, n° 164.

215. Contrôle de conformité à l'ordre public. Les conventions bilatérales signées par la France requièrent l'application de la procédure d'exequatur pour les jugements d'adoption⁹³⁷. En revanche, la Convention de Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale, dans son article 23, 1, établit que l'adoption conforme à la Convention est reconnue de plein droit dans les autres États contractants. De même, dans son article 24, elle précise que « la reconnaissance d'une adoption ne peut être refusée dans un État contractant que si l'adoption est manifestement contraire à son ordre public, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant. » La décision étrangère pourrait donc faire aussi l'objet d'un contrôle de conformité à l'ordre public.

216. Vérifications opérées dans le cadre d'une procédure d'exequatur. En dépit de l'efficacité *de plano* reconnue aux jugements d'adoption, il est toujours possible de demander l'exequatur du jugement d'adoption rendu à l'étranger afin de le rendre incontestable. En effet, lorsque le jugement d'adoption étranger est soumis au contrôle du juge, son efficacité est fondée non plus sur le jugement étranger lui-même, mais sur la décision du juge français qui certifie sa régularité internationale⁹³⁸. Le jugement devient ainsi incontestable.

217. Dans ces hypothèses, à l'origine, le juge vérifiait les cinq critères nécessaires pour l'exequatur posés par l'arrêt « Muntzer »⁹³⁹ : la vérification de la compétence de la juridiction étrangère, de la régularité de la procédure, de l'application de la loi compétente en vertu des règles françaises de conflit, de l'absence de contrariété à l'ordre public et de l'absence de fraude à la loi.

218. Aujourd'hui, ces critères ont été réduits par l'arrêt « Cornelissen »⁹⁴⁰, qui ne pose que la compétence indirecte de la juridiction étrangère fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi.

219. Intervention judiciaire pour convertir l'adoption étrangère en adoption plénière. Il est possible en effet de demander au juge de prononcer une adoption plénière en France à

⁹³⁷ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), AZAVANT (M.), « Adoption », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 335.

⁹³⁸ V. pour une analyse concernant l'opportunité de la procédure, FOYER (J.), « Adoption », *Rép. dr. int. privé*, Dalloz, spéc. nos 278 à 305.

⁹³⁹ Civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Rev. crit. DIP* 1964. 344, note Batiffol ; *JCP* 1964. II. 13590, obs. Ancel.

⁹⁴⁰ Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 05-14.082 ; *D.* 2007. *AJ* 727, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2007. 1115, note Avout et Bollée ; *D.* 2007. Pan. 1758, obs. Courbe et Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note Ancel et Muir-Watt.

partir du jugement d'adoption rendu à l'étranger. La finalité de cette demande est de « naturaliser » l'adoption rendue à l'étranger et de convertir l'adoption simple en adoption plénière⁹⁴¹. La seule condition pour permettre cette conversion, conformément à l'article 370-5 du Code civil, sera alors de vérifier que les consentements requis ont été donnés expressément en connaissance de cause. Le prononcé de l'adoption plénière écarte l'application de l'article 370-5 du Code civil, qui prévoit l'assimilation à une adoption simple de l'adoption prononcée à l'étranger qui ne rompt pas de manière complète et irrévocable le lien de filiation existant. Ainsi, l'efficacité du jugement d'adoption est tirée non pas du jugement étranger, mais de la décision rendue par le juge français⁹⁴².

220. Lorsque le juge accueille la prétention portant sur l'exequatur d'un jugement d'adoption prononcé à l'étranger ou lorsqu'il prononce l'adoption plénière d'un enfant à partir du jugement d'adoption rendu à l'étranger, **il perçoit une situation familiale simple, caractérisée par la création d'un lien de filiation adoptive à l'étranger.** Le juge constate alors que le lien de filiation adoptive créé à l'étranger selon les règles auxquelles est soumise l'autorité étrangère peut produire les mêmes effets sur le territoire français que lorsque le jugement d'adoption est prononcé par le juge français.

§2 Les prétentions tendant à la reconnaissance d'un lien familial confrontées à des obstacles insurmontables

221. Les prétentions portant sur la reconnaissance d'un lien familial déjà créé à l'étranger sont confrontées à un obstacle insurmontable lorsque la loi interdit d'une façon catégorique sa levée. Ces prétentions déclenchent la perception de l'unité conceptuelle notion de famille, car le juge doit déterminer s'il doit, en dépit de la loi, reconnaître le lien demandé afin de garantir le respect des droits fondamentaux des parties. Nous nous proposons d'identifier les prétentions qui peuvent donner lieu à ce processus et de déterminer les situations familiales que le juge perçoit à cette occasion.

222. Certaines prétentions portant sur la reconnaissance d'un lien familial peuvent être confrontées à des obstacles qui sont en principe insurmontables. En effet, la loi peut prévoir des interdictions catégoriques de reconnaître un lien familial qui est contraire à l'ordre public

⁹⁴¹ En ce sens, v. circ. n° 76-8, 28 juill. 1976.

⁹⁴² FOYER (J.), « Adoption », *Rép. dr. int., op. cit.*, n°s 325 et s ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), AZAVANT (M.), « Adoption », *op. cit.*, n° 340.

international français. La reconnaissance de ce lien serait alors refusée par le biais de l'exception d'ordre public de la loi étrangère et le lien ne pourrait pas produire ses effets de droit sur le territoire français⁹⁴³. Cependant, la jurisprudence apporte plusieurs exemples dans lesquels le juge a dû écarter l'application de la loi au cas d'espèce et réceptionner le lien familial demandé⁹⁴⁴. Deux situations peuvent se présenter à cet égard.

223. En effet, d'une part, la reconnaissance peut être acceptée en appliquant le mécanisme de l'ordre public international français atténué pour les situations créées à l'étranger. Cela implique que la situation familiale valablement constituée à l'étranger, mais considérée comme contraire à l'ordre public international français, peut produire certains effets en France. Le recours à ce mécanisme a pour finalité d'éviter la perturbation des droits acquis à l'étranger⁹⁴⁵.

224. Le juge peut, d'autre part, admettre la reconnaissance du lien familial interdit en exerçant un contrôle de conventionnalité *in concreto*. Ce contrôle, qui est, rappelons-le⁹⁴⁶, un contrôle de proportionnalité, a pour objectif de vérifier que l'application de la règle de droit en l'espèce n'entraîne pas une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime poursuivi. Il peut alors avoir comme conséquence la mise à l'écart de la norme juridique applicable afin d'admettre la reconnaissance du lien familial demandé⁹⁴⁷.

225. Ainsi, la prétention qui a pour objet de reconnaître un lien familial interdit permet au juge de percevoir des situations familiales *complexes*, dans lesquelles le lien familial qui les constitue ne réunit pas les conditions qui régissent sa reconnaissance.

226. L'identification de ces prétentions nous amène à retenir la distinction classique⁹⁴⁸ entre liens de couple⁹⁴⁹ et liens de parenté⁹⁵⁰. Dès lors, il convient de distinguer les prétentions

⁹⁴³ Pour une analyse très intéressante des différents choix qui donne l'exception d'ordre public de la loi étrangère au juge V. GUILLAUMÉ (J.), « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Mél. P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 295.

⁹⁴⁴ V. DIONISI-PEYRUSSE (A.), « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Mél. P. Courbe, op. cit.*, p. 157.

⁹⁴⁵ GUILLAUMÉ (J.), art. préc., spéc. n° 15 ; LAGARDE (P.), « Ordre public », *Rép. dr. int.*, Dalloz, n° 36 à 54 ; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Droit international privé », coll. Précis, 10^e éd., Dalloz, 2013, p. 376, n° 395 à 399 ; VIGNAL (TH.), « Droit international privé », coll. Université, Sirey, Dalloz, 2017, p. 121, n° 188.

⁹⁴⁶ V. *supra*. n° 177.

⁹⁴⁷ V. *infra*. n° 336 et s. ; CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796 ; VIGNEAU V., « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123 ; FULCHIRON (H.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656 ; SUDRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP* 2017. 289 ; FULCHIRON (H.), « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 2496.

⁹⁴⁸ V. pour le lien de couple, *supra*. n° 127 à 134 ; v. pour la parenté, *supra* n° 153 à 155.

dont la finalité est de faire reconnaître un lien familial de couple interdit (A), de celles dont l'objet est de faire reconnaître un lien de parenté interdit (B).

A. Les prétentions tendant à la reconnaissance du lien de couple interdit

227. Mariage bigame ou polygame : contrariété à l'ordre public international français et ordre public atténué. La réception de certains liens de couple constitués à l'étranger peut engendrer des difficultés dès lors qu'ils sont contraires à l'ordre public international français. En effet, la réception des liens interdits de couple pose la question de savoir s'ils peuvent produire leurs effets de droit sur le territoire français. À cet égard, la question du mariage bigame ou polygame apporte plusieurs illustrations.

228. Ainsi, l'article 147 du Code civil dispose qu'« on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier »⁹⁵¹. Si la monogamie est une condition essentielle de validité du mariage en droit français, d'autres pays, notamment de confession musulmane⁹⁵², acceptent ce type d'unions. Lorsqu'elles arrivent en France, la question se pose de savoir si elles peuvent produire ses effets juridiques⁹⁵³. L'analyse de la loi personnelle des époux peut alors apporter la solution. En effet, les qualités et les conditions pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle⁹⁵⁴. Ainsi, il est possible d'envisager deux hypothèses, soit la loi personnelle des époux accepte le mariage bigame, soit elle l'interdit.

229. Cas du mariage bigame ou polygame contracté par des français. Pour les français, le mariage, comme tout ce qui est relatif à l'état des personnes, est régi par leur loi personnelle, même s'ils résident à l'étranger. Dès lors, la célébration du mariage bigame ou polygame est interdite pour les Français, même s'ils habitent à l'étranger⁹⁵⁵. Lorsque cette union a lieu

⁹⁴⁹ Le lien de couple est celui qui est reconnu par le droit entre deux personnes qui s'engagent volontairement et durablement dans une vie commune affective, sexuelle et matérielle.

⁹⁵⁰ Le lien de parenté est celui qui est reconnu par le droit et qui unit deux personnes sur un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre.

⁹⁵¹ V. pour la condition de monogamie du mariage, *infra* n^{os} 443 et s.

⁹⁵² La polyandrie est acceptée dans certains peuples tibétains (Bénabent A., « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 32, n^o 145).

⁹⁵³ GÉRAUD (C.), « Des effets en France d'unions polygamiques régulièrement contractées à l'étranger », *JCP N.* 1999, p. 1048.

⁹⁵⁴ C. civ., art. 202-1 ; JAULT-SESEKE (F.), « Mariages et partenariats enregistrés, critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mél. P. Courbe, op. cit.*, p. 310.

⁹⁵⁵ C. civ., art. 147.

malgré tout, la possibilité de la réceptionner doit être écartée, la nullité du mariage pouvant être prononcée.

En ce sens, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui a prononcé la nullité du mariage bigame célébré au Caire entre un homme déjà marié dont la loi personnelle admettait le mariage polygame et une femme devenue Française par naturalisation avant le mariage. En effet, la Cour a considéré que cette dernière était soumise à l'empire de l'article 147 du Code civil⁹⁵⁶.

De même, la Haute juridiction, en appliquant une analyse formelle et chronologique de la bigamie, a admis le mariage bigame de deux Français déjà mariés entre eux. En l'espèce, les époux avaient déjà contracté un mariage coutumier monogamique par procuration à Kinshasa au Zaïre, leur pays d'origine. Plus tard, les époux sont devenus Français et ont célébré un second mariage entre eux en France, sans que la dissolution du premier mariage ait été prononcée. Le mari a par la suite demandé la nullité du second mariage. Cependant, la cour d'appel l'a débouté de sa demande, aux motifs que le premier mariage avait été célébré entre les mêmes époux. La Cour de cassation casse et annule l'arrêt, car elle considère que cette circonstance n'était pas de nature à faire obstacle à l'article 147 du Code civil⁹⁵⁷. Si la solution est conforme à la lettre du texte, elle n'a pas pour objet d'éviter la bigamie, puisque les deux mariages ont été célébrés entre les mêmes personnes. En revanche, elle réaffirme l'absence de validité de toute seconde union matrimoniale.

230. Reconnaissance du mariage bigame ou polygame contracté par des étrangers. La solution n'est cependant pas la même lorsque le mariage bigame ou polygame a été valablement contracté par des étrangers dont la loi personnelle admet la bigamie⁹⁵⁸. Ainsi, le cumul des deux lois personnelles de chaque époux permettant le mariage bigame ou polygame est nécessaire pour que le mariage soit valable⁹⁵⁹. Dans ce cas, l'application de l'effet atténué de l'ordre public international français⁹⁶⁰, posé par l'arrêt « Riviera »⁹⁶¹, permet que le mariage

⁹⁵⁶ Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002 n° 1352 FS-P+B+R, JurisData n° 2002-015545; *JCP G.* 2012, 10007, note A. Devers ; *Deffrénois* 2002, p. 1467, note J. Massip ; *RTD civ.* 2003, p. 62, obs. J. Hauser ; *D.* 2003, p. 1935, obs. J.-J. Lemouland.

⁹⁵⁷ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 00-19838 ; *JCP* 2004, II. 10047, note K. Bottini ; *Dr. fam.* 2004, comm. 47, note V. L.-Terneyre ; *RTD civ.* 2004, p. 267 J. Hauser ; *AJ fam.* 2004, p. 144, obs. F. Bicheron.

⁹⁵⁸ V. FADLALLAH (I.), TEXIDOR (C.), « Polygamie », *Rép. dr. int.*, Dalloz, n° 26.

⁹⁵⁹ Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002 n° 1352, préc. ; FADLALLAH (I.), TEXIDOR (C.), *op. cit.*, n° 26.

⁹⁶⁰ V. LAGARDE (P.), « Ordre public », *Rép. dr. int.*, spéc. n° 36 et s.

⁹⁶¹ Civ. 1^{re}, 17 avr. 1953, *Riviera* ; *Rev. crit.* 1953. 412, note Batiffol ; *Clunet* 1953. 860, note Plaisant ; *JCP* 1953. II. 7863, note Buchet ; « Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé », *op. cit.*, n° 26 : « Attendu que l'objection soulevée par le pourvoi, d'atteinte à l'ordre public français, doit être appréciée de façon différente suivant que le divorce litigieux a été ou non acquis à l'étranger par application de la loi compétente en vertu du règlement français des conflits ; qu'en effet, la réaction à l'encontre d'une

bigame ou polygame soit reconnu en France afin qu'il produise certains effets juridiques. Ainsi, l'arrêt « Chemouni »⁹⁶² a accepté de faire produire les effets d'un mariage polygame contracté à l'étranger entre deux personnes dont la loi personnelle acceptait le mariage polygame afin d'accorder à la seconde femme du mari une pension alimentaire. Puis, l'arrêt « Baaziz »⁹⁶³ a reconnu la validité du mariage polygame en fonction de la loi du lieu de sa célébration (*lex loci celebrationis*), qui implique un éloignement de l'ordre public du for⁹⁶⁴. Cependant, l'arrêt détermine que la conception de l'ordre public international « s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci »⁹⁶⁵.

Ainsi, la théorie de l'effet atténué de l'ordre public international permet la reconnaissance en France des mariages polygames valablement célébrés à l'étranger entre personnes dont la loi nationale admet ce type d'union afin qu'ils produisent des effets de nature patrimoniale, tels que des droits d'aliments⁹⁶⁶, des droits successoraux⁹⁶⁷ et mêmes des droits au versement d'une pension de réversion⁹⁶⁸. Cependant, la loi du 24 août 1993 a fermé la possibilité de demander le regroupement familial pour plusieurs conjoints⁹⁶⁹. Cette loi a été considérée comme conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel⁹⁷⁰.

231. Ainsi, lorsque le juge accueille la prétention des parties portant sur la reconnaissance du mariage bigame ou polygame valablement célébré à l'étranger, il perçoit une situation familiale *complexe* caractérisée par le mariage bigame ou polygame célébré valablement à l'étranger par deux personnes dont la loi personnelle admet ce type d'union. Le juge constate que le mécanisme de l'effet atténué de l'ordre public international français permet au lien matrimonial bigame ou polygame établi à l'étranger de produire certains de ses effets sur le territoire français.

disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ».

⁹⁶² Civ. 1^{re}, 28 janv. 1958, *Chemouni* ; *Rev. crit. DIP* 1958, p. 110, note R. Jambu-Merlin ; *D.* 1958, p. 265, note R. Lenoan ; *JCP* 1958. II. 10488, note P. Louis-Lucas ; *JDI* 1958, p. 776, note A. Ponsard ; V. aussi Cass. civ., 19 févr. 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 559, note G. H. ; *JDI* 1963, p. 986, note A. Ponsard.

⁹⁶³ Civ. 1^{re}, 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 71, note Y. Lequette.

⁹⁶⁴ FADLALLAH (I.), TEXIDOR (C.), *op. cit.*, n° 24.

⁹⁶⁵ V. aussi Civ. 2^e, 1^{er} déc. 2011, n° 10-27.864 ; *Rev. crit. DIP* 2012, 339.

⁹⁶⁶ Civ. 1^{re}, 28 janv. 1958, arrêt « Chemouni », préc.

⁹⁶⁷ Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 331, note H. Batiffol ; *JDI* 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre.

⁹⁶⁸ Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, *Dr. fam.* 2007, comm. 182., obs. A. Devers.

⁹⁶⁹ CESEDA, art. L. 411-7.

⁹⁷⁰ Cons. const., 13 août 1993 ; *JCP* 93. III. 66372.

B. Les prétentions tendant à la reconnaissance du lien de parenté

232. Le lien de parenté a pu être établi à l'étranger et constaté par un acte de l'état civil par l'autorité étrangère. Ainsi, en vertu de l'article 47 du Code civil, les actes de l'état civil dressés en pays étranger font foi et ils peuvent faire l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil français⁹⁷¹. Cependant, le ministère public peut s'opposer à transcription d'un acte de l'état civil étranger en vue de défendre l'ordre public français⁹⁷². Ainsi, en matière des liens de parenté, un exemple très représentatif est apporté par la demande de transcription d'un enfant conçu par gestation pour autrui (GPA).

233. À ce stade, il convient de distinguer les deux hypothèses⁹⁷³ concernant la gestation pour autrui, d'une part, la *mère porteuse* et d'autre part, la *mère de substitution*. Cette distinction entraîne une différence entre la maternité utérine et la maternité génétique⁹⁷⁴. La première implique un couple fertile dans lequel la femme ne peut pas mener une grossesse à terme à cause, par exemple de l'absence d'utérus. Dans ce cas, le recours à la mère porteuse a pour objet de transmettre à celle-ci un ovule fécondé par le couple afin qu'elle mène la grossesse et accouche de l'enfant. Le patrimoine génétique de l'enfant n'est pas constitué de celui de la mère porteuse, cette dernière n'est donc pas la génitrice de l'enfant.

En revanche, la seconde hypothèse met en jeu un couple dans lequel la femme est stérile. Ainsi, la mère de substitution est inséminée avec le sperme de l'homme. Par la suite, la mère porteuse donnera l'enfant aux parents d'intention. Dans cette hypothèse, la mère de substitution est la génitrice de l'enfant⁹⁷⁵.

234. La convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est interdite par l'article 16-7 du Code civil, car contraire à l'ordre public⁹⁷⁶. Si cette interdiction avait une origine jurisprudentielle⁹⁷⁷, elle a été consacrée par la loi n° 94-653 de 29 juillet 1994

⁹⁷¹ Décr. n° 2017-890 du 6 mai 2017 relatif à l'état civil, art. 16.

⁹⁷² C. proc. civ., art. 423.

⁹⁷³ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 928, n° 2037.

⁹⁷⁴ LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 13.

⁹⁷⁵ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 928, n° 2037 ; BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 389, n° 976 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 388, n° 817 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 13 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 523, n°661

⁹⁷⁶ C. civ., art. 16-9.

⁹⁷⁷ La Cour de cassation a prononcé la nullité de l'association « Alma matter », dont l'objet était de faciliter les projets de parenté à travers le recours à des conventions portant sur la gestation pour autrui, car contraire à l'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes (Civ. 1^{re}, 13 déc. 1989, n° 88-15.655 ; *Defrénois* 1990,

relative au respect du corps humain et maintenu par la réforme du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique⁹⁷⁸. Le Code pénal sanctionne le fait de s'entremettre en vue d'une gestation pour le compte d'autrui⁹⁷⁹.

235. Si ces pratiques sont interdites en droit français, elles sont encadrées ou du moins tolérées dans d'autres pays⁹⁸⁰. De ce fait, la question qui se pose est de savoir si le lien de filiation établi à l'étranger à l'égard des enfants nés par gestation pour autrui peut être reconnu en France. La jurisprudence actuelle de la Cour de cassation paraît admettre la transcription, du moins partielle, de l'acte de naissance d'un enfant conçu par GPA à l'étranger. Cet enfant peut aussi être adopté par le parent d'intention⁹⁸¹.

La position de la Haute juridiction a fait l'objet d'une évolution considérable, marquée dans un premier temps tantôt par le refus de l'adoption de l'enfant conçu par GPA par la mère d'intention tantôt par le rejet absolu de la transcription de l'acte de naissance sur les registres de l'état civil français. Cependant, la Cour de cassation a opéré un revirement de sa jurisprudence sous la pression de la Cour européenne des droits de l'homme.

236. Ainsi, dans un arrêt du 31 mai 1991 rendu sur pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par le ministère public, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, a posé le principe de l'interdiction des conventions portant sur la gestation pour autrui, car contraire à l'ordre public de l'indisponibilité du corps humain et prononcé la nullité de l'adoption par la mère d'intention d'un enfant issu d'une gestation pour autrui. La Cour a alors considéré que « cette adoption

743, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1990, 273, rapp. J. Massip ; *RTD civ.* 1990, obs. J. Rubellin-Devichi ; *JCP G* 1990, II, 21526, note A. Sériaux ; « Mais attendu qu'il résulte des constatations des juges du fond que l'objet même de l'association est de favoriser la conclusion et l'exécution de conventions qui, fussent-elles verbales, portent tout à la fois sur la mise à la disposition des demandeurs des fonctions reproductrices de la mère et sur l'enfant à naître et sont donc nulles en application de l'article 1128 du Code civil ; que ces conventions contreviennent au principe d'ordre public de l'indisponibilité de l'état des personnes en ce qu'elles ont pour but de faire venir au monde un enfant dont l'état ne correspondra pas à sa filiation réelle au moyen d'une renonciation et d'une cession, également prohibées, des droits reconnus par la loi à la future mère ; que l'activité de l'association, qui tend délibérément à créer une situation d'abandon, aboutit à détourner l'institution de l'adoption de son véritable objet qui est, en principe, de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu »).

⁹⁷⁸ Loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique.

⁹⁷⁹ C. pén., art. 227-12.

⁹⁸⁰ Certains pays ont encadré le recours à la gestation pour autrui : L'Afrique du Sud, l'Australie, le Brésil, certains états des États-Unis, dont la Californie, la Grèce, l'Iran, l'Israël, le Royaume-Uni, la Suisse, la Roumanie, la Russie et l'Ukraine.

D'autres la tolèrent : L'Argentine, la Belgique, le Canada, le Danemark, le Géorgie, la Hongrie, l'Inde, l'Irlande, le Luxembourg, les Pays-Bas et la Pologne.

⁹⁸¹ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597 : *JurisData* n° 2017-013091 ; n° 16-16.901 et 16-50.025 : *JurisData* n° 2017-013093 ; n° 16-16.455 : *JurisData* n° 2017-013095 ; n° 16-16.495 : *JurisData* n° 2017-013096 ; *D.* 2017, p. 1737 H. Fulchiron ; *Ibid.* p. 1727, obs. A. Gouttenoire, P. Bonfils ; *Ibid.* p. 1011, obs. H. Gaudemet, Tallon, F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 375 F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017, p. 482, A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G* 2017, 984, note A. Gouttenoire ; *Ibid.* 2017, doct. 1141, note M. Farge ; *Dr. fam.* 2017, étude 17, J.-R. Binet.

n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'institution de l'adoption »⁹⁸².

Plus tard, la Cour de cassation s'est opposée à la transcription des actes de naissance dressés à l'étranger lorsque les énonciations inscrites sur les actes de naissance ne pouvaient que résulter d'une convention portant sur la gestation pour autrui. En effet, dans un arrêt de la première chambre civile du 17 décembre 2008, la Haute juridiction a considéré que le ministère public justifiait d'un intérêt à agir en nullité des transcriptions⁹⁸³. Cette position a été confirmée dans trois arrêts du 6 avril 2011, dans lequel la Cour a considéré comme justifié le refus de transcription sur les registres de l'état civil français d'un acte de naissance, car elle implique la production des effets juridiques d'une convention portant sur la gestation pour autrui⁹⁸⁴. De ce fait, la Cour a considéré que la nullité de la transcription « ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ni ne les empêche de vivre avec les époux X... en France, ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée et familiale de ces enfants au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, non plus qu'à leur intérêt supérieur garanti par l'article 3 § 1 de la Convention internationale des droits de l'enfant »⁹⁸⁵.

Ensuite, dans un arrêt du 13 septembre 2013, la Cour de cassation a refusé la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance d'un enfant né par GPA établi à l'étranger et a admis que la fraude à la loi entraînait la nullité de la reconnaissance paternelle de l'enfant⁹⁸⁶. Cette position a été réaffirmée par un arrêt du 19 mars 2014, dans lequel elle a

⁹⁸² Ass. Plén. 31 mai 1991 : *Defrénois* 1991, 1267, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1991, obs D. Huet-Weiller ; *JCP G* 1991, II, 21752, comm. J. Bernard, concl. Dontenwille, note F. Terré ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. Chantier, note D. Thouvenin.

⁹⁸³ Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468 ; *D.* 2009, p. 340, note L. Brunet ; *D.* 2009, p. 166, obs. 166, Obs. V. Égéa ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 70 et 71, note A. Gabriel ; *D.* 2009, p. 773, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.* 2009, comm. 15, note P. Murat ; *D.* 2009, 322, avis D. Sarcelet.

⁹⁸⁴ ANCEL (B.), « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Mél. P. Courbe, op. cit.*, p. 1.

⁹⁸⁵ Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 10-19.053 ; *D.* 2011, p. 1522, note Berthiau et L. Brunet ; *AJ fam.* 2011, p. 262, F. Chénéde ; *D.* 2011, p. 1995, obs. A. Gouttenoire ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2011 n° 441, note F. Violla et Reynier.

⁹⁸⁶ Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-18.315 (n° 1092 FP-P+B+I+R) ; Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 et n° 12-18.315, *D.* 2013, 2382, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 2377, avis C. Petit ; *ibid.* 2384, note M. Fabre-Magnan ; *AJ fam.* 2013, 579 ; *ibid.* 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* 600, obs. Clélia Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; *AJCT* 2013, 517, obs. R. Méssa ; *RTD civ.*, 2013, p. 816, obs. J. Hauser.

refusé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant, car né à l'issue d'une convention de gestation pour autrui, laquelle caractérise une fraude à la loi⁹⁸⁷.

237. Les difficultés provoquées par le refus de transcription de l'acte de naissance d'un enfant né par GPA ont été soulevées, notamment celles concernant l'obtention d'un certificat de nationalité française. En ce sens, la circulaire n° 1301528 du 25 janvier 2013⁹⁸⁸, relative à la délivrance des certificats de nationalité et la convention de mère porteuse, proposait aux procureurs et greffiers en chef de délivrer les certificats de nationalité française aux enfants nés à l'étranger de parents français, même s'il existe des éléments qui permettent de supposer qu'ils ont été conçus par le biais d'une convention de gestation pour autrui. La circulaire a été validée par le Conseil d'État par un arrêt du 12 décembre 2014⁹⁸⁹.

Néanmoins, la jurisprudence de la Cour de cassation, hostile à la transcription de l'acte de naissance de l'enfant né par GPA, a mérité une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, qui n'a pourtant pas remis en cause l'interdiction de cette pratique. En effet, ce n'est que l'intérêt de l'enfant qui est mis en exergue dans la décision. Ainsi, la Cour de Strasbourg a considéré que le refus de transcription des actes de naissance désignant comme père le géniteur a empêché les enfants d'acquérir la nationalité française. Ce refus a également impliqué l'impossibilité pour les enfants d'obtenir un certificat de nationalité française. De ce fait, les enfants ont été empêchés de s'intégrer en France et d'avoir une vie familiale normale. Ce faisant, la Cour EDH a fait primer le droit des enfants à avoir une filiation établie, en dépit de la violation de l'ordre public international français qu'implique leur conception⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, inédit ; *D.* 2014. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 901, avis J.-P. Jean ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2014. 244, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 330, obs. J. Hauser.

⁹⁸⁸ Circ. JUSC n° 1301528C du 25 janv. 2013, Délivrance des certificats de nationalité, Convention de mère porteuse ; BINET (J.-R.), « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP* 2013. 161 ; CORPART (I.), « La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui », *RJPF* 2013. 3 ; MATHEY (N.), « Entre illusions et contradictions », *JCP* 2013. 162 ; NEIRINCK (C.), « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. fam.* 2013. comm. 42.

⁹⁸⁹ CE, 12 déc. 2014, n° 367324 *Association Juristes pour l'enfance et autres sur la légalité de la circulaire relative à la délivrance de certificats de nationalité française* ; *Dr. fam.* 2015, comm. 30, note C. Neirinck ; *D.* 2015. 357, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon ; *AJDA* 2014. 2451 ; *D.* 2015. 355, 352, concl. X. Domino, 357, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, et 450, obs. O. Boskovic ; *AJDA* 2015. 357, note J. Lepoutre, et 2014. 2451 ; *AJ fam.* 2015. 53, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2015. 163, concl. X. Domino.

⁹⁹⁰ CEDH, 5^e sect. 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France* ; *D.* 2014, p. 1797, et les obs., note F. Chénéde ; *ibid.*, p. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.*, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.*, p. 1806, note L. d'Avout ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.*, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. Hauser.

238. Cette condamnation a amené la Cour de cassation à modifier sa jurisprudence. D'abord, par deux avis rendus le 29 septembre 2014⁹⁹¹, par lesquels la Cour admet la validité de l'adoption de l'enfant né par PMA avec tiers donneur à l'étranger par l'épouse de sa mère. Selon le communiqué de la Cour de cassation, la solution fondée sur la fraude à la loi en matière d'insémination artificielle avec donneur anonyme a été écartée. En effet, cette pratique est autorisée en France et son recours à l'étranger par une femme ne heurte aucun principe essentiel du droit français⁹⁹². Ensuite, par deux arrêts de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015⁹⁹³, la Cour de cassation a ordonné la transcription des actes de naissance établis à l'étranger, qui désignaient comme père le père biologique des enfants et comme mère, la femme qui avait accouché des enfants, en l'occurrence une mère porteuse. Et ce, malgré l'existence d'une convention de gestation pour autrui.

Cependant, la Cour EDH a condamné une nouvelle fois la France dans un arrêt du 21 juillet 2016, dans lequel la Cour considère que le revirement de la Cour de cassation n'assurait pas suffisamment la reconnaissance en France de la filiation paternelle des enfants établie à l'étranger et nés antérieurement aux arrêts du 3 juillet 2015⁹⁹⁴.

239. Plus tard, et sous l'influence de la position de la Cour EDH, la première chambre civile de la Cour de cassation a rendu cinq arrêts⁹⁹⁵ dans lesquels, sans remettre en cause le principe de l'interdiction, elle a admis largement la reconnaissance des effets à la convention de gestation pour autrui et précise le statut des enfants conçus par ce procédé à l'étranger. Ces arrêts posent alors deux solutions concernant la reconnaissance du lien de filiation établi à l'étranger à l'égard de l'enfant conçu par GPA : l'une concerne la transcription partielle de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne le géniteur comme le père de l'enfant, l'autre admet l'adoption de l'enfant par l'époux du père de l'enfant.

⁹⁹¹ Cass., 22 sept. 2014, n° 14-70.006, avis, n°s 15010 et 15011, rapport de M^{me} Le Cotty, Conseiller référendaire, avis de M. Sarcelet, Avocat général et communiqué de la Cour, D. 2014, p. 2031, obs. A. Dionisi-Peyrusse, note A.-M. Leroyer ; *AJ fam.* 2014, p. 555 ; *ibid.*, p. 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse : « 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. »

⁹⁹² https://www.courdecassation.fr/IMG///Communique_avis_AMP_140923.pdf

⁹⁹³ Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, D. 2015, p. 1438, obs. I. Gallmeister, 1481, édito. S. Bollée, et 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; D. 2015, p. 1773, obs. D. Sindres.

⁹⁹⁴ CEDH 21 juill. 2016, n°s 9063/14 et 10410/14, *Foulon et Bouvet c/ France*, D. 2016, p. 2152 note A.-B. Caïre ; *AJ fam.* 2016, p. 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2016. 965, obs. F. Sudre.

⁹⁹⁵ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597 : JurisData n° 2017-013091 ; n° 16-16.901 et 16-50.025 : JurisData n° 2017-013093 ; n° 16-16.455 : JurisData n° 2017-013095 ; n° 16-16.495 : JurisData n° 2017-013096 ; D. 2017, p. 1737 H. Fulchiron ; *ibid.* p. 1727, obs. A. Gouttenoire, P. Bonfils ; *ibid.* p. 1011, obs. H. Gaudemet, Tallon, F. Jault-Seséke ; *AJ fam.* 2017, p. 375 F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017, p. 482, A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G* 2017, 984, note A. Gouttenoire ; *ibid.* 2017, doct. 1141, note M. Farge ; *Dr. fam.* 2017, étude 17, J.-R. Binet.

Le premier arrêt⁹⁹⁶ a refusé la transcription de l'acte de naissance de l'enfant conçu par GPA à l'étranger qui désigne la mère d'intention comme la mère biologique de l'enfant. Effectivement, la situation établie dans l'acte ne correspondait pas à la réalité, la mère étant celle qui accouche de l'enfant. L'arrêt a considéré que ce refus ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect à la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention EDH. En effet, l'accueil des enfants au sein du foyer constitué par leur père et son épouse n'est pas remis en cause par les autorités françaises. De même, des certificats de nationalité française peuvent être délivrés aux enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger. Puis, la transcription d'un acte de naissance étranger est possible lorsqu'il est conforme à l'article 47 du Code civil. Enfin, l'adoption simple de l'enfant par l'épouse du père est toujours possible, si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant et si les conditions légales sont réunies.

Cependant, l'arrêt a approuvé la transcription de l'acte de naissance en ce qu'il désigne le père biologique comme le père de l'enfant, et ce, sans avoir besoin de recourir à une expertise biologique.

De même, le second arrêt⁹⁹⁷ a validé la transcription de l'acte de naissance des enfants conçus par GPA à l'étranger, car les actes n'étaient ni irréguliers ni falsifiés et conformes à la réalité. Dès lors, il a conclu que la convention de gestation pour autrui ne fait pas obstacle à la transcription des actes.

Le troisième arrêt⁹⁹⁸ a admis l'adoption de l'enfant conçu par GPA à l'étranger par l'époux du père. En effet, l'arrêt a retenu que le recours à une gestation pour autrui ne fait pas obstacle au prononcé de l'adoption, dès lors que les conditions légales sont remplies et qu'elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. De même, l'arrêt a soulevé l'existence et la sincérité du consentement de la mère porteuse à donner l'enfant dont elle a accouché en adoption, ainsi que l'absence de rétractation de ce consentement.

240. La perception d'une situation familiale complexe caractérisée par la reconnaissance du lien de filiation de l'enfant conçu par GPA. Lorsque le juge accueille la prétention portant sur la transcription ou la validité de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant conçu par GPA, il perçoit une situation familiale *complexe* caractérisée d'une part, par le recours à une convention de gestation pour autrui à l'étranger et, d'autre part, par l'établissement du lien

⁹⁹⁶ Civ 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597, P+B+R+I : JurisData n° 2017-013091.

⁹⁹⁷ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-16.901, n° 16-50.025, P+B+R+I : JurisData n° 2017-013093.

⁹⁹⁸ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-16.455, P+B+R+I : JurisData n° 2017-013095.

de filiation à l'étranger entre l'enfant né par GPA et les parents d'intention. Le juge peut alors constater que ce lien de filiation peut produire des effets sur le territoire français. Cette reconnaissance est motivée par le respect des droits fondamentaux de l'enfant et des parents, ainsi que par sa conformité avec l'intérêt de l'enfant. Cette reconnaissance peut permettre la transcription partielle de l'acte de naissance de l'enfant qui désigne le père biologique de l'enfant comme le père, ainsi que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention.

Conclusion du chapitre II

241. La découverte dans le concept de lien familial de l'unité conceptuelle de la notion de famille commence par la perception par le juge des situations de fait revendiquées par les parties comme des situations familiales. Cette perception est déclenchée par la demande qui véhicule la prétention des parties.

242. Afin d'analyser la manière dont le juge démarre ce processus de perception, nous avons identifié deux sortes de prétentions : d'une part, les prétentions portant sur la création d'un lien familial et, d'autre part, les prétentions portant sur la reconnaissance du lien familial comportant un élément d'extranéité. Les premières impliquent l'inexistence juridique ou la contestation de la validité du lien familial, la volonté des parties de créer le lien familial et la présence d'un obstacle qui empêche la constitution du lien familial. Ces prétentions concernent la création d'un lien familial sur le territoire français. Les secondes supposent l'existence juridique d'un lien familial établi à l'étranger, la volonté des parties de faire reconnaître ce lien familial afin qu'il produise ses effets en France et l'obstacle qui empêche la reconnaissance du lien familial. Cette prétention concerne la reconnaissance d'un lien familial constitué à l'étranger en vue de faire produire ses effets en France.

243. Par ailleurs, il a fallu identifier plus précisément les prétentions qui déclenchent cette opération. Pour ce faire, nous avons analysé l'obstacle auquel sont confrontées les prétentions et nous avons constaté qu'il existe des obstacles surmontables, pour lesquels la loi prévoit les conditions nécessaires afin que le juge les lève, puis des obstacles insurmontables, qui concrétisent des interdictions catégoriques qui écartent, en principe, la possibilité de leur levée par le juge. Selon que la prétention est confrontée à des obstacles surmontables ou insurmontables, le juge perçoit différentes situations de fait revendiquées comme des situations familiales. En effet, les prétentions portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial confrontées à des obstacles surmontables permettent au juge de percevoir des situations familiales *simples*, constituées d'un lien familial conforme aux conditions fixées par la règle de droit qui régissent sa création et sa reconnaissance. L'intervention du juge consiste alors à vérifier que les conditions fixées par la loi sont remplies dans le cas d'espèce.

En revanche, les prétentions portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial confrontées à des obstacles insurmontables permettent au juge de percevoir des situations familiales *complexes*, où le lien familial n'est pas conforme à la règle de droit qui régit les

conditions de sa création ou de sa reconnaissance. Ainsi, l'intervention du juge implique non seulement la vérification en l'espèce des conditions fixées par la loi pour la création ou la reconnaissance du lien familial, mais aussi le contrôle de l'application de la règle de droit au cas concret, afin d'éviter, dans le cadre d'un contrôle concret de conventionnalité, une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des plaideurs, ainsi que le recours au mécanisme de l'effet atténué de l'ordre public international, lorsque la situation familiale a été valablement constituée à l'étranger. Ces prétentions permettent alors au juge de constater des situations familiales *complexes*, dans lesquelles la création ou la reconnaissance des liens familiaux est en principe interdite par la loi. Toutefois, il peut décider de faire droit à la demande soit, en invoquant l'effet atténué de l'ordre public international français, soit en exerçant un contrôle de conventionnalité *in concreto*, qui lui permet d'écarter la règle de droit applicable en l'espèce, et ce, afin d'éviter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime recherché.

Conclusion du titre 1

244. La perception est la première étape dans la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille par le juge. En effet, ce dernier prend la place d'un observateur, *sujet connaissant*, à l'égard de l'unité conceptuelle de la notion de famille, *l'objet à connaître*. La perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille implique alors l'observation de son aspect factuel, le phénomène familial. Au sens large, qui inclut la dimension sociologique de la famille, le phénomène familial, est constitué de toutes les situations familiales existantes, perçues et revendiquées comme telles par les individus. Cependant toutes ces situations « familiales » ne sont pas forcément consacrées comme telles par le droit et ne seront pas forcément reconnues comme telles par le juge. Mais en toute hypothèse, si ce dernier est en mesure de percevoir les situations de fait revendiquées par les parties comme des situations familiales, c'est d'abord grâce à la compétence matérielle ou d'attribution qui lui est reconnue de la matière familiale et qui constitue un préalable nécessaire, et ensuite, plus substantiellement, grâce à la prétention des parties.

245. L'analyse de la compétence matérielle en matière familiale nous a permis de constater qu'elle est répartie entre plusieurs juges, dont le tribunal de grande instance, le juge aux affaires familiales, le juge des tutelles, le juge des enfants et même le tribunal d'instance. Nous avons alors fait de la compétence d'établir ou d'anéantir un lien familial un critère permettant de désigner le juge le plus apte à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille. Ainsi, nous avons constaté que le TGI est la juridiction la plus apte à réaliser cette perception en raison de sa compétence exclusive en état des personnes et matière familiale. Néanmoins, le juge aux affaires familiales, le juge des tutelles et le tribunal d'instance sont également aptes à la réaliser lorsqu'ils interviennent dans la formation du lien familial.

246. Ensuite, nous avons constaté que la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille par le juge est déclenchée par la prétention des parties. La prétention des parties permet en effet au juge de recevoir les faits de l'espèce, à travers lesquels il perçoit des situations de fait qui seront éventuellement reconnues comme des situations familiales. Or le juge appréhende ces situations par l'intermédiaire d'une question récurrente : celle de la création ou de la reconnaissance d'un lien familial.

247. Les parties soulèvent en effet toujours l'existence d'un obstacle qui empêche soit la création soit la reconnaissance d'un lien de couple ou d'un lien de parenté. Afin de rendre sa décision et décider ou non de lever l'obstacle, le juge doit nécessairement qualifier le lien de familial ou pas, en se demandant : *qu'est-ce qu'une famille, en quoi consiste la famille ? Le lien revendiqué correspond-il à la conception de la famille ?* Le concept de lien familial apparaît ainsi comme l'élément irréductible par l'intermédiaire duquel le juge perçoit la notion de famille et dans lequel il est alors possible de découvrir son unité conceptuelle.

248. Afin de comprendre la manière dont la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille se réalise par l'intermédiaire du lien familial, nous avons alors repéré les différentes prétentions qui permettent au juge de percevoir la notion de famille. Pour ce faire, nous avons retenu deux catégories constituées d'une part des prétentions dont la finalité est la création du lien familial et, d'autre part, des prétentions ayant pour objet la reconnaissance d'un lien familial. La première catégorie implique l'inexistence du lien familial, la volonté des parties de créer le lien familial et l'obstacle qui empêche la constitution de ce lien familial. Quant à la seconde, elle suppose l'existence d'un lien familial établi à l'étranger, la volonté de faire reconnaître ce lien familial afin qu'il produise ses effets en France et l'obstacle qui empêche la reconnaissance du lien familial.

Ensuite, nous avons affiné ces catégories en prenant en compte l'existence de deux types d'obstacles, les obstacles surmontables et les obstacles insurmontables. Les obstacles surmontables peuvent être levés par l'intervention judiciaire, laquelle implique la vérification par le juge de la réunion des conditions fixées par la loi pour la création ou la reconnaissance d'un lien familial. Quant aux obstacles insurmontables, en principe, ils ne peuvent pas être levés par le juge. Toutefois, nous avons constaté que le juge peut outrepasser les conditions fixées par la loi et ordonner la création ou la reconnaissance d'un lien familial interdit. En effet, il peut invoquer l'effet atténué de l'ordre public international français afin que le lien familial établi à l'étranger puisse produire certains effets sur le territoire français. De même, il peut opérer un contrôle de conventionnalité *in concreto* afin de vérifier si l'application de la règle de droit au cas d'espèce entraîne une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime poursuivi.

L'examen de toutes ces prétentions nous a permis de distinguer deux sortes de situations familiales existantes. D'abord, les situations familiales simples, constituées par un lien familial conforme à la règle de droit applicable. Puis, les situations familiales complexes, dans lesquelles le lien familial revendiqué n'est pas conforme à la règle de droit, mais dont la

création ou la reconnaissance sera autorisée par le juge afin de garantir les droits fondamentaux des demandeurs.

249. Il ne suffit pas cependant de constater que le juge est confronté à la notion de famille par l'intermédiaire du concept de lien familial pour valider le fait que ce concept représente l'unité conceptuelle de la notion de famille. L'étude de la démarche déductive de l'acte juridictionnel nous permettra de constater la manière dont le juge révèle dans les motifs de sa décision les sources du lien familial, ainsi que son intervention dans la création et l'évolution de ce concept.

Titre 2. La révélation des sources de l'unité conceptuelle de la notion de famille

250. L'analyse des moyens de la perception par le juge de la notion de famille a certes constitué une première étape, nécessaire, dans la vérification de l'hypothèse selon laquelle il serait possible d'identifier dans le lien familial l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, toutes les situations familiales soumises au juge le sont par l'intermédiaire de prétentions par lesquelles les parties demandent au juge la création ou la reconnaissance d'un lien familial. Cette prétention des parties portant sur la création d'un lien familial ou sur la reconnaissance en France d'un lien familial constitué à l'étranger déclenche la démarche inductive de l'acte juridictionnel et, de ce fait, le processus ayant pour objet la découverte, par le juge et pour lui-même, de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

251. Cependant, il faut aller plus loin dans l'analyse de l'acte juridictionnel et poursuivre la vérification au stade de la phase déductive de l'acte juridictionnel. En effet, la démarche déductive permet au juge de *révéler* dans les *motifs* de sa décision que l'unité conceptuelle de la notion de famille réside effectivement dans le concept de lien familial, car il explique dans motifs⁹⁹⁹ les raisons pour lesquelles le lien demandé est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Mais cet examen des motifs permet surtout d'aller plus loin dans l'analyse du concept de lien familial en abordant la question de ses sources. En effet, il apparaît que dans le cadre de la révélation qu'il opère, le juge peut être amené à construire ou à compléter le concept de lien familial en admettant la création ou la reconnaissance de liens familiaux qui ne remplissent pas les conditions de formation fixées par la loi d'ordre public familial, ce qui pose directement la question de savoir quelle est sa marge de manœuvre dans cette recombinaison. Est-il totalement « ligoté » par la règle de droit d'ordre public familial ?

La révélation des sources de droit régissant le lien familial, dans les motifs de la décision, peut précisément permettre de répondre à cette question.

252. Le juge a en effet l'obligation de motiver en fait¹⁰⁰⁰ et en droit¹⁰⁰¹ sa décision¹⁰⁰². L'obligation de motivation¹⁰⁰³ fait partie des règles du procès équitable¹⁰⁰⁴. Elle constitue un

⁹⁹⁹ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 492, n° 708.

¹⁰⁰⁰ La motivation en fait ne concerne que les faits litigieux, et ce, afin que les parties puissent connaître ceux qui ont été retenus par le juge, car considérés comme prouvés. L'absence de faits litigieux dans les motifs de la décision entraîne la cassation du jugement. Seuls les faits constatés seront revêtus de l'autorité de chose jugée (J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, p. 399, n° 480.).

gage de qualité de la justice¹⁰⁰⁵, une « garantie fondamentale de bonne justice¹⁰⁰⁶ » et une protection pour les justiciables¹⁰⁰⁷, car elle permet le contrôle de l'action du juge¹⁰⁰⁸. En principe¹⁰⁰⁹, la motivation est une condition de forme qui s'impose à toutes les juridictions et

¹⁰⁰¹ La motivation en droit, elle doit permettre d'identifier la règle de droit utilisée par le juge dans sa décision, ainsi que la manière dont elle a été interprétée, bien qu'il ne soit pas obligatoire de l'invoquer de façon explicite (*ibid.*).

¹⁰⁰² C. proc. civ., art. 455, al. 1^{er} : « Le jugement doit exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Cet exposé peut revêtir la forme d'un visa des conclusions des parties avec l'indication de leur date. Le jugement doit être motivé. »

¹⁰⁰³ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 679, n°195 ; JEULAND (E.), « Motivation », in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (*Dir.*), PUF, 2004, p. 911 et s ; V. aussi GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C.), « Droit processuel. Droits fondamentaux du procès », Coll. Précis, 9^e éd., Dalloz, 2017.

p. 1043, n° 436 et s.

¹⁰⁰⁴ Elle a été considérée comme « un principe fondamental reconnu par les lois de la République » (Cons. Const, 2 décembre 1976 n° 76-70 DC, JOFR du 7 décembre 1976, p. 7052), puis qualifiée de droit fondamental « à caractère constitutionnel » par le Conseil constitutionnel (Cons. Const, 13 novembre 1985 L n°85-142 du, JOFR du 20 novembre 1985, p. 13457). De même, la Cour européenne des droits de l'homme a rattaché la motivation à l'exigence d'un procès équitable posée par l'article 6-1 de la Convention (CEDH, 9 décembre 1994 (Ruiz Torija c/ Espagne ; Hiro Balani c/ Espagne), *Procédures*, 1999, n° 230, note N. FRICERO). De ce fait, la motivation de la décision est « élevée à la dignité de droit de l'homme » (J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, p. 400, n° 501).

¹⁰⁰⁵ La motivation garantit la transparence de l'instance (E. Jeuland, « Motivation », art. préc., p. 911) l'impartialité et le caractère non arbitraire du juge (J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, p. 398, n° 478) la protection contre l'erreur judiciaire, la pertinence du raisonnement du juge (J. Leroy, « La force du principe de motivation, in *La motivation*, actes du colloque Limoges, 1998, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Paris, LGDJ, 2000, XVII-121.p. 36), ainsi que la possibilité d'apprécier les chances d'une voie de recours (F. Zenati-Castaing, « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1563.). En bref, la motivation est une qualité du jugement¹⁰⁰⁵ dont le défaut entraîne la cassation pour défaut de base légale (L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *op. cit.*, p. 679, n°195).

¹⁰⁰⁶ GUINCHARD (S.) et *alii.*, *op. cit.*, p. 1043, n° 436 ; LEROY (J.), « La force du principe de motivation, in *La motivation*, actes du colloque Limoges, 1998, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Paris, LGDJ, 2000, XVII-121, p. 35 ; VIZIOZ (H.), « Etudes de procédure », Dalloz, réédition, 2011, p. 475.

¹⁰⁰⁷ D'après M. FAYE, « l'obligation de motiver les jugements est pour le justiciable la plus précieuse des garanties, elle protège contre l'arbitraire, lui fournit la preuve que se demande et ses moyens ont été sérieusement examinées ; et en même temps, elle met obstacle à ce que le juge puisse soustraire sa décision au contrôle de la Cour de cassation » (E. Faye, « La Cour de cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile », Ed. Librairie Edouard Duchemin, 1970, p. 106, n°82)

¹⁰⁰⁸ CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 679, n°195 ; JEULAND (E.), « Motivation », art. préc., p. 911 et s ; V. aussi GUINCHARD (S.) et *alii.*, *op. cit.*, p. 1105, n° 436 et s ; la motivation permet au juge de démontrer la rigueur de son processus réflexif (J. Héron, Th. Le Bars, *op. cit.*, p. 398, n° 478 et s.) et l'opportunité de son syllogisme afin de convaincre les parties qu'à la lumière de la règle de droit, plus précisément sous l'empire de la loi, la solution prise est la seule envisageable (F. Zenati-Castaing, art. préc.), ainsi que de justifier le sens de son jugement (L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *op. cit.*, p. 681, n°196). Ce faisant, le juge peut démontrer qu'il a appliqué la règle de droit en l'espèce (D. D'ambra, « L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges », Préf. G. Wiederkehr, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 236, LGDJ, 1994, p. 99).

¹⁰⁰⁹ L'obligation de motivation rencontre quelques exceptions (E. Jeuland, « Motivation », in *Dictionnaire de la justice*, *op. cit.*, p. 913). En effet, de nombreuses décisions qui relèvent du pouvoir discrétionnaire du juge (A. Perdriau, « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *LPA* 2001, p. 8). sont dispensées de motivation. Tel est le cas des actes d'administration dont l'objet n'est que d'assurer le bon déroulement de l'instance, et à travers lesquels le juge ne dit par le droit et ne tranche par le litige, par exemple (F. Eudier et N. Gerbay, *op. cit.*, n° 264) l'injonction faite à une partie qui détient une pièce afin qu'elle la produise ; le refus ou l'acceptation d'un renvoi ; le refus à statuer dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice ; le prononcé ou le refus d'une astreinte. Ainsi, ces décisions n'ont pas à être motivées car l'article 537 du Code de procédure civile dispose que ces mesures ne sont sujettes à aucun recours (J. Normand, « Le domaine du principe de motivation », in *La*

s'applique à toutes les décisions, quelle que soit leur nature¹⁰¹⁰. L'objet de la motivation est d'évoquer les éléments nécessaires touchant le fond de l'affaire¹⁰¹¹ afin d'expliquer le raisonnement qui justifie le sens du jugement. Les motifs constituent alors la partie discursive de la décision, dans laquelle le juge exprime la vérification qu'il a opérée lors de la démarche inductive de l'acte juridictionnel¹⁰¹². La motivation atteste de la subordination du juge à la règle de droit¹⁰¹³ et constitue donc une source de légitimité de la décision¹⁰¹⁴. En effet, le juge énonce dans les motifs le fondement juridique de sa décision. Ainsi, la lecture des motifs permet de connaître la règle de droit sur la base de laquelle il rend sa décision et d'appréhender la manière dont il l'applique et la marge de manœuvre dont il dispose pour éventuellement la créer¹⁰¹⁵.

253. Ainsi le juge, saisi d'une demande portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, doit vérifier si les conditions de formation de ce lien sont remplies en l'espèce et en énonçant la règle de droit sur la base de laquelle il rend sa décision, il révèle les sources du lien familial. En principe, le juge ne peut faire droit à la demande et admettre la création ou la reconnaissance du lien demandé que si celui-ci est conforme à la loi. Le juge révèle donc la limite de sa marge de manœuvre dans la construction du concept de lien familial : celle de

motivation, actes du colloque Limoges, 1998, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Paris, LGDJ, 2000, XVII-121 p. 22).

Le juge n'est donc pas obligé de donner les raisons qui l'ont conduit à trancher de telle façon le litige, mais s'il le fait, il n'encourra aucune sanction (A. Pedriau, art. préc., n° 8). De même, ne sont pas motivées les décisions dont les circonstances obligent à protéger l'intimité des parties (L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *op. cit.*, p. 687, n° 199), telles que certaines décisions de divorce ou le jugement d'adoption. En effet, Le juge qui prononce le divorce par consentement mutuel n'est pas tenu de motiver sa décision, sauf à mentionner expressément que les clauses de la convention préservent tantôt l'intérêt de l'enfant tantôt l'intérêt des époux (C. civ., art. 232) De même, les époux peuvent demander au juge de ne pas constater dans les motifs de sa décision les torts et griefs invoqués pour prononcer le divorce pour faute (C. civ., art. 245-1). En outre, le juge qui prononce le divorce pour altération définitive du lien conjugal n'établit pas dans les motifs de sa décision la raison de l'acceptation des époux (C. proc. civ., art. 1124). De même, la décision qui prononce l'adoption plénière (C. civ., art. 353, al. 5) ou l'adoption simple (C. civ., art. 361, qui renvoie à l'article 353 du Code civil) n'est pas non plus motivée afin de ne pas révéler l'origine de l'enfant. Au contraire, le jugement qui refuse l'adoption doit être motivé.

¹⁰¹⁰ Sont concernés par la motivation les jugements contentieux et gracieux, les jugements avant dire droit qui ordonnent des mesures provisoires, ainsi que l'ordonnance sur requête (C. proc. civ., art. 495, el 1^{er} : « L'ordonnance sur requête est motivée. »), les ordonnances en référé, certaines ordonnances rendues par le juge de la mise en état (C. proc. civ., art. 773, al. 2 : « Toutefois, dans les cas prévus aux articles 769 à 772, le juge de la mise en état statue par ordonnance motivée sous réserve des règles particulières aux mesures d'instruction. ») et même des décisions rendues par le bureau de la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re} 10 avril 1996, *RTD civ.* 1996. 712, note R. Perrot) ; CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), *op. cit.*, p. 686, n° 198 ; HÉRON (J.), LE BARS (TH.), *op. cit.*, p. 401, n° 503.

¹⁰¹¹ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 608, n° 702 ; HÉRON (J.), LE BARS (TH.), « Droit judiciaire privé », Domat, Droit privé, Montchrestien, Lextenso, 6^e édition, 2015, p. 401, n° 504.

¹⁰¹² MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 307, n° 557.

¹⁰¹³ *Ibid.* ; ZENATI-CASTAING (F.), art. préc.

¹⁰¹⁴ LEROY (J.), « La force du principe de motivation », art. préc., p. 36.

¹⁰¹⁵ ZENATI-CASTAING (F.), art. préc.

l'interprétation de la loi et de son application au cas. La loi d'ordre public serait donc la source exclusive du lien familial. Cependant, lorsque le lien demandé ne remplit pas les conditions légales, il peut exceptionnellement outrepasser les conditions fixées par la loi et exercer un acte jurisprudentiel afin de créer la règle de droit qui servira de fondement à son jugement. En effet, le juge peut déterminer que le lien, bien que contraire à la loi française, a été valablement établi à l'étranger et lui permettre de produire certains effets en France. De même, le juge peut considérer que le refus de créer ou de reconnaître le lien familial contraire à la loi entraîne, en fonction des circonstances de l'espèce, une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime poursuivi par la disposition qui interdit ce lien. Il révèle ainsi qu'il peut être lui-même exceptionnellement à l'origine de la règle et que les sources du lien familial sont donc duales (Chapitre I). Ainsi, malgré le caractère réduit de sa marge de manœuvre, il participe directement à la construction du concept de lien familial (Chapitre II).

Chapitre I La révélation de la source duale du lien familial

254. Si la création ou la reconnaissance d'un lien familial lui est demandée, le juge ne peut, en principe, faire droit à la demande que si ce lien est conforme à la règle de droit qui le régit¹⁰¹⁶. Il apparaît en effet que le juge reconnaît la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux : ce faisant, il révèle que la loi est la source principale du lien familial en tant que lien juridique. C'est la loi qui détermine les liens familiaux existant dans l'ordonnement juridique, liens de couple et lien de parenté, et qui fixe les conditions de formation du lien. Le juge ne peut accepter la création ou la reconnaissance d'un lien familial que si celui-ci remplit les conditions de formation fixées par la loi. Le juge révélerait alors que la loi est la source principale de ce lien (Section 1).

255. Cependant, le juge peut exceptionnellement décider de créer ou de reconnaître un lien qui ne remplit pas les conditions fixées par la loi. En effet, il peut déterminer qu'il s'agit d'un véritable lien familial lorsqu'il considère qu'au regard des circonstances de l'espèce, l'application de la règle au cas concret pourrait produire des effets préjudiciables, tels qu'une atteinte à un droit fondamental des parties. Dès lors, dans l'exercice de son pouvoir juridictionnel, le juge peut être amené à exercer un acte jurisprudentiel à partir duquel il crée la règle qui servira de fondement à sa décision. La conséquence directe de l'exercice de ce pouvoir est donc la révélation de la source alternative ou subsidiaire du lien familial. Le lien familial peut trouver sa source non seulement dans la loi, mais aussi dans la jurisprudence lorsqu'elle s'appuie sur les droits fondamentaux familiaux et sur les intérêts familiaux des parties, tels que le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit au mariage et l'intérêt de l'enfant. Ainsi, en exerçant l'acte jurisprudentiel, le juge révélerait que la jurisprudence est une source alternative du lien familial (Section 2).

¹⁰¹⁶ C. proc. civ., art. 12.

Section 1 La révélation par le juge de la source légale comme source principale du lien familial

256. Le juge révèle en effet la source principale du lien familial lorsqu'il reconnaît la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux¹⁰¹⁷. Cette reconnaissance est établie dans les motifs de la décision. En effet, il constate que la loi est la source principale du lien familial, car seuls les liens familiaux admis par la loi font partie de l'ordonnement juridique. En dehors de ces liens, aucun lien juridique ne peut être qualifié de lien familial. De même, seuls les liens qui remplissent les conditions de formation fixées par la loi peuvent être, en principe, créés ou reconnus. Ainsi, lorsque le juge est saisi d'une demande portant sur la création d'un lien familial ou la reconnaissance en France d'un lien familial établi à l'étranger, il ne pourra créer ou reconnaître qu'un lien familial expressément admis par la loi et qui remplit les conditions légales de formation.

257. En reconnaissant la réserve législative en matière de liens familiaux (§1) le juge constate donc que la source principale du lien familial est la loi (§2).

§1 La reconnaissance par le juge de la réserve législative en matière familiale

258. Les juges qui interviennent dans la création ou la reconnaissance d'un lien familial¹⁰¹⁸, les juges qui contrôlent la légalité et la conventionnalité¹⁰¹⁹ de leurs décisions, ainsi que les juges qui vérifient la constitutionnalité¹⁰²⁰ de la loi applicable, reconnaissent la compétence exclusive du législateur en matière familiale à travers les motifs de leurs décisions. Il conviendra alors de distinguer les auteurs de cette reconnaissance (A), puis d'analyser l'objet et les conséquences qu'elle implique (B).

¹⁰¹⁷ CARBONNIER (J.), « Droit civil », t. 1, PUF, 2004, n° 388 : « La loi est la source par excellence du droit de la famille. »

¹⁰¹⁸ V. *supra*. n°s 51 et s. ; le tribunal de grande instance, le juge aux affaires familiales, le tribunal d'instance.

¹⁰¹⁹ Les cours d'appel, la Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme.

¹⁰²⁰ Le Conseil constitutionnel.

A. Les auteurs de la reconnaissance

259. Les juges judiciaires reconnaissent et respectent, dans les motifs de leurs décisions, la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux (1). Nous élargirons exceptionnellement notre étude aux décisions rendues par d'autres Cours suprêmes afin de constater la manière dont le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme confirment cette reconnaissance (2).

3. La reconnaissance faite par les juges judiciaires

260. Les juges nationaux reconnaissent la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux dans les motifs de leurs décisions. Ainsi, de façon directe ou indirecte, ils révèlent la nature sociale et sociétale propre à la matière familiale, laquelle intéresse la collectivité, nécessite le débat parlementaire et, de ce fait, l'intervention du législateur¹⁰²¹. À cet égard, le Professeur Pascale Deumier avait repéré les mentions « selon la loi française » et « en l'état de la législation française » dans les décisions réalisant cette reconnaissance¹⁰²². En général, ces décisions concernent la demande de libéralisation de l'accès aux liens familiaux, ainsi que l'ouverture aux couples non mariés des droits réservés aux personnes mariées.

261. Dès lors, qu'il s'agisse des juges du fond (a) ou de la Cour de cassation (b), il semblerait qu'ils reconnaissent tous la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux.

a. La reconnaissance faite par les juges du fond

262. Les juges du fond semblent reconnaître la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux et plusieurs décisions en témoignent. Un exemple très représentatif est sans doute l'affaire relative au mariage célébré entre deux personnes de même sexe à Bègles, et ce, malgré l'opposition du ministère public. De même, les décisions concernant la demande d'adoption de l'enfant de la partenaire pacsée ou de la concubine illustrent la réalisation de cette reconnaissance par les juges du fond.

¹⁰²¹ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p 235.

¹⁰²² DEUMIER (P.), « Quand la Cour de cassation se prononce 'selon la loi française' ou 'en l'état de la législation française' », *RTD civ.* 2008, p. 438.

263. L'affaire du mariage de Bègles devant les juges du fond. Concernant la célèbre affaire du *mariage de Bègles*, le TGI de Bordeaux, dans sa longue et très pédagogique motivation du jugement rendu le 27 juillet 2004¹⁰²³, a recherché si la différence de sexe entre les époux constituait une condition de fond du mariage, tant au regard du droit interne français qu'au regard du droit européen. Ainsi, les juges bordelais ont relaté que, dès son origine, le Code civil n'énonce pas expressément la différence de sexe comme condition du mariage, car cette différence allait de soi pour les rédacteurs du Code civil. Puis, ils ont soulevé que si les références dans ce Code à l'homme et à la femme unis par les liens du mariage étaient nombreuses, ces références ont disparu dans le cadre de la consécration de l'égalité entre chacun des époux. Ensuite, ils ont invoqué plusieurs articles du Code civil, dont l'article 144, disposant l'interdiction de célébrer mariage pour l'homme avant 18 ans révolus et la femme avant 15 ans, ainsi que l'article 108, relatif à la communauté de vie et au domicile des époux, et les articles 264 et 300, régissant les conséquences du divorce et la séparation de corps. Enfin, ils ont fait référence aux travaux préparatoires de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs, afin de démontrer l'intention du législateur de donner un cadre légal spécifique aux couples de même sexe, réservant le mariage à l'union d'un homme et d'une femme. Les juges bordelais ont ainsi conclu que « *la différence des sexes est bien en droit français une condition du mariage* ». Par ailleurs, après avoir constaté que la condition d'altérité sexuelle en droit français était conforme à la Convention européenne des droits de l'homme, le TGI de Bordeaux affirme « qu'il existe une justification sociale à la condition posée par la législation française d'une différence de sexe pour contracter mariage » et continue en énonçant que « *si l'évolution des mœurs ou le respect d'un principe d'égalité peut conduire à une redéfinition du mariage, cette question doit faire l'objet d'un débat et nécessite l'intervention du législateur* ». Par ces motifs, le TGI de Bordeaux semble assurer que le seul compétent pour ouvrir le mariage aux personnes de même sexe est le législateur. Cette juridiction reconnaît donc la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux.

De même, la confirmation de ce jugement par la cour d'appel de Bordeaux le 19 avril 2005¹⁰²⁴, illustre, mais plus indirectement, la reconnaissance de la compétence exclusive du législateur en matière familiale. Dans son arrêt, la cour d'appel a recherché la solution en droit

¹⁰²³ TGI Bordeaux 27 juill. 2004 ; *D.* 2004. 2392, note E. Agostini; *ibid.* Somm. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP G* 2004. II. 10169, note G. Kessler ; *Gaz. Pal.* 2004. 3250, note de Geouffre de la Pradelle ; *AJ fam.* 2004, p. 407, obs. Attuel-Mendès ; *Dr. fam.* 2004, comm. 166, note V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2004, p. 719, obs. J. Hauser.

¹⁰²⁴ CA Bordeaux, 19 avr. 2005 ; *Dr. fam.* 2005, comm. n° 124, note M. Azavant ; *D.* 2005, p. 1687, note E. Agostini ; *ibid.*, 2005, Pan. 1414, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

interne, puis l'a comparée aux impératifs du droit européen et enfin, elle a prévu les conséquences d'une suite favorable à l'appel. C'est dans la recherche de la règle applicable que les conseillers bordelais semblent reconnaître la compétence exclusive du législateur en matière de mariage. En effet, la cour a commencé sa décision en définissant le mariage, puis elle a relevé l'importance de l'échange des consentements des prétendants devant l'officier de l'état civil, régi par l'article 75 du Code civil. À la lecture de cet article, la cour constate que le Code civil « impose à l'officier de l'état civil de recueillir la déclaration de deux personnes de sexe différent qui se prennent pour **“mari et femme”**. » Pour les conseillers, la mention « mari et femme » impliquait une condition d'altérité sexuelle, car l'échange des consentements prend la suite de la lecture des divers articles du Code civil, dont ceux relatifs à l'éducation et l'autorité parentale sur les enfants communs. De même, ils ont soulevé qu'une autre interprétation rendrait incohérentes les prohibitions à mariage concernant le frère et la sœur, ainsi que l'incidence du mariage sur la filiation à travers la présomption de paternité. La cour a constaté que « *la notion de père est ainsi liée étroitement à celle de mari* », aussi que la notion de femme mariée à la filiation commune aux époux à travers la présomption de paternité. En ce sens, la cour invoque la possibilité pour les époux d'adopter conjointement, ainsi que de demander l'adoption de l'enfant du conjoint. Dès lors, les conseillers de la cour d'appel de Bordeaux ont conclu « qu'en droit interne français le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe différent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime. La notion sexuée de mari et femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère. » Ils ont alors affirmé que « *cette différence de sexe constitue en droit interne français une condition de l'existence du mariage* ». C'est ainsi qu'en affirmant que, pour la loi française, l'altérité sexuelle constituait une condition de formation du mariage, la cour a reconnu la compétence exclusive du législateur en matière matrimoniale, qui était le seul compétent pour pouvoir modifier ou supprimer cette condition.

264. Le refus de l'adoption de l'enfant par la partenaire pacsée ou par la concubine de la mère. Par ailleurs, le refus de la demande d'adoption de l'enfant par la partenaire pacsée ou la concubine de la mère illustre également la reconnaissance réalisée par les juges du fond de la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux.

On peut citer l'arrêt rendu par la cour d'appel de Riom le 27 juin 2006¹⁰²⁵. En l'espèce, deux femmes avaient conclu un Pacs. Puis, l'une d'elles a donné naissance à un enfant conçu

¹⁰²⁵ CA Riom, 27 juin 2006, n° 06/00793 : JurisData n° 2006-315630 ; *RJPF* sept. 2006, p. 22, note C. Mécaré ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 6, note C. Mécaré ; *Dr. fam.* 2006, comm. 204, P. Murat.

par PMA avec tiers donneur anonyme à l'étranger. Le lien de filiation maternelle avait été établi par une reconnaissance prénatale. Par la suite, la partenaire pacsée de la mère de l'enfant a présenté une requête aux fins d'adoption simple de ce dernier, sollicitant en outre qu'il porte son nom de famille. Le TGI de Clermont-Ferrand, par un jugement du 24 mars 2006, a fait droit à ses demandes et le procureur de la République a interjeté appel de cette décision. Finalement, la cour d'appel de Riom a infirmé le jugement et débouté la partenaire pacsée de la mère de l'enfant de ses demandes. Si la cour a constaté que les conditions relatives à l'âge et aux consentements à l'adoption étaient réunies, elle a considéré que le transfert de l'autorité parentale de la mère de l'enfant à sa partenaire pacsée, résultant de l'article 365 du Code civil, n'était pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant. En effet, cet article prévoit que l'adoptant et le parent naturel sont investis concurremment des droits d'autorité parentale, à la condition qu'ils soient conjoints. Cependant, elle affirme « qu'en l'état de la législation française, des conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage et qu'aucune extension n'a encore été prévue par le législateur aux personnes pacsées. » Par cette formule, la cour d'appel de Riom reconnaît clairement que le seul compétent en matière de liens familiaux est le législateur. C'est donc le législateur qui réserve l'adoption de l'enfant du conjoint aux couples mariés. Lui seul a le pouvoir d'ouvrir cette adoption aux couples non mariés et de modifier la condition de l'article 365 du Code civil, afin que le partenaire pacsé adoptant puisse être investi concurremment de l'autorité parentale.

La même position avait été prise à l'égard de la demande d'adoption de l'enfant par la concubine de sa mère par la cour d'appel de Grenoble, dans un arrêt du 10 septembre 2008¹⁰²⁶, ainsi que par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 1^{er} octobre 2009¹⁰²⁷. En effet, dans les deux décisions, les demandes en adoption avaient été rejetées, car le transfert de l'autorité parentale à la concubine de la mère de l'enfant, résultant de l'article 365 du Code civil, a été considéré comme contraire à l'intérêt de l'enfant. De même, dans les deux décisions, l'exception du transfert de l'autorité parentale au profit des couples mariés a été soulevée par les juridictions, lesquelles affirment que « les conjoints étant, en l'état de la législation française, des personnes unies par les liens du mariage ». Ce faisant, les cours d'appel de Grenoble et de Paris reconnaissent la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux.

¹⁰²⁶ CA Grenoble, Ch. urgences, 10 sept. 2008, n° 07/03805.

¹⁰²⁷ CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 1^{er} oct. 2009, n° 08/21072.

b. La reconnaissance faite par la Cour de cassation

265. La reconnaissance de la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux a également été faite par la Cour de cassation . Le Professeur Pascale Deumier, dans une étude portant sur la référence récente de la Cour de cassation à l'état de la loi française, avait aussi soulevé l'utilisation des expressions « selon la loi française » et « en l'état de la législation française » dans les motifs de ses décisions afin de souligner le respect de cette compétence exclusive¹⁰²⁸. Dès lors, plusieurs exemples peuvent être cités, l'un des plus représentatifs étant l'arrêt relatif à l'affaire du *mariage de Bègles*, ainsi que les décisions refusant aux couples non mariés l'ouverture de certains droits réservés aux couples mariés.

266. L'affaire du mariage de Bègles devant la Cour de cassation. Ainsi, dans la décision du 13 mars 2007¹⁰²⁹ relative au *mariage de Bègles*, la Cour de cassation a reconnu, d'une façon plus laconique et péremptoire que le TGI et la cour d'appel de Bordeaux, que le seul compétent en matière de mariage est le législateur. En effet, la Cour affirme que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». Si la formulation est courte et sans explications, elle permet de comprendre que cette juridiction reconnaît en matière matrimoniale la compétence exclusive du législateur. Seul le législateur détermine les conditions de formation du mariage. Lui seul peut donc modifier l'accès au mariage, afin de permettre sa célébration entre deux personnes de même sexe. Quelques renseignements supplémentaires, quoiqu'aussi brefs, ont été fournis par le communiqué relatif à l'arrêt, publié par le Service de documentation d'études de la Cour de cassation¹⁰³⁰. En effet, il explique que la Haute juridiction a jugé « qu'en l'état de la loi française actuelle, le mariage n'est possible qu'entre un homme et une femme. » Puis, il souligne que la Cour a considéré la loi française comme conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, laquelle n'avait aucune force obligatoire en France. Ainsi, puisque la loi française, telle qu'interprétée par la Cour de cassation, n'est pas contraire à la Convention, la solution retenue s'imposait. Le communiqué contribue à la

¹⁰²⁸ DEUMIER (P.), « Quand la Cour de cassation se prononce 'selon la loi française' ou 'en l'état de la législation française' », art. préc.

¹⁰²⁹ Civ. 1^{re}, 13 mars 2007 ; *GAJC*, *op. cit.*, p. 222, n° 33-34 ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2007, n° 81, p. 10 ; *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud ; *Ibid.*, p. 315, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2007, p. 227, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2007, n° 5, note A. Leborgne ; *RLDC* 2007/5, n° 38, obs. G. Marraud des Grottes ; H. Fulchiron, Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel, *D.* 2007, p. 1375 ; 1389, rapp. G. Pluyette et note E. Agostini ; *ibid.* p. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Dr. fam.* 2007, comm. 76, note M. Azavant ; *JCP G* 2007, act. 136, obs. Y. Favier.

¹⁰³⁰ https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_9966.html.

reconnaissance de la compétence exclusive du législateur en matière matrimoniale lorsqu'il affirme que « *seule l'adoption d'une loi nouvelle par la représentation nationale pourrait faire évoluer cet état de droit* ».

267. Le refus de l'ouverture des droits réservés aux couples mariés aux couples non mariés. Par ailleurs, les demandes concernant l'ouverture des droits réservés aux couples mariés aux couples non mariés illustrent également la reconnaissance de la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux.

268. Le refus d'assimiler les partenaires pacsés à des conjoints. Par un arrêt du 5 mars 2008, la Cour de cassation a refusé d'assimiler les partenaires pacsés à des conjoints¹⁰³¹. En l'espèce, le partenaire pacsé était inscrit sur la liste électorale en qualité de conjoint contribuable au titre de l'article L. 11, 2° du Code électoral. Toutefois, le tribunal d'instance de Corte, par un jugement du 27 février 2008, avait ordonné sa radiation. Le partenaire pacsé s'était pourvu en cassation, en alléguant que la qualité de conjoint devait être attribuée aux personnes liées par un Pacte civil de solidarité comme celles liées par un mariage, cette qualification de conjoint nécessitant une communauté de vie, laquelle existe dans les deux cas. La question posée à la Cour était de savoir si la qualité de conjoint pouvait aussi être attribuée aux partenaires pacsés. Finalement, la Haute juridiction a rejeté le pourvoi en affirmant « *que les conjoints étant, en l'état de la législation française, les personnes unies par les liens du mariage, les dispositions de l'article L. 11, 2° du Code électoral en faveur du conjoint ne s'étendent pas aux personnes vivant maritalement et ne peuvent être invoquées par le partenaire d'un pacte civil de solidarité* ». En soulevant l'état de la législation française, la Cour reconnaît la compétence exclusive du législateur en matière matrimoniale et évite le rapprochement et la confusion entre les époux et les partenaires pacsés.

269. Le refus de l'adoption de l'enfant par la partenaire pacsée ou la concubine de la mère. Par un autre arrêt, la Cour de cassation a refusé l'adoption de l'enfant par la partenaire pacsée de sa mère. En effet, l'arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 19 décembre 2007¹⁰³², a approuvé l'arrêt de la cour d'appel de Riom¹⁰³³ en ce qu'elle a débouté la

¹⁰³¹ Civ. 2^e, 5 mars 2008, *D.* 2008, p. 1794, chron. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2008, p. 489, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2008, comm. 51, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2008-6/38, obs. Valory.

¹⁰³² Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007, n° 06-21.369, FS-P+B, B. c/ Proc. gén. : *JurisData* n° 2007-041977 ; *AJ fam.* 2008, p. 75, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 438, obs. P. Deumier ; *Procédures* 2008, comm. 46, obs. M. Douchy-Oudot ; *JCP* 2008. II. 10046, note Y. Favier ; *RJPF* 2008-3/28, obs. Th. Garé ; *D.* 2008, p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2008. 287, obs. J. Hauser ; *D.* 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ;

partenaire pacsée de sa demande en adoption de l'enfant de sa compagne. En effet, la Cour de cassation a constaté d'une part, que la mère de l'enfant perdrait son autorité parentale en cas d'adoption de son enfant alors qu'elle présentait toute aptitude à exercer cette autorité et que ce dernier ne manifestait aucun rejet à son égard et, d'autre part, que l'article 365 du Code civil ne prévoit le partage de l'autorité parentale que dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint. Elle affirme alors « *qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage* ».

270. La même solution a été prise par la Haute juridiction dans un arrêt du 9 mars 2011¹⁰³⁴, concernant les demandes des concubines ayant pour objet l'adoption simple croisée de leurs enfants. En l'espèce, les concubines avaient conçu chacune un enfant par insémination artificielle du même donneur. Puis, elles avaient formé une demande d'adoption simple de l'enfant né de leur compagne et consenti à l'adoption de leur enfant par celle-ci. La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 1^{er} octobre 2009¹⁰³⁵, a rejeté leur requête en adoption simple. Les deux femmes s'étaient alors pourvues en cassation. Toutefois, au visa de l'article 365 du Code civil, la Haute juridiction a rejeté le pourvoi aux motifs que l'adoption de l'enfant de la concubine entraîne la perte de l'autorité parentale de la mère et son transfert à sa concubine. Puis, elle a ajouté que la seule exception à ce transfert est réservée à l'adoption de l'enfant du conjoint et affirmé « *qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage* ». Par ces motifs, la Cour reconnaît la compétence exclusive du législateur en matière du mariage et donc de liens familiaux.

271. Plus récemment, la Cour de cassation a rendu un avis concernant la possibilité pour les concubins de même sexe d'établir un lien de filiation par la délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état¹⁰³⁶. La demande d'avis était composée de deux questions. La première question était de savoir si le juge est autorisé à délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe. Quant à la seconde, elle consistait à se demander si l'impossibilité de délivrer un tel acte au concubin de

Deffrénois 2008. 1119, obs. J. Massip ; *D.* 2008. 1028, note L. Mauger-Vielpeau ; *Dr. fam.* 2008, comm. 28, obs. P. Murat ; v. *supra.* n° 191.

¹⁰³³ CA Riom, 27 juin 2006, n° 06/00793 : *JurisData* n° 2006-315630 ; *RJPF* sept. 2006, p. 22, note C. Mécaray ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 6, note C. Mécaray ; *Dr. fam.* 2006, comm. 204, P. Murat ; v. *supra.* n° 264.

¹⁰³⁴ Civ. 1^{re} 9 mars 2011, n° 10-10.385, F-P+B+I : *JurisData* n° 2011-003220 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; *JCP N.* 2011, act. 320 ; *D. act.* 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc.

¹⁰³⁵ CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 1^{er} oct. 2009, n° 08/21072, déc. préc. ; v. *supra.* n° 264.

¹⁰³⁶ Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis, n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *Procédures* 2018, comm. 151 M. Douchy-Oudot ; v. *infra.* n° 493.

même sexe méconnaissait l'intérêt de l'enfant, protégé par l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant et portait une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale consacrée par l'article 8 de la Convention, au regard du but poursuivi. La Cour de cassation répond par la négative, sans toutefois se prononcer sur l'éventualité d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*, cette question relevant de la compétence du juge du fond. En revanche, quant à la possibilité d'établir un lien de filiation par la constatation de la possession d'état, la Cour de cassation affirme que : « *en ouvrant le mariage aux couples de même sexe, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 a expressément exclu qu'un lien de filiation puisse être établi à l'égard de deux personnes de même sexe, si ce n'est par l'adoption* ». Si le renvoi au législateur ou à l'état de la loi française n'est pas explicite, le message est relativement clair : pour pouvoir établir un lien de filiation, la loi n'ouvre aux couples de même sexe que le biais de l'adoption. Ce faisant, la Haute juridiction reconnaît également la compétence exclusive du législateur tant en matière matrimoniale qu'en matière de filiation.

4. La confirmation de la réserve législative en matière familiale faite par d'autres Cours suprêmes

272. Sur le plan interne et européen, tant le Conseil constitutionnel (a) que la Cour européenne des droits de l'homme (b) ont confirmé la réserve législative en matière familiale.

a. La confirmation faite par le Conseil constitutionnel.

273. Le Conseil constitutionnel semble confirmer¹⁰³⁷ la réserve législative reconnue par les juges judiciaires, tant les juges du fond, que la Cour de cassation. Cette reconnaissance a été faite cependant plus tardivement. En effet, durant une longue période, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur des lois essentielles relatives au droit de la famille, car le seul contrôle de constitutionnalité existant avant l'introduction de la QPC permettait uniquement l'examen des lois postérieures à la Constitution de 1958¹⁰³⁸. De même, l'intervention du Conseil en matière familiale s'avère limitée car la saisine du Conseil constitutionnel avait été réservée dans un premier temps au président de la République, au

¹⁰³⁷ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », art. préc., p. 235.

¹⁰³⁸ HAUSER (J.), « Le Conseil constitutionnel et la famille », CCC 2004, p. 104 ; v. aussi CAYOL (A.), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de la famille, CRDF 2013, n° 11, p. 11.

Premier ministre, au président de l'Assemblée nationale et au président du Sénat, aux parlementaires et au gouvernement, écartant ainsi la saisine individuelle. Puis, dans un second temps, la saisine a été ouverte, par la loi constitutionnelle du 29 octobre 1974, à soixante députés ou soixante sénateurs. Cette ouverture n'a cependant pas entraîné une augmentation des saisines en droit de la famille. De plus, la saisine du Conseil s'avérait plus politique que juridique ainsi que l'a démontré la quantité faramineuse de recours contre la loi relative au Pacs, alors que d'autres lois dont les conséquences étaient significatives et pour certaines plus contestables¹⁰³⁹, n'ont pas fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. En ce sens, il faut noter que les lois concernant la filiation n'ont jamais fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité avant l'introduction de la QPC¹⁰⁴⁰. Ainsi, si l'adoption de la QPC n'a pas provoqué un « raz de marée » devant les prétoires, les filtres assurés par les juges du fond et la Cour de cassation pour l'ordre judiciaire, ayant évité le déploiement incontrôlé de la QPC¹⁰⁴¹, elle a cependant donné lieu à une augmentation considérable de réponses du Conseil en matière familiale. Les institutions essentielles, telles que le mariage et l'adoption, ont fait l'objet d'une analyse. Cependant, la QPC n'a pas entraîné « une révolution » du droit de la famille¹⁰⁴².

274. Concernant la reconnaissance de la compétence exclusive du législateur, depuis la décision *IVG* du 15 janvier 1975¹⁰⁴³, le Conseil constitutionnel rappelle constamment, notamment lorsqu'il est confronté à une question relative au droit des personnes et de la famille, que « la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ». La phrase a également été utilisée lors de la décision relative à la loi dite « mariage pour tous » du 17 mai 2013¹⁰⁴⁴.

¹⁰³⁹ M. Hauser soulève plusieurs lois dont les conséquences étaient importantes et qui n'ont pas fait un contrôle de constitutionnalité, qui pour autant aurait nécessaire ou du moins pertinent. D'abord, la loi n° 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce, laquelle a prévu la possibilité pour le juge d'imposer l'abandon en propriété d'un bien au titre de paiement de la prestation compensatoire. Ensuite, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux successions, qui a ouvert le droit aux enfants adultérins de venir en concours à égalité avec le conjoint. Le texte prévoyait aussi que le jugement opère cession force en faveur du créancier. Puis, les n° 2002-304 du 4 mars 2002 et 2003-516 du 15 juin 2003, relatives au nom de famille, qui ont donné la possibilité aux parents de l'enfant de choisir son nom de famille par une déclaration conjointe. A défaut de cette déclaration, l'enfant prend le nom du père. (J. Hauser, « Le Conseil constitutionnel et la famille », art. préc.)

¹⁰⁴⁰ CAYOL (A.), « Question prioritaire de constitutionnalité et droit de la famille », art. préc., p. 12.

¹⁰⁴¹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 261.

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC ; *RDP* 1975, p. 185, chron. L. Favoreu, L. Philip ; *AJDA* 1975, p. 134, note J. Rivero ; *D.* 1975, jurispr., p. 529, L. Hamon.

¹⁰⁴⁴ Cons. const., 17 mai 2013, n° 669 DC, cons. 14 ; MATHIEU (B.), « Les 'questions de société' échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 : *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet.

Cependant, le Conseil a également pu reconnaître la compétence exclusive du législateur en matière matrimoniale, lors de sa décision QPC concernant le refus de l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe du 28 janvier 2011¹⁰⁴⁵, en invoquant les motifs de l'arrêt rendu par la Cour cassation relatif au *mariage de Bègles*¹⁰⁴⁶ : « *que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme* »¹⁰⁴⁷. Il a fait de même lorsqu'il a affirmé 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. Ainsi, le Conseil a considéré que l'altérité sexuelle pouvait être une condition de la formation du mariage posée par le législateur, dans l'exercice de la compétence qui lui attribue l'article 34 de la Constitution. En effet, le législateur pouvait estimer que la différence entre les couples de même sexe et de sexe différent justifiait une différence de traitement. Enfin, le Conseil a renforcé cette réserve législative en affirmant qu'« *il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation* »¹⁰⁴⁸. Le message du Conseil était clair : seul le législateur pouvait ouvrir le mariage aux personnes de même sexe.

275. Cette formulation a également été utilisée par le Conseil dans sa décision refusant l'adoption de l'enfant par la concubine ou la partenaire pacsée de la mère du 6 octobre 2010¹⁰⁴⁹, dans sa décision relative aux conditions des expertises génétiques sur une personne décédée à des fins d'actions en matière de filiation du 30 septembre 2011¹⁰⁵⁰, dans sa décision portant sur l'accès aux origines personnelles pour l'enfant dont la mère a accouché sous X du

¹⁰⁴⁵ Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, *JO* 29 janv. ; *D.* 2011. Pan., p. 1042, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011, p. 157, obs. F. Chénéde; *JCP* 2011. Chron. 29, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2011. Libres propos 250, obs. A. Mirkovic ; BEIGNIER (B.), « *Legislator Juris dictio* », *Dr. fam.* 2011, repère 3 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 32, note R. OUEDRAOGO ; MARTEL (D.), « *Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe* », *Dr. fam.* 2011, étude 4

¹⁰⁴⁶ *V. supra.* n° 266.

¹⁰⁴⁷ Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, déc. préc. cons. 3 ; *v. supra.* n° 274.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, cons. 9.

¹⁰⁴⁹ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, cons. : *JO* 7 oct. 2010, p. 18154 ; *AJDA* 2011, p. 705, tribune E. Sagalovitch ; *Constitutions* 2011, p. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.*, p. 361, obs. A. Cappello ; *D.* 2010. Actu. p. 2293, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 2744, note F. Chénéde; *ibid.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* Pan., p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 487, note F. Chénéde; *ibid.* p. 489, obs. C. Mécar; *JCP G* 2010, n° 1145, obs. A. Gouttenoire, C. Radé ; *ibid.*, n° 1163, § 15, obs. Mathieu ; *RTD civ.* 2010 p. 776, obs. Hauser ; *ibid.* 2011. 90, obs. P. Deumier ; CHÉNÉDE (F.), « *QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel* », *D.* 2010, p. 2744 ; LARRIBAUTERNEYRE (V.), « *L'article 365 du Code civil constitutionnel... mais inconstitutionnel ?* », *Dr. fam.* 2010, repère 10 : « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe* ».

¹⁰⁵⁰ Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, cons. 6 ; *RTD civ.* 2011, p. 743, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2012, n° 31, § 4, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2011, p. 549, obs. F. Chénéde; « *qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, du respect dû au corps humain* ».

16 mai 2012¹⁰⁵¹, ainsi que dans sa décision relative à la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe du 17 mai 2013¹⁰⁵². Ainsi, dans chaque décision, le Conseil a décidé de ne pas outrepasser son pouvoir, qui est celui de contrôler la constitutionnalité de la loi et de respecter la compétence du législateur de créer et de modifier les règles qui régissent les liens familiaux.

b. La confirmation faite par la Cour européenne des droits de l'homme

276. La Cour de Strasbourg confirme aussi la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux¹⁰⁵³. En effet, elle affirme de façon constante, lorsqu'elle se prononce dans le domaine qui concerne le droit des personnes et de la famille, qu'elle reconnaît une large marge d'appréciation aux États lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe¹⁰⁵⁴.

Cette formulation est utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme pour reconnaître la liberté des États membres d'ouvrir ou de conférer de nouveaux droits subjectifs en matière familiale. Tel a été le cas lorsqu'elle n'a condamné ni l'Autriche¹⁰⁵⁵ ni la France¹⁰⁵⁶ pour leur refus d'ouvrir le mariage entre personnes de même sexe. De même, la formulation a été employée lorsque la Cour a décidé de ne pas condamner la France¹⁰⁵⁷ du fait de son refus de permettre l'adoption de l'enfant par la partenaire ou la concubine de la mère.

277. En revanche, la Cour a pu considérer que cette marge d'appréciation laissée aux États membres est restreinte, dès lors qu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de

¹⁰⁵¹ Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC, cons. 8; *AJDA* 2012, p. 1036; *AJ fam.* 2012, p. 406, obs. F. Chénéde; *RDSS* 2012, p. 750, note D. Roman; *RTD civ.* 2012, p. 520, obs. J. Hauser; *Dr. fam.* 2012, comm. 120, note C. Neirinck; *JCP* 2012, 878, obs. Y. Favier; *RJPF* 2012-6/17, obs. M.-C. le Boursicot; *D.* 2013. Pan. p. 1437, obs. F. Granet-Lambrecht: « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, de substituer son appréciation à celle du législateur sur l'équilibre ainsi défini entre les intérêts de la mère de naissance et ceux de l'enfant ».

¹⁰⁵² Cons. const., 17 mai 2013, déc. préc., cons. 22: « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ».

¹⁰⁵³ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vue par ses sources », art. préc., p. 237.

¹⁰⁵⁴ CEDH, Gde ch., 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, n° 44362/04, §78.

¹⁰⁵⁵ CEDH 24 juin 2010, *Shalck et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04, §97; *D.* 2011. Pan., p. 1040, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau; *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud; *RTD civ.* 2010, p. 765, obs. J. Hauser; *Constitutions* 2010, p. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen; *JCP* 2010. 1013, note H. Fulchiron; *JCP G* 2010. I. 859, n° 30, obs. F. Sudre; *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. Lagarde

¹⁰⁵⁶ CEDH 9 juin 2016, n° 40183/07, *Chapin et Charpentier c/ France*, §48; *AJ fam.* 2016, p. 391, obs. F. Berdeaux-Gacogne; *JCP* 2016. 760, obs. F. Sudre; *RTD civ.* 2016, p. 590, obs. J. Hauser.

¹⁰⁵⁷ CEDH, sect. 5, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France*, §60: *JurisData* n° 2012-006488; *Dr. fam.* 2012, comm. 82, C. Neirinck; *RTD civ.* 2012. 275, obs. J.-P. Marguénaud; *D.* 2012, p. 1241, obs. I. Gallmeister; *ibid.*, 2013, p. 798, obs. M. Douchy-Oudot; *AJ fam.* 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc; *D.* 2012. 1241, obs. A. Dionisi-Peyrusse; *RTD civ.* 2012. 306 J. Hauser; *JCP G* 2012, 589, obs. A. Gouttenoire, F. Sudre; *AJDA* 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen.

l'identité d'un individu se trouve un jeu¹⁰⁵⁸. Telle a été la solution prise dans l'arrêt *Dickson*, dans lequel la Cour condamne le Royaume-Uni qui n'a pas permis à un homme purgeant une peine de réclusion à perpétuité de recourir à la procréation médicalement assistée afin de combler son désir d'avoir un enfant avec son épouse, alors que les visites conjugales leurs étaient interdites. En l'espèce, la Cour a conclu à la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme pour l'atteinte portée à la décision de l'homme de devenir père. En effet, la Cour a qualifié de « charge exorbitante » l'obligation pour le requérant d'établir et de démontrer « le caractère exceptionnel » de son cas afin d'être autorisé à recourir à une procréation médicalement assistée par le ministre de la justice britannique¹⁰⁵⁹. De même, dans la décision *Oliari et alii* la Cour européenne a condamné l'Italie, car elle n'offrait aucun cadre juridique aux couples de même sexe. Ainsi, la Cour a considéré que l'union civile ou le partenariat enregistré constituait la solution la plus appropriée pour ces couples. De même, elle a constaté qu'il existe au sein des États membres du Conseil de l'Europe une tendance à la reconnaissance juridique des couples de même sexe à travers une législation qui apporte un mode de vie de couple différent de celui du mariage. C'est à partir de cette tendance que la Cour souligne l'existence d'une obligation positive pour les États membres de disposer d'un tel dispositif législatif pour les couples de même sexe¹⁰⁶⁰. La marge d'appréciation laissée aux États est donc bien réduite, car si la Cour n'impose pas l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, elle impose une obligation de prévoir un dispositif de reconnaissance et de protection pour ces couples¹⁰⁶¹, notamment à travers l'introduction d'un partenariat enregistré.

B. L'objet et les conséquences de la reconnaissance de la compétence exclusive du législateur

278. L'objet de la reconnaissance. La reconnaissance de la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux par le juge pourrait paraître troublante et peu nécessaire¹⁰⁶², du moins pour les juges nationaux, étant donné que le juge doit rendre sa

¹⁰⁵⁸ CEDH, Gde ch., 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, déc. préc., § 78 : « Dès lors, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu (tel que le choix de devenir un parent génétique), la marge d'appréciation laissée à l'Etat est en général restreinte. »

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, § 82.

¹⁰⁶⁰ CEDH, 21 juill. 2015, *Oliari et alii c/ Italie*, n^{os} 18766/11 et 36030/11, § 178 ; *D.* 2015, p. 2160, et note ; *ibid.*, obs. H. Fulchiron ; *ibid.* 2016, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.*, p. 915, REGINE.

¹⁰⁶¹ V. en ce sens FULCHIRON (H.), « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.* 2015, p. 2160.

¹⁰⁶² DEUMIER (P.), « Quand la Cour de cassation se prononce 'selon la loi française' ou 'en l'état de la législation française' », *RTD civ.* 2008, p. 438.

décision conformément à la règle de droit applicable¹⁰⁶³. Toutefois, la mention explicite, parfois plus directe¹⁰⁶⁴, parfois plus sibylline¹⁰⁶⁵, de cette reconnaissance permet de constater la manière dont les juges appréhendent leur rôle et celui du législateur dans l'élaboration de la règle régissant le lien familial¹⁰⁶⁶. Ainsi, cette reconnaissance pourrait être interprétée comme une intention d'autolimitation de leur pouvoir en la matière¹⁰⁶⁷.

Cette position de retrait des juridictions serait alors une réponse à la pression exercée par certaines revendications sociales, à l'influence des législations étrangères¹⁰⁶⁸ et à des positions doctrinales qui, en affirmant que le respect aux droits fondamentaux exige une libéralisation du droit de la famille¹⁰⁶⁹, préconisent que cette évolution soit menée par le juge judiciaire, garant des libertés individuelles, ainsi que par le juge constitutionnel et européen, protecteurs respectivement de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰⁷⁰.

De même, la finalité de cette reconnaissance pourrait être d'attirer l'attention du législateur sur la nécessité de réformer les règles d'une situation familiale déterminée. La position de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel à l'égard de l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe paraît conforter cette idée : le juge, qu'il soit judiciaire ou constitutionnel, ne pouvait pas modifier la loi afin de permettre cette union, car seul le législateur est compétent en la matière¹⁰⁷¹. Le rapport annuel de 2007 de la Cour de cassation affirmait d'ailleurs que « sur de telles questions qui touchent à l'état des personnes, et plus généralement, aux fondements de notre société, il revient en définitive au législateur de décider s'il y a lieu de modifier les textes de notre Code civil »¹⁰⁷². En ce sens, plusieurs

¹⁰⁶³ C. proc. civ., art. 12.

¹⁰⁶⁴ V. notamment les arrêts rendus par les juges du fond : TGI Bordeaux 27 juill. 2004, déc. préc. ; CA Bordeaux, 19 avr. 2005, déc. préc. ; CA Riom, 27 juin 2006, déc. préc. ; CA Grenoble, Ch. urgences, 10 sept. 2008, déc. préc. ; CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 1^{er} oct. 2009, déc. préc. ; v. *supra*. n^{os} 263 à 264.

¹⁰⁶⁵ V. particulièrement l'arrêt de la Cour de cassation relatif au mariage de Bègles, Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, déc. préc. ; v. *supra*. n^o 266.

¹⁰⁶⁶ V. Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, « La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation », https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/, p. 326.

¹⁰⁶⁷ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », art. préc., p. 236.

¹⁰⁶⁸ V. en ce sens, AZAVANT (M.), « La Cour de cassation dit non au mariage homosexuel », *Dr. fam.* 2007, comm. 76.

¹⁰⁶⁹ V. CHÉNEDÉ (F.), « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* 2013, n^o 37, p. 6.

¹⁰⁷⁰ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », art. préc., p. 235 ; DEUMIER (P.), « Quand la Cour de cassation se prononce 'selon la loi française' ou 'en l'état de la législation française' », *RTD civ.* 2008, p. 438.

¹⁰⁷¹ CAYOL (A.), « Question prioritaire de constitutionnalité », art. préc., p. 13 : l'auteur considère que la transmission de la QPC portant sur le mariage entre personnes de même sexe aux motifs qu'il s'agissait d'une « question de société », alors qu'elle ne réunissait les conditions légales, avait « comme intérêt pratique de mettre celle-ci en lumière et d'insister sur la nécessité pour le législateur d'intervenir ».

¹⁰⁷² Rapport annuel de la Cour de cassation 2007, préc., p. 331.

commentateurs ont affirmé que désormais, « la balle était dans le camp du législateur »¹⁰⁷³. Lorsque ce dernier a adopté la loi dite « mariage pour tous » du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel l'a considérée comme conforme à la Constitution, en raison de la compétence exclusive du législateur en la matière¹⁰⁷⁴.

279. Les conséquences de la reconnaissance. La reconnaissance de la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux a pour conséquence principale d'établir les limites de l'étendue du pouvoir du juge. Il faut toutefois signaler que la stabilité et l'efficacité de cette limite ne sont pas les mêmes, selon que cette reconnaissance est faite par les juges nationaux ou qu'elle est réalisée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, lorsque la reconnaissance a été effectuée par les juges nationaux, la limitation du pouvoir du juge est certaine et stable, car elle découle du respect des règles constitutionnelles¹⁰⁷⁵. En revanche, lorsque la reconnaissance est réalisée par la Cour européenne, la variabilité du consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe sur lequel est fondée sa méthodologie empêche, en principe, la prévisibilité de la décision¹⁰⁷⁶. De ce fait, l'étendue du pouvoir reconnu aujourd'hui au législateur peut être différente demain. Il est possible d'illustrer cette idée par la solution prise par la Cour dans sa décision *Oliari et alii*, à partir de laquelle elle impose une obligation positive aux États membres d'offrir un dispositif législatif qui reconnaisse les couples de même sexe, même s'il est différent du mariage. Cette solution était relativement prévisible, en prenant en compte la solution dégagée par l'arrêt *Shalk et Kopf*, ainsi que l'essor du partenariat enregistré, ouvert notamment pour les couples de même sexe, dans les législations européennes¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ FULCHIRON (H.), « Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », *D.* 2007, p. 1375 ; AGOSTINI (E.), « Mariage homosexuel : le législateur tranchera », *D.* 2007, p. 1395 ; MARRAUD DES GROTTES (G.), « Mariage homosexuel : la balle est dans le camp du législateur... », *RLDC* 2007, n° 38.

¹⁰⁷⁴ Cons. const., 17 mai 2013, n° 669 DC ; MATHIEU (B.), « Les 'questions de société' échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 : *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet ; v. *infra.* n° 484 ; v. en ce sens, CHÉNEDÉ (F.), « La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur 'le mariage pour tous' » in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, *op. cit.*, p. 27 et s ; v. aussi, LEBEL (A.), « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ fam.* 2013, p. 122.

¹⁰⁷⁵ Le choix du Conseil constitutionnel de ne pas empiéter sur la compétence exclusive du législateur en matière familiale est considéré comme un moyen d'assurer la sécurité juridique du droit et de respecter la séparation des pouvoirs afin d'éviter une confusion entre le législateur et le Conseil (V. V. Larribau-Terneyre, « La question prioritaire du constitutionnalité », art. préc., p. 274 ; v. aussi, B. Beignier, « *Legis lator, Juris dictio* », *Dr. fam.* 2011, repère 3).

¹⁰⁷⁶ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », art. préc., p. 237.

¹⁰⁷⁷ V. en ce sens, FULCHIRON (H.), « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », art. préc.

Par ailleurs, concernant l'autolimitation en matière de liens familiaux réalisée par le juge, elle suppose son impossibilité à créer la notion et le régime d'un nouveau lien familial, ainsi que d'opérer une modification profonde d'un lien familial, entraînant sa dénaturation¹⁰⁷⁸. Les différentes décisions concernant le refus de l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe¹⁰⁷⁹ avant la loi de 2013, puis la décision validant la loi dite « mariage pour tous »¹⁰⁸⁰ en témoignent. Le juge affirme alors que le seul compétent pour créer, reconnaître ou altérer le concept et le régime des liens familiaux est donc le législateur.

C'est ainsi que les juges judiciaires et constitutionnel révèlent la source principale du lien familial. En effet, si le législateur est le seul compétent en matière de liens familiaux, c'est que la source principale du lien familial est alors la loi.

Cependant, cette affirmation n'implique aucunement que la loi soit la *seule* source du lien familial. En effet, la réserve législative en matière familiale n'évince pas le pouvoir du juge de compléter ou de créer la règle de droit à travers son acte jurisprudentiel¹⁰⁸¹, dès lors que la loi est inexistante, incomplète, ou que son application entraîne une atteinte disproportionnée à un droit fondamental au regard du but légitime poursuivi, ainsi que nous le verrons plus tard. De ce fait, le juge, en révélant la source principale du lien familial, révèle aussi que la jurisprudence en est une source alternative ou subsidiaire mais très importante. Si le juge ne

¹⁰⁷⁸ À cet égard, le contrôle réalisé par le Conseil constitutionnel a pu être critiqué, car en affirmant qu' « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur », il évite de réaliser une analyse approfondie de la question relative à la matière familiale (v. en ce sens, A. Cayrol, « question prioritaire de constitutionnalité », art. préc., p. 18).

¹⁰⁷⁹ Civ. 1^{re}, 13 mars 2007, déc. préc. ; v. *supra*. 266 ; Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007, n° 06-21.369, FS-P+B, B. c/ Proc. gén. : JurisData n° 2007-041977 ; *AJ fam.* 2008, p. 75, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 438, obs. P. Deumier ; *Procédures* 2008, comm. 46, obs. M. Douchy-Oudot ; *JCP* 2008. II. 10046, note Y. Favier ; *RJPF* 2008-3/28, obs. Th. Garé ; *D.* 2008, p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2008. 287, obs. J. Hauser ; *D.* 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Defrénois* 2008. 1119, obs. J. Massip ; *D.* 2008. 1028, note L. Mauger-Vielpeau ; *Dr. fam.* 2008, comm. 28, obs. P. Murat ; Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, *JO* 29 janv. ; *D.* 2011. Pan., p. 1042, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011, p. 157, obs. F. Chénéde ; *JCP* 2011. Chron. 29, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2011. Libres propos 250, obs. A. Mirkovic ; BEIGNIER (B.), « Legis lator Juris dictio », *Dr. fam.* 2011, repère 3 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 32, note R. OUEDRAOGO ; MARTEL (D.), « Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe », *Dr. fam.* 2011, étude 4 ; v. *supra*. n° 274 ; Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC ; *AJDA* 2011, p. 705, tribune E. Sagalovitsch ; *Constitutions* 2011, p. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.*, p. 361, obs. A. Cappello ; *D.* 2010. Actu. p. 2293, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 2744, note F. Chénéde ; *ibid.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* Pan., p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 487, note F. Chénéde ; *ibid.* p. 489, obs. C. Mécarry ; *JCP G* 2010, n° 1145, obs. A. Gouttenoire, C. Radé ; *ibid.*, n° 1163, § 15, obs. Mathieu ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. Hauser ; *ibid.* 2011, p. 90, obs. P. Deumier ; CHÉNÉDE (F.), « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, p. 2744 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « L'article 365 du Code civil constitutionnel... mais inconstitutionnel ? », *Dr. fam.* 2010, repère 10 ; v. *infra*. n° 456.

¹⁰⁸⁰ Cons. const., 17 mai 2013, Cons. const., 17 mai 2013, n° 669 DC ; MATHIEU (B.), « Les 'questions de société' échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 ; *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet ; v. *infra*. n° 475.

¹⁰⁸¹ V. *infra*. n° 301 et s.

peut pas créer un lien familial de toute pièce, il peut contribuer à la définition et même à l'évolution du cadre juridique régissant les liens familiaux.

§ 2 La loi, source principale du lien familial

280. Si « la loi est la source par excellence du droit de la famille »¹⁰⁸², il est aussi possible d'affirmer que la loi est la source principale et même, en principe, exclusive, du lien familial. En effet, la Constitution confère au législateur une compétence exclusive en matière familiale (A) et les règles qui déterminent les conditions et les effets des liens familiaux se trouvent dans la loi (B).

A. La compétence exclusive du législateur en matière familiale

281. Une compétence en matière familiale réservée au législateur. L'article 34 de la Constitution dispose que « la loi fixe les règles concernant : » « la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ». Par cette disposition, la Constitution détermine, de façon indirecte¹⁰⁸³, la compétence exclusive du législateur en matière familiale¹⁰⁸⁴. Cette compétence réservée au législateur s'explique parce que le droit de la famille résulte des choix de société qui consacrent des valeurs collectives lesquelles s'imposent par l'impératif de la règle de droit, générale et abstraite, aux désirs et aux volontés individuelles¹⁰⁸⁵. Le droit de la famille est en général régi par des lois impératives¹⁰⁸⁶ qui traduisent la détermination de la forme et de la fonction de la famille par l'État, bien qu'il faille reconnaître l'existence actuelle d'une pression significative venue des sources européennes et internationales¹⁰⁸⁷, qui modifie la règle d'ordre public familial.

¹⁰⁸² CARBONNIER (J.), « Droit civil », t. 1, PUF, 2004, n° 388.

¹⁰⁸³ La Constitution ne consacre pas une place très importante à l'institution familiale, bien que l'alinéa 10 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 prévoit que « la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement ». Ce manque d'intérêt a d'ailleurs été soulevé par M. Molfessis, qui affirme « la Constitution ne porte guère attention à la famille, dont le mariage est l'acte fondateur » (N., Molfessis, « Le Conseil constitutionnel et le droit privé », Préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997, n° 169).

¹⁰⁸⁴ MURAT (P.), « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *NCCC*, n° 39, 2013, p.19

¹⁰⁸⁵ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », *in Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 230.

¹⁰⁸⁶ ÉGÉA (V.), « L'impératif en droit de la famille », *RRJ* 2004-2, p. 651.

¹⁰⁸⁷ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », art. préc., p. 232.

Cependant, le caractère exclusif de la compétence du législateur en matière familiale est tempéré par la délégation dont elle peut faire l'objet (1). Par ailleurs, il convient de constater les déficiences de la loi déterminant la matière familiale (2).

1. *Le tempérament de la délégation de la matière familiale*

282. Si le législateur est le seul compétent pour légiférer en matière familiale, ce dernier peut cependant déléguer l'exercice de cette compétence au gouvernement à travers une habilitation à légiférer par ordonnance¹⁰⁸⁸. Le principe de la compétence exclusive en matière familiale est maintenu, car l'exercice de la délégation est soumis au contrôle du Parlement. Ainsi, en matière familiale, l'exemple le plus représentatif est l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation. Cette réforme était prévue à l'article 4 de la loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit¹⁰⁸⁹, qui autorisait le Gouvernement à réformer la filiation par voie d'ordonnance. Cet article affiche les sept objectifs de la réforme, dont l'idée était la simplification du droit de la filiation, le renforcement de sa cohérence et l'égalité des enfants¹⁰⁹⁰. Une partie de la doctrine a regretté la simplification de la filiation en arguant qu'« *on ne peut pas simplifier la complexité de la vie humaine. Le lien de filiation est naturellement complexe* »¹⁰⁹¹. De même, le choix de procéder par ordonnance a été contesté¹⁰⁹² : « peut-on réformer le droit de la famille sans discussion au Parlement sans véritable débat dans la société ? »¹⁰⁹³. En revanche, d'autres ont défendu le choix de réformer la filiation par ordonnance, en adoptant une vision plus réaliste et moins idéaliste du rôle du législateur dans la construction de la norme dans un système de droit écrit¹⁰⁹⁴. La discussion

¹⁰⁸⁸ Const. art. 38 : « Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. » « Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'Etat. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. Elles ne peuvent être ratifiées que de manière expresse. » « A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. »

¹⁰⁸⁹ MOLFESSIS (N.), « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155.

¹⁰⁹⁰ Loi n° 2004-1343 du 9 déc. 2004, art. 4 : (...) « 1° Tirer les conséquences de l'égalité de statut entre les enfants quelles que soient les conditions de leur naissance ; » « 2° Unifier les conditions d'établissement de la filiation maternelle ; » « 3° Préciser les conditions de constatation de la possession d'état ; » « 4° Harmoniser le régime procédural de l'établissement judiciaire de la filiation » « 5° Sécuriser le lien de filiation ; » « 6° Préserver l'enfant des conflits de filiation ; » « 7° Simplifier et harmoniser le régime des actions en contestation, notamment en en modifiant les titulaires et les délais. »

¹⁰⁹¹ MURAT (P.), « Simplifier le droit », *Dr. fam.* 2004, repère 6.

¹⁰⁹² *Ibid.* : « L'ordonnance - serait une injure à la filiation, élément central de l'état des personnes et fondement de tout le droit de la famille. Le droit de la filiation mérite mieux que de figurer à la rubrique « simplification par voie d'ordonnance » ! »

¹⁰⁹³ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 442, n° 938.

¹⁰⁹⁴ BEIGNIER (B.), « Le législateur », *Dr. fam.* 2005, repère 3.

parlementaire qui a eu lieu lors de l'examen de la loi d'habilitation a soulevé « la force symbolique de la loi en cette matière », laquelle constitue « une prérogative essentielle du Parlement »¹⁰⁹⁵. Cependant, par une décision du 2 décembre 2004¹⁰⁹⁶, le Conseil constitutionnel a rejeté le recours contre la loi de simplification du droit, en considérant que le Gouvernement avait respecté son obligation d'indiquer avec précision au Parlement, la finalité des mesures qu'il se proposait de prendre par voie d'ordonnances ainsi que leur domaine d'intervention¹⁰⁹⁷. Ensuite, le Conseil a affirmé d'une part, que l'urgence est au nombre des justifications que le Gouvernement peut invoquer pour recourir à l'article 38 de la Constitution et, d'autre part, que l'encombrement de l'ordre du jour parlementaire faisait obstacle à la réalisation, dans des délais raisonnables, du programme du Gouvernement tendant à simplifier le droit et à poursuivre sa codification. Ces deux finalités répondaient alors à l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi et justifiaient le recours du Gouvernement à être autorisé à légiférer par ordonnance¹⁰⁹⁸. En outre, le Conseil a estimé que les lois concernées par la loi d'habilitation pouvaient faire l'objet d'une délégation¹⁰⁹⁹. Enfin, le Conseil a affirmé que les dispositions de la loi d'habilitation n'étaient ni par elles-mêmes ni par les conséquences qu'elles entraînent, contraires aux règles et aux principes de valeur constitutionnelle¹¹⁰⁰. Ainsi, la loi de simplification du droit a été promulguée le 9 décembre 2004¹¹⁰¹. Puis, l'ordonnance sur la filiation a été promulguée le 4 juillet 2005¹¹⁰² et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006. Enfin, ce n'est que trois ans et demi plus tard, le 16 janvier 2009¹¹⁰³, que le Gouvernement a ratifié l'ordonnance, en opérant quelques modifications.

Dès lors, le seul symbolisme de la compétence exclusive du législateur en matière familiale n'a pas suffi à écarter la règle constitutionnelle relative à l'habilitation à légiférer par

¹⁰⁹⁵ SAUGEY (B.), Rapp. Sénat n° 5, « Projet de loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit », déposé le 7 oct. 2004.

7 oct. 2004.

¹⁰⁹⁶ Cons. const., 2 déc. 2004, n° 2004-506 DC.

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, Cons. 4.

¹⁰⁹⁸ *Ibid.*, Cons. 5.

¹⁰⁹⁹ *Ibid.*, Cons. 6.

¹¹⁰⁰ *Ibid.*, Cons. 7.

¹¹⁰¹ Loi n° 2004-1343.

¹¹⁰² Ord. n° 2005-759 du 4 juillet 2005, *JORF* n° 156 du 6 juillet 2005 page 11155.

¹¹⁰³ Loi n° 2009-61 du 16 janv. 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation, *JORF* n° 0015 du 18 janvier 2009 page 1062 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009/58.3338 ; DIONISI-PEYRUSSE (A.), « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, p. 966 ; LEPROVAUX (J.), « Ratification et un peu plus... de l'ordonnance portant réforme de la filiation », *RJPF* 2009-3/12 ; LEROYER (A.-M.), Filiation – Présomption de paternité – Conflits de filiation – Accouchement sous X. Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, *RTD civ.*, p. 2009, p. 375 ; MASSIP (J.), « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Defrénois* 2009, p. 591 ; VIAL (G.), « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009, étude 18.

ordonnance, dont les conditions excluent une catégorie de lois – les lois organiques, les lois de finances et les de financement de la sécurité sociale – « toutes les autres matières législatives [pouvant] faire l’objet d’une habilitation, quelle que soit leur importance et quelle que soit l’éminence des principes en cause »¹¹⁰⁴.

La délégation de l’exercice de la compétence du législateur en matière familiale ne nous semble donc pas remettre en cause sa compétence exclusive, d’abord, car elle est autorisée par la Constitution ; ensuite, car les conditions fixées pour son exercice n’excluent pas les règles concernant le droit de la famille ; enfin, car l’habilitation est toujours soumise au contrôle du Parlement. Cependant, il est possible de constater que le recours à la délégation de la compétence exclusive en matière familiale du législateur n’est justifié que par une nécessité, parfois simplement politique, de faire évoluer la loi d’une façon rapide et efficace, en dépit du débat parlementaire portant sur le contenu de l’ordonnance. Cette délégation montre alors un certain pragmatisme politique dans l’élaboration de la norme¹¹⁰⁵.

2. Les déficiences de la loi déterminant la matière familiale

283. La compétence exclusive du législateur en matière familiale ne doit pas être entendue comme un gage de stabilité, de clarté ou de qualité de la loi. En effet, depuis la fin du XXe siècle, la doctrine a pu constater la décadence du droit de la famille (a), notamment à partir de la dégradation de la loi régissant la famille (b).

a. La décadence du droit de la famille

284. À la fin du XXe siècle, Jean Hauser faisait le constat d’une décadence du droit de la famille et de la nécessité de sa réhabilitation¹¹⁰⁶. Ainsi, l’auteur considérait que la décadence se manifestait par une absence d’argumentation juridique dans plusieurs débats fondamentaux¹¹⁰⁷ laissant sa place à une argumentation plus médiatique, de nature sociologique et scientifique. Cette absence d’argumentation juridique aurait conduit le Parlement et les juridictions

¹¹⁰⁴ V. commentaire de la décision n° 2004-506 DC, « Loi de simplification du droit ». *in CCC* n° 18.

¹¹⁰⁵ DEUMIER (P.), « Le droit de la famille vu par ses sources », art. préc., p. 233.

¹¹⁰⁶ HAUSER (J.), « Décadence et grandeur du droit français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », *in Mél. D. Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 235.

¹¹⁰⁷ Dont celui du transsexualisme, la recherche de paternité, la maternité de substitution, la résidence de l’enfant après le divorce et les droits de l’enfant.

suprêmes à adopter des solutions incohérentes¹¹⁰⁸, incomplètes¹¹⁰⁹ et infondées¹¹¹⁰. L'auteur affirmait alors que la réhabilitation de ce droit impliquait la recherche d'une cohérence d'ensemble, même en dépit d'une cohérence dogmatique¹¹¹¹. Dès lors, il affirmait la nécessité de compléter la loi et de consacrer des solutions jurisprudentielles en créant un cadre logique et harmonieux¹¹¹², afin d'éviter la cacophonie résultant de l'adoption des textes partiels, privilégiant des situations particulières au mépris d'une vision générale. L'emprise grandissante et presque absolue du fait était également soulignée et l'auteur appelait à son appréhension, pour la construction d'un système logique et cohérent¹¹¹³. Enfin, la réhabilitation supposerait la recherche d'une prévisibilité du système juridique. L'auteur critiquait à cet égard un mouvement d'individualisation et de déjudiciarisation dont les conséquences étaient d'empêcher la prévisibilité des solutions. De ce fait, il s'interrogeait : « veut-on que tout le droit non patrimonial des personnes devienne du fait dont l'appréciation dépendrait du pouvoir souverain des juges du fond ? »¹¹¹⁴ La justification de ce mouvement était, selon l'auteur, cachée derrière l'apparence de l'intérêt de la famille et l'intérêt de l'enfant.

On constate que le mouvement d'individualisation et de déjudiciarisation a continué – l'introduction au sein du Code civil du divorce par consentement mutuel sans juge et l'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto* par les juridictions judiciaires, y compris la Cour de cassation, en témoignent -, donnant lieu à un nouveau droit de la famille qui émerge de la décadence de l'ancien.

¹¹⁰⁸ L'auteur critique l'acceptation de la Cour de cassation du changement de sexe en prenant en compte des arguments scientifiques concernant les chromosomes, sans considérer que l'« immutabilité du sexe était une nécessité d'ordre public, que la cohérence globale de notre droit en dépendait et que l'indisponibilité de l'état n'était pas un caprice de juriste mais le reflet de la double fonction de l'état civil. » (*Ibid.*, p. 263.)

¹¹⁰⁹ Concernant l'absence de l'interdiction de la maternité de substitution (*Ibid.*, p. 237).

¹¹¹⁰ L'auteur soulève l'existence des décisions écartant le texte applicable à l'espèce en matière d'exercice de l'autorité parentale, accordant la résidence alternée des enfants mineurs « au nom de l'équilibre psychologique des parents censé retentir sur l'équilibre de l'enfant », ainsi que l'exercice de l'autorité parentale aux grands parents. (*Ibid.*, p. 237). M. Hauser critique aussi l'intention d'appliquer de façon directe la Convention de New-York, car elle impliquerait « la réduction de la norme juridique à un cadre très vague, laissant la solution concrète se construire au jour le jour, à l'occasion de chaque litige, tout en devenant soutenable ou plaidable en vertu du traitement social des conflits familiaux ».

¹¹¹¹ *Ibid.* p. 239.

¹¹¹² L'auteur préconise compléter la loi par la définition du concubinage, par la régulation du changement de sexe et par la consécration de la contestation de reconnaissance d'enfant naturel. Aujourd'hui, ces manquements semblent en général comblés.

¹¹¹³ HAUSER (J.), « Décadence et grandeur du droit français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », art. préc., p. 241.

¹¹¹⁴ *Ibid.*, p. 241.

b. La dégradation de la loi régissant la famille

285. Depuis quelques années, la dégradation de la loi régissant le droit des personnes et de la famille est patente. En ce sens, Jean Hauser affirmait qu'il existe des « textes instables, inutiles, bavards, sans conséquences concrètes, contradictoires, etc., qui nourrissent le désintérêt des citoyens, qui encombrant inutilement les tribunaux et n'ont pour but que de donner l'impression que l'on fait "quelque chose", sans se soucier de ce que l'on fait »¹¹¹⁵. La raison de cette déperdition de la qualité de la loi s'expliquerait par la politisation excessive de la matière. Ainsi, les revendications sociales des groupes de pression ou des « lobbies » provoqueraient une forte tension qui, mal arbitrée, conduirait à la soumission du législateur et à l'octroi des droits en encourageant des excès et des impasses, produits par un défaut de réflexion sur l'articulation et les conséquences des réformes entreprises¹¹¹⁶. La recherche à tout prix d'une égalité parfaite et le prétexte de « problèmes de société » ont écarté toute réflexion approfondie et d'ensemble à l'égard des récentes réformes en droit de la famille, dont les difficultés techniques d'implémentation et des conséquences contradictoires et dangereuses n'ont pas été examinées¹¹¹⁷.

286. En ce qui concerne les règles régissant les liens familiaux, plusieurs exemples peuvent illustrer le défaut de qualité de la loi engendrant des situations incohérentes.

287. L'exemple des difficultés posées par la règle de conflit en matière de conditions de fond du mariage. On peut citer ici l'exception à la règle de conflit en matière de mariage, posée par la loi du 17 mai 2013, qui a ouvert le droit au mariage entre personnes de même sexe aux étrangers. En effet, si le principe est que les conditions du mariage sont régies par la loi personnelle des prétendants, ce principe est écarté lorsque la loi personnelle des prétendants interdit une telle union. Ainsi, le mariage pourra être célébré lorsqu'au moins l'un des futurs époux est français ou réside en France¹¹¹⁸. La finalité de cette exception était de garantir à tout prix le droit de se marier. Cependant, certaines conventions bilatérales signées par la France stipulent que la loi personnelle régit les conditions de fond du mariage. Le Ministère de la justice a essayé de clarifier la situation à travers une circulaire qui établit que l'exception de

¹¹¹⁵ HAUSER (J.), « Le crépuscule de la loi en droit des personnes et de la famille », in *Des liens et des droits*, Mél. J.-P. Laborde, Dalloz, 2015, p. 712.

¹¹¹⁶ *Ibid.*, p. 714.

¹¹¹⁷ *Ibid.*, p. 725.

¹¹¹⁸ C. civ., art. 201-1.

l'article 201-1, alinéa 2 du Code civil n'est pas applicable lorsque le prétendant est ressortissant d'un État avec lequel la France est liée par des conventions bilatérales prévoyant que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle¹¹¹⁹. Cependant, la Cour de cassation a écarté l'application de la loi étrangère interdisant le mariage entre personnes de même sexe, car contraire à l'ordre public international français et autorisé la célébration du mariage d'un marocain et d'un français¹¹²⁰.

288. L'exemple des difficultés posées par le renforcement du droit de la femme d'accoucher sous X. De même, on peut noter les conséquences produites par la loi du 8 janvier 1993¹¹²¹ qui a transposé le droit de la femme de ne pas révéler son identité lors de l'accouchement dans l'article 341-1 du Code civil et a consacré dans l'article 341 une fin de non-recevoir à toute action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X. Cette réforme avait pour objet de renforcer le droit de la mère de ne pas assumer une maternité et de répondre aux revendications des institutions adoptives afin de faciliter et rendre l'adoption plus rapide¹¹²². Ces finalités sont renforcées d'une part, par la brièveté du délai de deux mois durant lequel l'enfant remis à l'Aide sociale à l'enfance peut être restitué à ses parents s'ils en font la demande¹¹²³ sachant que ce délai une fois écoulé, l'enfant est placé aux fins d'adoption et, d'autre part, par la règle établie dans le Code de l'action sociale et des familles qui prévoit que l'enfant né d'une mère inconnue et remis au service de l'Aide sociale à l'enfance est immatriculé comme pupille de l'État, sa filiation étant considérée comme « inconnue » du fait du défaut de transcription de la reconnaissance paternelle sur les registres de naissance¹¹²⁴.

¹¹¹⁹ Circ. 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), NOR : JUSC1312445C, 2.1.2. ; *JCP* 2013, n° 729, obs. Ch. Bidaud-Garon ; FULCHIRON (H.), « À propos de la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du code civil) », *D.* 2013, p. 1969 ; FULCHIRON (H.), « Le 'mariage pour tous' en droit international privé : le législateur français à la peine... », *Dr. fam.*, 2013, dossier 9 ; BOICHÉ (A.), « Aspects de droit international privé », *AJ fam.* 2013, p. 362 ; PANET (A.), « 'Conventions bilatérales' : Mariage et conventions bilatérales », *AJ fam.* 2014, p. 346 ; GODECHOT-PATRIS (S.), GUILLAUMÉ (J.), « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013, p. 1756.

¹¹²⁰ Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n° 13-50.059, FS-P+B+R+I : JurisData n° 2015-000872 ; *Dr. fam.* 2015, comm. 63, note A. Devers, M. Farge ; *D. Actu.* 2015, obs. R. Méssa ; *D.* 2015, p. 464, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2015, p. 71, point de vue B. Haftel ; *Gaz. Pal.* 5 févr. 2015, n° 36, p. 11, avis J.-D. Sarcelet ; *RTD civ.* 2015, p. 91 P. Puig ; V. avant, CA Chambéry, 22 oct. 2013, n° 13/02258 ; *D.* 2013, p. 2464 ; *ibid.*, p. 2576, entretien H. Fulchiron ; *ibid.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2013, p. 720, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2014, 89, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2013, p. 1159, obs. A. Devers ; *ibid.* 1233, obs. F. Boulanger ; *Dr. fam.* 2013, comm. 158, obs. J.-R. Binet.

¹¹²¹ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales, *JO* 9 janv. 1993 p. 495.

¹¹²² HAUSER (J.), « Le crépuscule de la loi en droit des personnes et de la famille », art. préc., p. 714.

¹¹²³ CASF, art. L. 224-6 ; C. civ., art. 351, al. 2.

¹¹²⁴ CASF, art. L. 224-4, 1°.

Les dispositions de la loi de 1993 n'ont cependant pas prévu toutes les hypothèses. Ainsi, la fin de non-recevoir empêchait l'enfant non adopté, dépourvu de toute filiation, d'agir pour établir un lien de filiation maternelle¹¹²⁵. De ce fait, le droit de l'enfant à connaître ses origines était complètement méconnu¹¹²⁶. Le risque d'une condamnation de la France par la CEDH était très important, notamment après l'arrêt *Gaskin*, dans lequel la Cour affirme que le droit au respect de la vie privée et familiale exige que chacun puisse établir les détails de son identité d'être humain¹¹²⁷. C'est pourquoi la loi du 22 janvier 2002¹¹²⁸ a créé le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP)¹¹²⁹, qui recueille les données non identifiantes apportées volontairement par la femme lors de l'accouchement¹¹³⁰, recherche la femme lorsque l'enfant réalise une démarche pour connaître ses origines¹¹³¹ et reçoit la déclaration de la femme par laquelle elle autorise la levée du secret de sa propre identité¹¹³². L'enfant a alors le droit de connaître ses origines¹¹³³, mais ce droit s'avère limité, car il dépend du bon vouloir de la femme de laisser des informations non identifiantes au moment de l'accouchement, ainsi que de lever le secret¹¹³⁴. Ce mécanisme a permis à la France d'éviter une condamnation de la part de la Cour de Strasbourg, dans sa décision *Odièvre*¹¹³⁵ du 13 février 2003. Si les deux dispositions de la loi de 1993 ont été maintenues par l'ordonnance du 4 juillet 2005 relative à la filiation, la fin de non-recevoir a été supprimée par la loi de ratification du 16 janvier 2009. Dès lors, l'enfant peut désormais exercer une action en recherche de maternité, mais le résultat de l'action dépend du consentement de la femme de lui laisser les informations nécessaires relatives à son identité. De même, la suppression de la fin de non-recevoir à l'action en

¹¹²⁵ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 533-534, n° 1121.

¹¹²⁶ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 605, n° 646.

¹¹²⁷ CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c/ R. U.*, Série A, vol. 160 ; v. NICOLAS-MAGUIN (M. -F.), « L'enfant et les sortilèges », *D.* 1995, p. 205.

¹¹²⁸ Loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, *JO* 23 janv. 2002, p. 1519.

¹¹²⁹ CASF, art. L147-1 à L147-11 ; v. aussi Décr. n° 2002-781 du 3 mai 2002, relatif au Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et à l'accompagnement et l'information des femmes accouchant dans le secret pris pour l'application de la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'Etat, *JO* n°105 du 5 mai 2002 p. 8643 ; ARDEEFF (I.), « Pour le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et le maintien de l'accouchement sous X », *D.* 2001, p. 868.

¹¹³⁰ CASF, art. L. 147-5, 1°.

¹¹³¹ CASF, art. L. 147-3 ; art. L. 147-6.

¹¹³² CASF, art. L. 147-2, 2°.

¹¹³³ CASF, art. L. 147-2, 1°.

¹¹³⁴ CASF, art. L. 222-6.

¹¹³⁵ CEDH 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France*, *D.* 2003. IR. 739. 2003. Chron. 1240, par Mallet-Bricout, *JCP* 2003. II. 10049, note Gouttenoire-Cornut et Sudre, *JCP* 2003. I. 120, étude Malaurie, *Gaz. Pal.* 2005. 408, note Royant, *RJPF* 2003-4/34, obs. Le Boursicot, *Dr. fam.* 2003. Comm. 58, note Murat, *Dr. fam.* 2003. Chron. 14, par Gaumont-Prat, *LPA* 11 juin 2003, note Roy, *RTD civ.* 2003. 276, obs. Hauser, *RTD civ.* 2003. 375, obs. Marguénaud, *RDSS* 2003. 219, étude F. Monéger ; dans le même sens : CEDH 10 janv. 2008, *AJ fam.* 2008. 78, obs. F. Chénéde, *Dr. fam.* 2008. Alerte 13, obs. M. Brugeman, *D.* 2008. AJ. 415, obs. P. Guiomard, *RTD civ.* 2008. 285, obs. J. Hauser.

recherche de maternité peut avoir pour effet pervers d'inciter les femmes à ne plus donner leur accord pour lever le secret de leur identité¹¹³⁶.

De même, le père souhaitant établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant était dans l'impossibilité *de fait* d'établir la paternité. Il en va de même pour les grands-parents souhaitant établir un lien familial. À cet égard, l'article 62-1 du Code civil, introduit par la loi du 22 janvier 2002¹¹³⁷ a permis au père, lorsque la reconnaissance volontaire paternelle était impossible du fait du secret de son identité opposé par la mère, de demander au procureur de la République de rechercher la date et le lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. Cette solution a été reconduite par l'ordonnance de 2005 relative à la filiation. Les résultats de la recherche peuvent permettre au père de retrouver l'enfant avant l'engagement de la procédure d'adoption.

Toutefois, la possibilité d'établir un lien de filiation paternelle s'avère empêchée de fait en raison de la difficulté liée à l'identification de l'enfant lorsqu'il n'a pas fait l'objet d'une reconnaissance prénatale¹¹³⁸, ainsi qu'en raison de l'engagement très rapide d'une procédure d'adoption, qui risquerait de faire obstacle à l'établissement du lien de filiation paternelle¹¹³⁹. Ces dispositions ont ainsi donné lieu à un contentieux dramatique, caractérisé par le souhait du père d'établir sa paternité sur l'enfant qui avait déjà été placé aux fins d'adoption.

C'est dans ce contexte que la Cour de cassation, dans une célèbre décision *Benjamin*¹¹⁴⁰, a adopté une solution qui met en balance la vérité de la filiation biologique, la stabilité de la situation de l'enfant et les droits de la famille d'accueil¹¹⁴¹. En l'espèce, le père avait procédé à une reconnaissance prénatale de l'enfant. Puis, la mère a accouché sous X et l'enfant a été remis le même jour au service de l'Aide sociale à l'enfance et admis très rapidement à titre définitif comme pupille de l'État. Ensuite, l'enfant a été placé en vue de son adoption dans une famille d'accueil. Entre temps, le père avait entrepris auprès du procureur de la République une

¹¹³⁶ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 391, n° 1165 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 340, n° 683 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 603, n° 644.

¹¹³⁷ La loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État, a permis au père, préc.

¹¹³⁸ À cet égard, l'article 62-1 du Code civil, modifié par l'ordonnance du 4 juillet 2005, établit que lorsque la reconnaissance volontaire paternelle est impossible du fait du secret de son identité opposé par la mère, le père peut demander au procureur de la République de rechercher des date et du lieu d'établissement de l'acte de naissance de l'enfant. Les résultats de la recherche peuvent permettre au père de retrouver l'enfant avant l'engagement de la procédure d'adoption.

¹¹³⁹ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 610, n° 647.

¹¹⁴⁰ Civ. 1^{re}, 7 avr. 2006, pourvois n° 05-11.285 et 286 ; *D.* 2006, p. 1177, tribune B. Mallet-Bricout ; *AJ fam.* 2006, p. 249, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2006, p. 273, obs. P. Remy-Corlay ; *Dr. fam.* 2006, n° 124 ; *Défrenois* 2006. 38426 ; *LPA* 2006, n° 141, p. 17, obs. J. Massip ; *ibid.*, 2007, n° 91, p. 7, obs. J. Massip.

¹¹⁴¹ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 613, n° 650.

démarche pour retrouver l'enfant. Ce dernier a été identifié et le père a demandé à la cellule d'adoption du Conseil général la restitution de l'enfant. Ce n'est qu'après l'identification de l'enfant, que le conseil de famille a donné son consentement à l'adoption. Ainsi, le tribunal de grande instance a été saisi d'une requête en adoption plénière, ainsi que d'une requête en restitution de l'enfant. Cette juridiction a alors d'une part, rejeté la requête en adoption, laquelle a été considérée comme contraire à l'intérêt de l'enfant d'être élevé par son père qui l'avait reconnu et, d'autre part, elle a ordonné la restitution de l'enfant à son père. Cependant, un premier arrêt rendu en appel a déclaré la demande de restitution de l'enfant irrecevable, le consentement du conseil de famille ayant été considéré comme effectif et a prononcé l'adoption plénière de l'enfant. Les conseillers ont affirmé que la reconnaissance prénatale était privée de toute efficacité du fait de la décision de la mère d'accoucher sous X. En effet, l'identification de l'enfant par sa mère, contenue dans la reconnaissance était devenue inopérante. Ainsi, la reconnaissance paternelle n'est jamais devenue effective, car l'enfant n'a été identifié qu'après son placement en vue de l'adoption. Un second arrêt a énoncé, d'une part, que le consentement à adoption par le conseil de famille était régulier et que la réclamation du père a été effectuée à une date où le placement antérieur en vue de l'adoption faisait obstacle à toute demande de restitution et, d'autre part, que l'adoption plénière était conforme à l'intérêt de l'enfant.

La question était alors de savoir si la reconnaissance prénatale réalisée par le père avait effectivement établi la filiation paternelle et si le consentement à l'adoption donné par le conseil de famille était valable. La Cour de cassation, au visa de l'article 7 de la Convention de New York, casse et annule les deux arrêts, aux motifs que l'enfant avait été identifié par son père à une date antérieure au consentement à l'adoption. En effet, la reconnaissance prénatale avait établi la filiation paternelle de l'enfant avec effet au jour de sa naissance. Ainsi, le conseil de famille, qui était informé de cette reconnaissance, ne pouvait consentir valablement à l'adoption de l'enfant, car ce pouvoir relevait du seul pouvoir du père naturel de l'enfant. La décision de la Cour de cassation fait de la date du consentement à l'adoption du conseil de famille et de la connaissance de ce dernier d'une reconnaissance prénatale le facteur déterminant pour ordonner la restitution de l'enfant ou l'adoption. En effet, si le conseil de famille consent à l'adoption en ignorant à cette date la reconnaissance de l'enfant, l'adoption sera valable. En revanche, si le conseil donne son consentement en connaissance de la

reconnaissance prénatale, l'adoption sera alors impossible et le consentement nul. Tout dépendra donc de la réactivité du père¹¹⁴².

Cette décision illustre bien les difficultés que pose l'accouchement dans l'anonymat de la mère et la rapidité du placement de l'enfant aux fins d'adoption à l'égard du droit du père biologique d'établir la filiation paternelle, ainsi que celui de l'enfant à connaître ses origines et établir un lien de filiation à l'égard de son père. Ces problèmes ont dû être réglés par le juge, qui a pris en compte l'intérêt des parties, et surtout l'intérêt de l'enfant.

B. La détermination du lien familial par la loi

289. La loi détermine les liens familiaux existant dans l'ordonnancement juridique et fixe les règles régissant leur formation et leurs conséquences. Si la plupart de ces règles se trouvent principalement au sein du Code civil (1), certaines règles se trouvent éparpillées dans d'autres textes de loi (2).

1. Le Code civil, source principale du lien familial

290. La plupart des dispositions régissant le lien familial se trouvent dans la loi, et plus précisément au sein du Code civil¹¹⁴³. En effet, le Code civil est la source principale¹¹⁴⁴ des règles déterminant les liens familiaux et en général le droit de la famille, lequel se trouve concentré dans le Livre 1^{er} intitulé « Des personnes » et le Livre 3, intitulé « Des différentes manières dont on acquiert la propriété », qui régit, quant à lui, les successions, les libéralités et les régimes matrimoniaux. C'est en effet le Code civil qui reconnaît l'existence des deux types de liens, d'une part, les liens de couple - le mariage¹¹⁴⁵, le Pacs¹¹⁴⁶ et le concubinage¹¹⁴⁷ - et, d'autre part, le lien de parenté, résultant du lien de filiation¹¹⁴⁸. Le Code civil contient donc les

¹¹⁴² HAUSER (J.), « Le crépuscule de la loi en droit des personnes et de la famille », art. préc., p. 715 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 614, n° 650.

¹¹⁴³ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Codifier le droit de la famille », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 220 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 44, n° 57.

¹¹⁴⁴ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », LexisNexis, 2016, p. 3, n° 5.

¹¹⁴⁵ Pour l'acte de mariage, C. civ., art. 63 à 76 ; pour le mariage, C. civ., art. 143 à 227.

¹¹⁴⁶ C. civ., art. 515-1 à 515-7-1.

¹¹⁴⁷ C. civ., art. 515-8.

¹¹⁴⁸ C. civ., art. 310 à 370-5.

dispositions relatives à la constitution, aux conséquences et même à la dissolution des liens familiaux reconnus par le droit¹¹⁴⁹.

291. Cependant, si le Code civil détermine la catégorie des liens familiaux appartenant à l'ordonnement juridique (a), il ne reconnaît pas à la famille une identité autonome (b).

a. Les catégories de liens familiaux admis par la loi

292. La loi admet l'existence de deux catégories de liens familiaux, d'une part des liens de couple et d'autre part, des liens de parenté.

293. Les liens de couple. S'agissant des liens de couple, il s'agit des liens qui unissent deux personnes, issues en principe de deux familles différentes, de sexe différent ou de même sexe, qui se trouvent sur un même plan horizontal, et dont la finalité est d'établir entre elles une communauté de vie affective, sexuelle et matérielle. Les liens de couple sont marqués par le pluralisme juridique, car la loi consacre trois formes différentes de modes de vie de couple : le mariage, le Pacs et le concubinage. Les deux premiers sont des modes de vie de couple statutaires, dont le régime est organisé par la loi. En revanche, si le concubinage est défini par le Code civil, il est dépourvu de tout régime légal en raison de sa nature factuelle.

294. Les liens de parenté. Concernant les liens de parenté, ils unissent deux personnes dans un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre, qui est alors son ascendant. Le lien de parenté résulte de la filiation, qu'elle soit fondée sur la procréation charnelle, y compris lorsqu'elle est médicalement assistée, sur le vécu et donc sur la vérité sociologique et même sur la volonté. Le lien de parenté rattache donc une personne à sa mère et à son père, ainsi qu'à leur famille respective, sauf pour ce qui est de l'adoption simple. Si la loi établit plusieurs modes d'établissement de la filiation, le lien de filiation est le même, car il octroie aux personnes qu'il unit le même statut et entraîne les effets, tels que l'attribution du nom, de la nationalité, le prénom, ainsi que des droits personnels et matériels. De plus, le lien de filiation est le fondement du lien de l'autorité parentale.

¹¹⁴⁹ V. en ce sens, ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 5, n° 8.

b. L'appréhension de la famille par le Code civil

295. Si le Code civil consacre les règles qui régissent la constitution des liens familiaux admis par la loi, ainsi que celles relatives aux effets qu'ils entraînent, il ne réserve pas un livre ou un titre à la famille¹¹⁵⁰. D'ailleurs, il ne traite pas la famille comme un objet ou comme une entité¹¹⁵¹.

Ainsi, Jean Hauser a proposé la création, dans la première partie du Code civil, d'un livre consacré à la personne et d'un autre concernant les familles¹¹⁵². Selon l'auteur, cette séparation pourrait être justifiée par la nécessité d'appréhender la personne en tant qu'individu, renforcée par le développement de l'individualisme, des droits de l'homme et en général des droits subjectifs. Ainsi, la protection de la personnalité et de l'intégrité de la personne justifieraient, tôt ou tard, à la création d'un livre autonome¹¹⁵³. Quant au livre relatif aux familles, l'auteur préconise qu'il soit constitué de trois titres. Le premier consacrerait les dispositions générales, dont la définition de la famille¹¹⁵⁴, la fonction sociale de protection de la famille et la fonction de la famille de protection de l'enfant¹¹⁵⁵. Le deuxième livre concernerait le couple¹¹⁵⁶ et comporterait la reconnaissance du mariage et du Pacs comme formes de vie de couple, tout en permettant aussi la possibilité de constituer un couple de fait¹¹⁵⁷. Ce livre intégrerait les règles régissant la formation, les conséquences et la dissolution du mariage et du Pacs¹¹⁵⁸. S'agissant du troisième livre, il serait intitulé « Des enfants »¹¹⁵⁹ et serait composé des règles déterminant l'établissement de la filiation et les conséquences de la filiation¹¹⁶⁰. Si cette proposition serait,

¹¹⁵⁰ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Codifier le droit de la famille », art. préc., p. 220 ; HAUSER (J.), Le Conseil constitutionnel et le droit de la famille », CCC 2004, n° 16, p. 104.

¹¹⁵¹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », 7^e éd., Sirey, Dalloz, 2017, p. 5, n° 10 ; v. aussi en ce sens, FENOUILLET (D.), « Le droit de la famille hors le Code civil », LPA 2005, n° 188, p. 3, n° 37 et s.

¹¹⁵² HAUSER (J.), « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé « Des familles », in *Mél. F. Dekeuwer-Défossez*, LGDJ, 2013, p. 163.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 163.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 164 : « La famille est constituée d'un ensemble de personnes unies par un lien biologique ou de communauté de vie qui ont pour but d'assurer le développement dans la durée de leur association, dans le respect des droits et des libertés de chacun et des impératifs de la vie en société. »

¹¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 164.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 165.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 165 : « art. 8. À défaut d'une reconnaissance juridique telle que prévue ci-après, la constitution d'un couple de fait donnera lieu à l'application, dans le cadre des principes généraux du droit, à une obligation de loyauté entre les membres, à une compensation des appauvrissements injustifiés et à un partage des enrichissements résultant de la communauté de vie selon l'équité. À titre exceptionnel et en fonction de la durée de cette communauté, le juge pourra prévoir un gain de survie en faveur de l'un des membres. »

¹¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 165 et s.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 167.

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 167 et s.

selon l'auteur, « un appel à un nouvel ordre méthodologique en droit de la famille », il se demandait si l'instauration de ce nouvel ordre n'arriverait pas trop tard¹¹⁶¹.

En outre, certains ont pu s'interroger sur la possibilité de codifier le droit de la famille, afin de faciliter l'accès aux règles régissant la famille, de garantir leur lisibilité, de clarifier leur articulation et de rendre autonome cette branche du droit¹¹⁶². La création d'un « Code de la famille » impliquerait l'identification, puis le regroupement de toutes règles relatives à la famille, qu'elles fassent ou non partie du droit civil de la famille. Si cette codification peut paraître à première vue séduisante, elle s'avère, selon le Professeur Dekeuwer-Défossez, irréalisable¹¹⁶³. En effet, la rédaction d'un tel Code impliquerait l'identification puis l'extraction des articles du Code civil régissant la famille. La difficulté consiste à distinguer ces dernières des règles concernant uniquement la personne et l'identité de la personne. Plusieurs institutions relatives à la personne – l'état civil, le nom, le prénom, les mesures de protection, la nationalité, - ont une dimension familiale très importante¹¹⁶⁴. Il ne serait pas possible de les exclure. Il faudrait aussi enlever du Code civil les règles portant sur les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, ainsi que certaines relatives aux baux et à l'indivision. Une partie de la logique du Code civil serait alors sacrifiée. De même, une autre difficulté impliquerait le choix délicat des règles faisant l'objet du transfert, notamment celles relatives au Pacs et au concubinage¹¹⁶⁵. La codification du Code de la famille supposerait également de rechercher les règles régissant la famille au-delà du Code civil¹¹⁶⁶. Par ailleurs, l'auteur affirme que la création d'un Code de la famille entraînerait une dénaturation malvenue de la famille¹¹⁶⁷. Cette dernière est aujourd'hui régie essentiellement, pour ce qui est de sa formation, par le Code civil, lequel met au centre la personne et fait de la liberté individuelle le moteur principal. Cependant, elle est régie par des règles qui déterminent la politique familiale, lesquelles tendent à inciter les personnes à adopter certains comportements. Le Code de la famille, dont la construction s'avérerait certainement très politique, risquerait de transformer la famille en fonction d'un courant idéologique. La conséquence directe serait alors le rétrécissement des libertés individuelles¹¹⁶⁸. Par ailleurs, l'objet même de ce Code pourrait être une source de conflit : le Code régulerait-il « la famille » ou « les familles » ? Le premier Code consacrerait une seule conception de la famille, mais laquelle ? Celle du droit social, ouverte à

¹¹⁶¹ *Ibid.*, p. 173.

¹¹⁶² DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Codifier le droit de la famille », art. préc., p. 220.

¹¹⁶³ *Ibid.*, p. 221.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 222.

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

¹¹⁶⁶ *Ibid.*

¹¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 224.

¹¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 225.

toutes les formes de vie de couple ? Celle du droit des étrangers, dont l'image de la famille est traditionnelle, fondée sur le mariage et la filiation issue de ce dernier ? En revanche, le second entérinerait un pluralisme familial qui pourrait soit faire éclater complètement la notion de famille, soit la figer dans une liste déterminée de familles qui ne reconnaîtrait pas toutes les formes familiales existantes. En ce sens, le(s) Code de(s) (la) famille(s) n'accomplirait pas son (leur) objet¹¹⁶⁹. Enfin, la dernière difficulté serait d'octroyer ou non à la famille une certaine personnalité juridique. La famille est-elle un groupe ? Ses intérêts s'opposent-ils à ceux des individus ? La famille du Code civil, comme celle d'aujourd'hui, n'a jamais été considérée comme une entité à part entière. Elle a été et elle est toujours appréhendée à partir de l'individu qui la constitue. L'individu est placé au centre la famille et la liberté et l'égalité sont en quelque sorte les principes directeurs de la famille, depuis 1804 et surtout depuis les réformes Carbonnier des années soixante. L'emprise de ces principes a été renforcée par la montée de l'individualisme et l'influence des droits de l'homme, sous l'égide notamment de la Cour de Strasbourg. En ce sens, la Convention européenne des droits de l'homme ne protège pas la famille, mais le droit des personnes à leur famille¹¹⁷⁰. Ainsi, le Professeur Dekeuwer-Défossez conclut que la création d'un Code de la famille porterait un coup « non seulement à la famille, mais, ce qui serait encore plus grave, à nos libertés fondamentales »¹¹⁷¹.

2. *Le lien familial au-delà du Code civil*

296. Il existe des dispositions qui régissent la constitution et les effets des liens familiaux en dehors « des murs » du Code civil¹¹⁷². Ainsi, si reconnaître l'existence d'un droit de la famille en dehors du droit civil n'est pas très radical¹¹⁷³, il faut constater que cela provoque un phénomène de « décodification » du droit de la famille¹¹⁷⁴. Parmi les sources légales alternatives au Code civil du lien familial, le Code de procédure civile semblerait ainsi en être la seconde. En effet, il réserve un chapitre à « la procédure en matière familiale »¹¹⁷⁵, ainsi qu'à

¹¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 227.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 229.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 230.

¹¹⁷² ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 11, n° 17 ; FARGE (M.), « Avant-propos », in *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, MARIA (I.), FARGE (M.), (Dir.), coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 8, n° 3.

¹¹⁷³ CARBONNIER (J.), « Préface », in *Le Droit non civil de la famille*, Publication de la Faculté de Droit et Sciences Sociales de Poitiers-PUF, 1983, t. 10, p. VII-X., reproduit in *Jean Carbonnier. Écrits*, PUF, 2008, p. 163.

¹¹⁷⁴ FENOUILLET (D.), « Le droit de la famille hors le Code civil », art. préc., n°s 6 et s.

¹¹⁷⁵ C. proc. civ., art. 1070 à 1148-2.

de diverses procédures telles que « la filiation et les subsides »¹¹⁷⁶, « l'adoption »¹¹⁷⁷, « l'autorité parentale »¹¹⁷⁸. Il existe d'autres textes concurrents¹¹⁷⁹, certes ponctuels et parcellaires, qui déterminent, dans une moindre mesure, certains aspects fondamentaux de l'établissement des liens familiaux, tels que les dispositions du Code de la santé publique, qui régissent les conditions de mise en œuvre de l'assistance médicale à la procréation¹¹⁸⁰, ainsi que celles du Code de l'action sociale et des familles, concernant l'accès d'une personne à ses origines¹¹⁸¹. Ainsi, le droit social a pu jouer un rôle très important dans la reconnaissance des nouvelles formes familiales, au-delà du modèle traditionnel fondé sur le mariage. Cette reconnaissance a souvent été « le prélude à sa consécration en droit civil »¹¹⁸². En ce sens, le concubinage, comme l'enfant né hors mariage ont été reconnus d'abord par le droit social, avant de l'être par le droit civil. Il existe également des textes gouvernant les conséquences des liens familiaux en dehors du Code civil : le Code pénal, pour certaines circonstances aggravantes et atténuantes prenant en compte les liens familiaux¹¹⁸³, le Code général des impôts, pour ce qui est du régime de l'impôt sur le revenu des personnes physiques¹¹⁸⁴, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, notamment pour les dispositions concernant le regroupement familial¹¹⁸⁵, le Code de la sécurité sociale et les dispositions relatives à l'assurance maladie-maternité¹¹⁸⁶ et aux allocations familiales¹¹⁸⁷, la loi n° 80-462 du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation, qui comporte dans ses articles 14 et 15 des dispositions importantes pour l'organisation des relations entre concubins et entre partenaires pacsés, etc.

297. Dans tous les cas, il est possible de constater que c'est la loi qui admet et régit les liens familiaux existants dans l'ordonnement juridique français.

¹¹⁷⁶ C. proc. civ., art. 1149 à 1157-3.

¹¹⁷⁷ C. proc. civ., art. 1165 à 1178-1.

¹¹⁷⁸ C. proc. civ., art. 1179 à 1210-2.

¹¹⁷⁹ FENOUILLET (D.), « Le droit de la famille hors le Code civil », art. préc., n° 14 et s.

¹¹⁸⁰ CSP, art. 2141-1 à 2141-12.

¹¹⁸¹ CASF, art. L147-1 à L147-11.

¹¹⁸² MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 47, n° 60.

¹¹⁸³ C. pén., art. 222-31-1 à 222-31-2 ; 227-1 à 227-33.

¹¹⁸⁴ CGI, art. 6.

¹¹⁸⁵ CESEDA, art. L. 411-1 à L. 441-1.

¹¹⁸⁶ CSS, art. L. 172-2.

¹¹⁸⁷ CSS, art L521-1 à L521-3.

Section 2 La révélation de la source alternative du lien familial : la règle jurisprudentielle

298. Le juge révèle la source alternative du lien familial lorsqu'il exerce son pouvoir de créer ou de reconnaître un lien familial contraire à la loi. Il peut décider que ce lien est un véritable lien familial, même s'il ne remplit pas les conditions de formation fixées par la loi. En effet, il peut considérer que les circonstances de l'espèce, le respect des droits fondamentaux et la prise en compte des intérêts des membres de la famille, notamment l'intérêt de l'enfant, justifient qu'il écarte exceptionnellement la règle applicable afin d'établir ou de recevoir un lien *contra-legem*. Ainsi, le lien familial peut trouver sa source non seulement dans la loi, mais également dans la jurisprudence lorsqu'elle s'appuie sur les droits fondamentaux et sur les intérêts familiaux. De ce fait, il est possible d'affirmer que les libertés et les droits fondamentaux reconnus notamment par la Convention EDH opèrent en tant qu'*éléments correcteurs* qui imposent l'éviction de la loi applicable au profit de l'établissement d'un lien familial.

299. Le juge révèle la source alternative du lien familial lorsqu'il exerce un pouvoir créateur, caractérisé par l'acte jurisprudentiel, dont le résultat est la règle jurisprudentielle (§1). Lorsque ce pouvoir créateur est exercé en matière familiale (§2), le juge peut créer ou reconnaître des liens familiaux contraires à la loi.

§1 La reconnaissance du pouvoir créateur du juge

300. En principe, le juge ne peut créer ou reconnaître un lien familial demandé par les parties que lorsqu'il est conforme à la règle d'ordre public familial, laquelle pose les caractères du lien familial. Cependant, il peut décider de faire droit à la demande des parties concernant la constitution ou la reconnaissance d'un lien familial qui est contraire à la loi, dès lors qu'il considère que le lien demandé par les parties constitue un véritable lien familial. Pour ce faire, le juge exerce un acte jurisprudentiel (A), à partir duquel il crée la règle de droit applicable au litige, c'est-à-dire la règle jurisprudentielle (B).

A. L'acte jurisprudentiel

301. Le juge exerce l'acte jurisprudentiel lorsque la loi n'apporte pas la solution au cas concret dont il est saisi. En effet, selon l'article 4 du Code civil, le juge doit juger et ce, même si la loi est obscure ou incomplète¹¹⁸⁸. De ce fait, malgré l'insuffisance ou l'inexistence de la loi applicable à l'espèce, le juge doit rendre sa décision... tout en ayant l'obligation de trancher le litige conformément à la règle de droit applicable¹¹⁸⁹. Ainsi, lorsque la loi est insuffisante ou inexistante, le juge est obligé de créer ou de compléter la règle de droit qui servira de fondement à son jugement. Le juge exerce l'acte jurisprudentiel, car il a besoin¹¹⁹⁰ de créer la règle de droit afin de fonder son jugement et d'accomplir son office¹¹⁹¹.

302. La fonction de l'acte juridictionnel. L'absence de la règle amène le juge à exercer l'acte jurisprudentiel, qui consiste à créer¹¹⁹² ou du moins à compléter la règle de droit applicable à l'espèce afin de pouvoir rendre sa décision et de ce fait, accomplir son office. Le juge peut aussi créer une règle contraire à la règle générale et abstraite édictée par le législateur, formulant alors une règle jurisprudentielle *contra-legem* dont l'application se substitue à la loi¹¹⁹³. De même, il peut appliquer de façon anticipée une réforme législative en dépit de la loi normalement applicable à l'espèce. En effet, le juge peut décider d'écartier l'application de la loi qui régit la situation au profit de la loi nouvelle, en la faisant rétroagir¹¹⁹⁴. Enfin, le juge peut remplacer la règle de droit prétorienne par une autre règle jurisprudentielle qui la contredirait. Cela constitue un revirement de jurisprudence, lequel implique un changement, un remplacement ou l'abandon d'une ligne jurisprudentielle constante et habituelle. Le revirement peut avoir lieu soit de façon progressive, en passant par une période de transition qui permet l'assimilation de l'évolution de la solution, soit au contraire de façon

¹¹⁸⁸ C. civ., art. 4 : « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

¹¹⁸⁹ C. proc. civ., art. 12, al. 1^{er}.

¹¹⁹⁰ DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation » in *La création du droit par le juge*, *Arch. Phil. dr.*, T. 50, Dalloz, 2007, p. 56, n° 7 ; V. aussi en ce sens, BOULANGER (J.), « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, p. 428, n° 21.

¹¹⁹¹ En ce sens, DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 8 : La jurisprudence « naît de la nécessité et du procès ; elle est le corollaire, inéluctable, de l'office du juge. »

¹¹⁹² En ce sens, ZENATI-CASTAING (F.), art. préc., p. 1558 ; V. aussi MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 308, n° 557 et s.

¹¹⁹³ DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », art. préc., p. 325, n° 586.

¹¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 328, n° 588.

abrupte. Dans ce cas, le revirement se matérialise à travers un arrêt de principe dont l'attendu principal inscrit une règle générale et abstraite¹¹⁹⁵.

En ce sens, le Professeur Louis Bach a identifié, à partir de la liste dressée par l'article 4 du Code civil, les trois cas classiques dans lesquels, en cas de carence de la loi, le juge crée la règle de droit à partir de son interprétation¹¹⁹⁶. Le premier implique l'interprétation de la loi en raison de son « obscurité ». En effet, le caractère obscur ou ambigu du texte de loi peut donner lieu à plusieurs lectures et donc à plusieurs applications possibles. Ce faisant, le juge contribue à déterminer le sens et la portée de la loi¹¹⁹⁷. Le deuxième suppose de combler les lacunes laissées volontairement dans la loi ou standards¹¹⁹⁸. Il s'agit pour le juge de déterminer le contenu des notions indéterminées, mais déterminables, afin qu'il puisse les adapter au contexte moral et social de l'époque à laquelle il doit juger. Il existe plusieurs exemples classiques de ces notions indéterminées : « l'ordre public », l'ancienne notion de « bon père de famille », « l'intérêt de la famille », l'« intérêt de l'enfant », la « bonne foi », l'« équité », etc. Le troisième concerne les « lacunes involontaires » de la loi et l'obligation du juge de les combler. À ces cas, il faudrait ajouter une autre manifestation de l'interprétation de la loi, celle relative au contrôle de la conformité de la loi aux conventions et traités internationaux, ce contrôle pouvant donner lieu à la mise à l'écart de la règle de droit applicable¹¹⁹⁹.

On peut alors constater que le rôle du juge ne se limite pas à *dire le droit du jugement, il crée aussi le droit en vue du jugement*¹²⁰⁰. Ainsi, l'acte jurisprudentiel s'avère être une exception, car il n'a lieu que lorsque la loi est défailante en ce qu'elle n'apporte pas la solution applicable au litige. La règle de droit résultant de l'acte jurisprudentiel n'est édictée qu'« à l'occasion du jugement et en vue du jugement »¹²⁰¹.

303. La gradation de l'acte créateur du juge de la règle de droit. Il est possible de se demander à partir de quel moment on peut considérer que le juge crée la règle de droit. Le juge exerce l'acte jurisprudentiel en fonction de l'absence, de l'ambiguïté ou de l'insuffisance de la règle de droit. De ce fait, moins la règle est précise, plus large est alors la marge de manœuvre

¹¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 327, n° 587 ; DEUMIER (P.), « Le revirement de jurisprudence en question » in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Carpano (É.) (Dir.), Karpenschcif (M.) (Préf.), Bruylant, 2012, p. 60-61.

¹¹⁹⁶ BACH (L.), « La jurisprudence est, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) in *Mél. J. Héron*, LGDJ, Lextenso, LexisNexis, 2008, p. 52-55.

¹¹⁹⁷ DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *Rép. civ.*, Dalloz, n° 11.

¹¹⁹⁸ ; V. THIOYE (M.), « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *RRJ*, 2014-4.

¹¹⁹⁹ DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », art. préc., p. 57, n° 8.

¹²⁰⁰ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 309, n° 557.

¹²⁰¹ *Ibid.*, p. 315, n° 566.

du juge. L'acte créateur de la règle jurisprudentielle étant limité par le texte de la loi¹²⁰², la fonction jurisprudentielle s'avère être une fonction graduelle qui dépend de l'absence ou de l'existence de la règle de droit applicable¹²⁰³. En effet, cette fonction sera plus importante lorsque la règle est inexistante, car le juge devra la créer, alors qu'elle sera moins intense dès lors que la règle existe, mais que le juge a besoin de l'interpréter soit pour la compléter – la fonction s'exerce *a minima* – soit pour l'écarter au profit d'une solution nouvelle¹²⁰⁴.

L'acte jurisprudentiel produit un effet particulier caractérisé par la création d'une règle de droit sur laquelle le juge pourra fonder son jugement. Il comporte alors un effet constitutif¹²⁰⁵, caractérisé d'une part, par l'édiction d'une norme juridique composée d'un présumé et d'un effet juridique¹²⁰⁶ et, d'autre part, par la création d'un droit subjectif nouveau¹²⁰⁷. L'acte jurisprudentiel trouve alors son moyen dans la motivation de la décision¹²⁰⁸, ses motifs constituant alors le siège de la règle jurisprudentielle¹²⁰⁹. C'est donc dans les motifs de la décision que le juge matérialisera la règle qui a servi de fondement de sa décision.

304. La création *stricto sensu* de la règle de droit. Le juge crée de toute pièce la règle de droit dès lors que cette dernière est absolument inexistante. Dans ce cas, le juge est confronté à une question inédite¹²¹⁰, car elle n'a jamais fait l'objet d'une intervention judiciaire. En ce sens, en matière familiale, les problèmes relatifs à la procréation médicalement assistée, avant l'adoption des lois de bioéthique de 1994, ont été considérés comme des questions totalement inédites¹²¹¹. Ainsi, lorsqu'il a été saisi pour l'une de ces questions, il a dû non seulement dire le droit de l'espèce, mais encore créer la règle sur laquelle il fondait sa décision¹²¹². Cette règle nouvelle peut être matérialisée de façon solennelle au sein du « chapeau » d'un arrêt du principe¹²¹³. Cette situation est relativement rare, compte tenu des caractères général et abstrait de la règle de droit, lesquels permettent au juge de l'adapter à un large ensemble de situations.

¹²⁰² HÉRON (J.), « L'infériorité de la norme jurisprudentielle », *RRJ*, 1993, p. 1085, spéc. n° 5.

¹²⁰³ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 322, n° 580 ; v. en ce sens, HÉBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », in *Mél. P. CUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 335, n° 4.

¹²⁰⁴ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 324, n° 584 et s.

¹²⁰⁵ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 310, n° 559.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 328, n° 590 et s.

¹²⁰⁷ *Ibid.*, p. 324, n° 583.

¹²⁰⁸ ZENATI-CASTAING (F.), art. préc., p. 1558.

¹²⁰⁹ V. en ce sens, DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 68.

¹²¹⁰ ATIAS (C.), « Juris dictio : redire l'inédit », *D.* 1992, p. 281.

¹²¹¹ PEDROT (PH.), « Le rôle créateur et les limites de la jurisprudence en matière des personnes et de la famille, spécialement en matière de procréation assistée », *RRJ* 1994-4, p. 1255.

¹²¹² *Ibid.*, p. 1258.

¹²¹³ CARBONNIER (J.), « Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple », vol. I, 1^{re} éd., Quadriga, PUF, 2004, p. 275, n° 144 ; PUIGELIER (C.), « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », *RRJ*, 2002-4, p. 1641, spéc. n° 13.

Ainsi, le juge peut se servir d'une règle déjà existante, mais peu précise afin de l'appliquer à un cas particulier ou *sui generis*¹²¹⁴.

305. L'interprétation de la règle de droit existante. En revanche, lorsque la règle de droit existe, le juge fait preuve d'une action créatrice lorsqu'il interprète la règle de droit, soit pour la compléter ou l'éclaircir, soit pour l'écarter au profit d'une règle nouvelle¹²¹⁵. Le juge interprète la règle de droit en exerçant une analyse *in concreto* de la situation dont il est saisi : c'est donc parce que la loi est insuffisante à apporter une solution au cas concret que le juge décide de compléter la règle de droit applicable¹²¹⁶.

À partir du moment où le juge apporte un élément nouveau par le biais de son interprétation à la règle de droit déjà existante, il exerce déjà l'acte jurisprudentiel et crée la norme juridique¹²¹⁷. Pour Pierre Hébraud, ce procédé est « l'instrument le plus avancé du rôle d'élaboration et de direction de la jurisprudence consciemment assumé par la Cour de cassation »¹²¹⁸. En effet, le juge doit interpréter et adapter la règle afin de l'appliquer à l'espèce dont il est saisi en prenant en compte les mœurs de la société, les avancées de la science, les besoins et revendications sociétaux, outre le but du législateur et l'esprit de la loi¹²¹⁹. Dès lors, en interprétant la règle de droit existante, le juge l'enrichit d'une manière permanente. L'interprétation fait désormais, par nécessité ou probabilité, corps avec le texte de loi. Ce dernier est perfectionné, fini et limité par l'intervention jurisprudentielle du juge¹²²⁰.

306. Il apparaît donc que si l'acte jurisprudentiel est un acte volontaire – il découle de la volonté du juge –, il n'est pas un acte libre¹²²¹, car il est assujéti à l'existence d'une instance et

¹²¹⁴ ATIAS (C.), « Juris dictio : redire l'inédit », art. préc.

¹²¹⁵ Trois fonctions traditionnelles, à la quelle s'ajoute une fonction plus récente, caractérise l'opération d'interprétation : permettre l'application de la règle de droit générale et abstraite au cas d'espèce, corriger l'insuffisance ou l'ambiguïté de la règle applicable, adapter et moderniser la loi aux circonstances actuelles et enfin, le contrôle de la conformité de la loi aux conventions et traités internationaux (P. Deumier, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », art. préc., p. 57, n° 8).

¹²¹⁶ DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », art. préc., p. 56, n° 6.

¹²¹⁷ BOULANGER (J.), « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, p. 421, n° 8 ; *Ibid.*, p. 422, n° 11 ; D'AMBRA (D.), *op. cit.*, p. 98 ; DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation » art. préc., p. 54, n° 4 : « Au cœur de la création, et donc de son expression, se trouve l'acte de interprétation. » ; HÉBRAUD (P.), art. préc., p. 348, n° 14 ; MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 322, n° 580.

¹²¹⁸ HÉBRAUD (P.), art. Préc., p. 348, n° 14.

¹²¹⁹ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 323, n° 581.

¹²²⁰ BOULANGER (J.), art. préc., p. 421, n° 8.

¹²²¹ LANGLOIS (P.), « La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2006, p. 1084 ; « On n'épiloguera pas sur le fait que la jurisprudence est une source du droit. Cette source est universelle. Aucun système juridique ne saurait exister sans jurisprudence créatrice. » « Mais elle n'est pas libre. L'enjeu est alors essentiel : la légitimité de la création du droit par les juges se trouve dans les contraintes qui pèsent sur eux, la libre création du droit n'appartenant qu'au pouvoir législatif. »

à l'insuffisance ou à l'absence de la règle de droit¹²²². Ainsi, Philippe Jestaz affirme que « la jurisprudence n'est qu'une partie du contentieux ou peut-être son reflet, celui qu'on montre aux spectateurs de la caverne, et donc son ombre portée »¹²²³. La règle jurisprudentielle n'est donc pas indépendante, car elle est toujours liée à la décision rendue dans laquelle elle s'insère¹²²⁴. Autrement dit la règle jurisprudentielle existe, car le jugement a été prononcé. De plus, le pouvoir du juge de créer une règle de droit est subordonné à la loi. Si le texte de loi sur lequel est rendue la décision qui donne lieu à une règle jurisprudentielle fait l'objet d'une réforme ou d'une abrogation, la règle prétorienne peut disparaître. Il en va de même pour ce qui est de la règle jurisprudentielle créée en cas d'absence de texte légal applicable en l'espèce, lorsque le législateur comble ce vide dans le droit positif¹²²⁵. C'est pourquoi la création de la règle de droit par le juge ne se confond ni avec la tâche du législateur ni avec le processus d'élaboration de la loi¹²²⁶.

307. Les limites de l'acte jurisprudentiel. L'acte jurisprudentiel exercé par le juge est doublement limité : d'abord, il réalise l'acte jurisprudentiel lorsqu'il exerce l'acte juridictionnel¹²²⁷. Il ne peut donc l'exercer que dans le cadre d'une instance¹²²⁸ – le juge ne peut pas rendre des arrêts de règlement¹²²⁹ –, ensuite, il ne peut l'exercer que si la loi applicable en l'espèce est défailante, car absente ou incomplète¹²³⁰. Ainsi, l'imprécision ou l'absence de loi régissant la situation dont le juge est saisi lui octroie « une marge de manœuvre » à « géométrie variable »¹²³¹. De ce fait, l'exercice de l'acte jurisprudentiel s'avère exceptionnel, le juge se substituant au législateur uniquement pour le cas concret¹²³².

¹²²² MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 331, n° 594.

¹²²³ JESTAZ (PH), « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, p. 149.

¹²²⁴ HÉRON (J.), « L'infériorité de la norme jurisprudentielle », art. préc., p. 1085, n° 5.

¹²²⁵ BOULANGER (J.), art. préc., p. 428, n° 21.

¹²²⁶ D'AMBRA (D.), *op. cit.*, p. 100 ; BORÉ (L.), « L'obscurité de la loi », *in Mélanges J. BORÉ*, 2007, Dalloz, p. 27, spéc. n° 26 : « Le juge doit respecter le processus juridictionnel dans l'élaboration jurisprudentielle : son pouvoir normatif s'exprime au terme d'une procédure 'qui n'est ni législative, ni réglementaire, mais bien juridictionnelle' ; DEUMIER (P.), « Pouvoir créateur du juge et méthodes de rédaction des décisions » art. préc. p. 56, n° 7 ; v. en ce sens, HÉRON (J.), « L'infériorité de la norme jurisprudentielle », art. préc., p. 1085, spéc. n° 5.

¹²²⁷ HÉRON (J.), « « L'infériorité technique de la norme jurisprudentielle », art. préc. », p. 1083, n° 5 : « Chaque fois que le juge applique un texte clair et suffisamment précis, auquel correspondent sans aucun doute possible les faits de l'espèce, son jugement ne crée pas de règle ; on y trouve qu'une décision reposant sur une règle légale ».

¹²²⁸ *Ibid.*

¹²²⁹ C. civ., art. 5 ; v. pour une analyse historique des arrêts de règlement, BEIGNIER (B.), « Les arrêts de règlement », *Droits* 1989-9, p. 45 et s. ; v. aussi SÉRIEUX (A.), « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *in Mélanges C. Mouly*, T. I, Litec, 1998, p. 171 et s.

¹²³⁰ C. proc. civ., art. 12, al0. 1^{er} ; HÉRON (J.), « L'infériorité de la technique de la norme jurisprudentielle », *RRJ* 1993, p. 1083 ; MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 315, n° 566.

¹²³¹ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 310, n° 559.

¹²³² *Ibid.*, p. 308, n° 557.

B. La règle jurisprudentielle

308. Le juge possède alors le pouvoir de créer une règle jurisprudentielle, laquelle se matérialise dans les motifs de la décision. Comme toute règle de droit¹²³³, la règle jurisprudentielle est constituée d'un présupposé, souvent formulée dans le « chapeau » d'un arrêt de principe, et d'un effet juridique, qui constitue la conséquence juridique qui modifie l'ordonnement juridique des personnes lorsque les conditions du présupposé sont remplies. Ces éléments caractérisent toutes les prescriptions juridiques¹²³⁴, car elles ne sauraient exister en dehors d'eux¹²³⁵.

Cependant, la structure de la règle jurisprudentielle est très souple et variable, ce qui rend peu aisé l'identification de ces éléments. Tout dépend en réalité de la manière dont cette règle est formée¹²³⁶. En effet, la règle peut être énoncée d'une manière très prudente, à *petits pas*, et peut même ne pas être expressément formulée lors d'une première décision – ce qui constitue une source d'incertitude¹²³⁷ –, puis être appliquée dans d'autres décisions, de façon implicite, jusqu'à être finalement solennisée à travers une formule générale, qui harmonise et consolide l'ensemble¹²³⁸. Cependant, il se peut que la règle jurisprudentielle soit formée en une seule fois, abruptement, en formation solennelle – l'arrêt rendu en Assemblée plénière montre une véritable intention de la Cour de « faire jurisprudence » – à travers un arrêt de principe¹²³⁹, exprimé dans son « chapeau »¹²⁴⁰ en prenant une formulation très générale. Le « chapeau »

¹²³³ GRIMALDI (C.), « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, p. 1448, n° 2-5.

¹²³⁴ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie fondamentale », *op. cit.*, p. 54 et s. ; BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 45, n° 33.

¹²³⁵ MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », *op. cit.*, p. 19, n° 16.

¹²³⁶ JESTAZ (PH.), « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », art. préc., p. 152 ; v. aussi DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 70.

¹²³⁷ DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », art. préc., n° 13 ; HÉBRAUD (P.), « Le juge et la jurisprudence », art. préc., p. 367.

¹²³⁸ DEUMIER (P.), « Introduction générale au droit », LGDJ, Lextenso, 4^e éd., 2017, p. 311, n° 349 ; DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 18 ; DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », art. préc., n° 13.

¹²³⁹ V. PUIGELIER (C.), « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », art. préc., n° 13 ; Pour M. Atias, si l'arrêt de principe démontre l'intention de la Cour de « faire jurisprudence » à travers une décision, l'autorité de cet « arrêt de principe » n'existe pas au moment de son prononcé. En effet, « l'arrêt devient 'de principe' par l'accueil qu'il reçoit, par l'audience qu'il acquiert, par l'influence qu'il exerce sur les juges du fond, par les commentaires qu'il suscite, par les citations dont il est objet ». (C. Atias, « La 'simple affirmation' du juge », *D.* 2010, p. 221, n° 45).

¹²⁴⁰ V. pour une analyse globale des « chapeaux » des arrêts de la Cour de cassation, PERDRIAU (A.), « Visas, 'chapeaux' et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G* 1986, doct. 3257 : « on appelle « chapeau » l'énoncé sous une forme abstraite et condensée, de la norme juridique qui, dans l'hypothèse d'une cassation, a été violée par la décision attaquée, ou qui, dans l'hypothèse d'un rejet, a été correctement appliquée par cette décision. ».

constitue effectivement la réponse en droit de la Cour de cassation à la question posée par les parties¹²⁴¹. C'est donc dans le « chapeau » que la Cour édicte la règle jurisprudentielle¹²⁴². Dès lors, si la règle a été posée en un seul arrêt, elle peut être complétée ou affinée à *petits pas*¹²⁴³. La règle jurisprudentielle est alors édictée à l'attendu du principe de l'arrêt, sous une forme générale et abstraite¹²⁴⁴. Toutefois, l'ambiguïté des arrêts de principe a été soulevée, puisque leur motivation sommaire ne permet pas de connaître les raisons de l'édition de la règle de droit ou la manière dont il fallait l'appliquer¹²⁴⁵.

À titre d'illustration, nous pouvons citer l'interdiction de la convention de gestation pour autrui, consacrée par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, par un arrêt du 31 mai 1991 : « la convention par laquelle une femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes »¹²⁴⁶. De même, on peut citer la règle qui affirme « que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », consacrée par la première chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 28 mars 2000¹²⁴⁷. La Cour a par la suite complété la règle en déterminant le contenu des « motifs légitimes »¹²⁴⁸.

309. Par ailleurs, la règle jurisprudentielle présente les mêmes attributs que toute règle de droit. Ces derniers, analysés traditionnellement à la lumière de la loi¹²⁴⁹, sont identifiés :

¹²⁴¹ PERDRIAU (A.), « Visas, 'chapeaux' et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », art. préc., n° 46.

¹²⁴² *Ibid.*, n° 80.

¹²⁴³ DEUMIER (P.), « Introduction générale au droit », LGDJ, Lextenso, 4^e éd., 2017, p. 311, n° 349 ; DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 19 ; DEUMIER (P.), « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », art. préc., n° 14.

¹²⁴⁴ DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 70.

¹²⁴⁵ ATIAS (C.), « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984. I. 3145.

¹²⁴⁶ Ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20.105 ; *JCP* 1991. II. 21752, note F. Terré ; *RTD civ.* 1992. 489 ; *GAJC*, *op. cit.*, p. 335, n° 51 ; GOBERT (M.), « Réflexions sur les sources du droit et les 'principes' d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.

¹²⁴⁷ Civ. 1^{re} 28 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 103 ; R. p. 328 ; *D.* 2000, p. 791, note Th. Garé, *D.* 2001, Somm., p. 976, obs. F. Granet ; *JCP* 2000, II, p. 10409, concl. Petit, note Monsallier-Saint-Mieux ; *Deffrénois* 2000, p. 769, note P. Murat ; *RJPF* 2000-5138, note J. Hauser ; *LPA* 5 sept. 2000, note Nevejans-Bataille ; *ibid.* 27 nov. 2000, note Daubron ; *RTD civ.*, 2000, p. 304, obs. Hauser.

¹²⁴⁸ L'expertise biologique est écartée en cas de demande dilatoire sollicitant de nouvelles expertises si celles-ci ne sont pas de nature à remettre en cause ou à préciser les résultats d'une première expertise (Civ. 1^{re}, 12 janv. 1994, n° 92-13.570, *D.* 1994. 449, note J. Massip ; Civ. 1^{re}, 12 juin 2001, n° 98-21.796 ; *RTD civ.* 2001. 574, obs. Hauser ; *Dr. fam.* 2002, comm. 2, note Murat). De même, l'expertise peut ne pas être ordonnée dès lors qu'elle n'est pas nécessaire (Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, n° 00-22.466 ; *D.* 2003, 1793, note Cocteau-Senn) ou lorsqu'elle est impossible, car le père prétendu n'est pas identifié (Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 03-19.582 ; *D.* 2005. IR 1805 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 182, note P. Murat).

¹²⁴⁹ V. ROBERT-WANG (L.), « Règle de droit » in *Dictionnaire de la Culture juridique*, *op. cit.*, p. 1326 et s.

générale, abstraite¹²⁵⁰ et obligatoire¹²⁵¹ sanctionnée par l'État. Si certains auteurs considèrent que ces caractères permettent d'appréhender la particularité de la règle de droit et de la distinguer des autres règles de conduite¹²⁵², d'autres affirment que les trois premiers critères sont insuffisants¹²⁵³ pour constater la nature de la règle de droit.¹²⁵⁴ L'origine et la fonction de

¹²⁵⁰ La règle de droit est abstraite car elle ne prend pas en compte des particularismes individuels (Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 9, n° 17). Autrement dit elle ne considère la situation précise dans laquelle se trouve une personne déterminée (Ph. Malinvaud, « Introduction à l'étude du droit », 17^e éd., LexisNexis, 2014, p. 35, n° 39) Ainsi, elle est la cause ou la raison de l'existence d'un droit ou d'une obligation et ne tient pas en compte un quelconque mobile concret, personnel et variable. De la sorte, la règle de droit a une valeur en soi, indépendamment de la volonté des personnes de la respecter (V. « Abstrait, e » in *Vocabulaire juridique*). De ce fait, la règle se différencie d'un jugement, lequel est prononcé à l'égard d'un litige qui oppose des parties dénommées (Ph. Malinvaud, *op. cit.* p. 35, n° 39).

¹²⁵¹ La règle de droit est obligatoire car elle prescrit des comportements tendant à assurer l'organisation de la vie de l'homme en société (Ph. Malinvaud, *op. cit.* p. 34, n° 37.) Elle s'impose tantôt aux individus qui doivent la respecter afin d'éviter la sanction qu'elle dispose tantôt aux juges qui, selon l'article 12 du Code procédure civile, doivent trancher le litige par application de la règle de droit (Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 9, n° 18). Le caractère obligatoire de la règle de droit se révèle par les interdictions et les autorisations qu'elle commande (Ph. Malinvaud, *op. cit.* p. 34, n° 37). S'il est vrai qu'il existe des règles supplétives ou interprétatives, c'est, dans tous les cas, la propre règle qui laisse l'opportunité aux personnes soumises à son *imperium* de l'écarter par une manifestation de volonté (*Ibid.*, p. 37, n° 42).

¹²⁵² MALINVAUD (PH.), *op. cit.*, p. 33, n° 36.

¹²⁵³ S'agissant des caractères général et impersonnel, M. De Béchillon considère que si ces caractères ont pu être conçus comme une garantie d'égalité, aujourd'hui le principe d'égalité impose de traiter de façon différente les personnes qui se trouvent dans une situation différente afin d'égaliser leurs droits (D. De Béchillon, « Qu'est-ce qu'une règle de droit », Odile Jacob, Paris, 1997, p. 21). De plus, ces caractères ne correspondent qu'à la loi au sens strict du terme, c'est-à-dire à l'œuvre du législateur (*Ibid.*, p. 20). Or, la loi n'est pas la seule forme qui caractérise le Droit. La règle de droit est effectivement concurrencée par les règlements administratifs, qui sont similaires quant à la formation et aux effets à la loi, ainsi que par les jugements et même les contrats (*Ibid.*, p. 23). S'agissant des jugements, bien qu'ils doivent être conformes à la règle de droit applicable, lorsqu'ils sont rendus, ce sont eux qui obligent les parties ou qui constituent leurs droits, et ce faisant, ils règlent la situation juridique des justiciables. La solution apportée par la décision du juge est renforcée par l'autorité reconnue aux jugements, lesquels s'imposent uniquement aux parties, tout en s'opposant aux tiers (*Ibid.*). Il en va de même pour ce qui est des contrats, lesquels existent à partir de l'échange des consentements des cocontractants, et ce, indépendamment de la loi (*Ibid.*, p. 24).

De plus, la règle de droit ne peut pas être générale car elle a pour principal objectif de régler le comportement des individus. Ainsi, afin que la règle soit efficace, elle doit prendre en compte la situation du destinataire et s'adapter à ses circonstances pour qu'elle puisse produire le résultat attendu (*Ibid.*, p. 32) Cela met en évidence que la règle de droit ne peut pas être *toujours* générale et impersonnelle, et surtout, que ces critères n'aident pas vraiment à connaître la nature de la règle de droit. En effet, la généralité n'est qu'une propriété quantitative qui renvoie uniquement au champ d'application de la loi, car si elle ne désigne pas le ou les destinataires précis de la prescription, la règle est malgré tout obligatoire (*Ibid.*, p. 36).

Enfin, il faut noter l'existence au sein du droit français des règles adressées à des personnes bien déterminées, qui sont validées par le Conseil constitutionnel (par exemple, les décisions du 16 janvier et du 11 février 1982, par lesquelles il a validé la liste nominative de banques à nationaliser réalisée par le législateur) (V. ROBERT-WANG (L.), « Règle de droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1326).

Quant au caractère abstrait de la règle, il s'agit d'une propriété qualitative de la règle, qui ne fait que mettre en exergue la vocation de la règle à établir des modèles de conduite, lesquels ne peuvent être exprimés que de façon abstraite. De ce fait, le caractère abstrait de la règle n'est pas propre à la règle de droit, mais à la construction intellectuelle de laquelle elle découle. (D. De Béchillon, « Qu'est-ce qu'une règle de droit », *op. cit.*, p. 37) En effet, la règle de droit est le résultat d'un processus intellectuel et n'a aucun support matériel. Elle s'avère être un modèle de conduite qui guide l'action des hommes afin d'assurer leur conservation et de ce fait, elle ne peut désigner de façon directe une action déterminée (V. ROBERT-WANG (L.), « Règle de droit » in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1327).

la jurisprudence nous permettent de constater les deux attributs qui expliquent la fonction et l'emprise de la règle de droit jurisprudentielle : la sanction étatique et le caractère général.

310. La sanction de la règle jurisprudentielle. La sanction est la source de la juridicité de la règle de droit¹²⁵⁵. Elle implique que la règle de droit est contraignante¹²⁵⁶, ce qui assure la réalisation de la finalité du droit, c'est-à-dire la sécurité, la paix sociale, le bien commun, etc.¹²⁵⁷. Si la sanction peut être appréhendée comme une punition¹²⁵⁸, elle peut aussi être comprise comme l'intervention nécessaire d'une autorité habilitée dans la création et l'application d'une règle de droit¹²⁵⁹. C'est cette conception que nous retiendrons afin d'expliquer la sanction en tant qu'attribut de la règle jurisprudentielle.

Ainsi, la règle jurisprudentielle est sanctionnée par la décision juridictionnelle qui la crée et qui la contient¹²⁶⁰. La sanction peut être appréhendée comme un commandement dicté par l'État à travers une autorité habilitée, qui l'impose et qui l'applique¹²⁶¹. La règle jurisprudentielle trouverait donc sa source dans le pouvoir juridictionnel¹²⁶² : la règle jurisprudentielle existe, car elle est créée par le juge, en tant qu'autorité habilitée par l'État, à travers sa décision.

311. Le caractère général et impersonnel de la règle de droit s'applique de la même manière à tous ceux qui sont sous son empire, se trouvant dans la même situation, sans

Concernant le caractère obligatoire, il est commun à toutes les règles de conduite (Ph. Malinvaud, *op. cit.* p. 32, n° 37). En effet, la fonction de toute règle de conduite, qu'elle soit morale, religieuse, de politesse ou juridique, est de déterminer le comportement des hommes. De ce fait, le caractère obligatoire ne peut pas être un facteur déterminant pour saisir la spécificité de la règle de droit.

¹²⁵⁴ DEUMIER (P.), « Introduction générale au droit », *op. cit.* p. 22, n° 11.

¹²⁵⁵ CARBONNIER (J.), « Sociologie juridique », *Quadrige*, PUF, 2^e édition, 2012, p. 305 et s.

¹²⁵⁶ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), .), « Droit civil. Introduction, biens, personnes, famille », *op. cit.*, p. 10, n° 20 ; LABBE (X.), *op. cit.*, p. 12.

¹²⁵⁷ MALINVAUD (PH.), *op. cit.*, p. 37, n° 45.

¹²⁵⁸ V. « Sanction », in *Vocabulaire juridique* : La sanction est définie dans un sens retreint comme une punition ou comme une peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction. Cependant, elle peut être envisagée comme toute mesure justifiée par la violation d'une obligation. »

En général, la sanction est comprise comme un moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation. La règle de droit est assortie d'une sanction qui garantit la sécurité la société (Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 10, n° 19), en raison de son caractère obligatoire, qui est caractérisé par la prescription ou l'interdiction d'un certain comportement (Ph. Malinvaud, *op. cit.*, p. 32).

¹²⁵⁹ LABBE (X.), *op. cit.*, p. 12 et s. ; v. aussi LAQUIÈZE (A.), « Sanction » in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 1381 et s. : « consacrer, rendre irrévocable, sanctionner, ratifier. »

¹²⁶⁰ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 333, n° 597.

¹²⁶¹ DE BÉCHILLON (D.) « Qu'est-ce qu'une règle de droit ? », *op. cit.*, p. 252 : « La juridicité d'une norme suppose l'existence d'une habilitation de son auteur à exercer un pouvoir normatif »

¹²⁶² HÉBRAUD (P.), art. préc., p. 370 : « L'existence même et le rôle de la jurisprudence puise dans le pouvoir de juger sa racine et sa sève nourricière ».

désigner quelqu'un en particulier¹²⁶³. En principe, la règle jurisprudentielle dépourvue d'un caractère obligatoire. En effet, le juge ne peut pas se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire¹²⁶⁴. Le jugement est ainsi doté d'une autorité relative de la chose jugée¹²⁶⁵ et ne peut donc s'imposer qu'aux parties. La jurisprudence de la Cour de cassation n'a en principe aucune force obligatoire et peut faire l'objet de changements, d'éclaircissements et même de revirements. Les cours d'appel peuvent aussi résister à une jurisprudence de la Cour de cassation et décider en rébellion, y compris lorsqu'elles jugent en tant que cour d'appel de renvoi, sauf en cas d'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation.

312. La vocation à la généralité de la règle jurisprudentielle. La règle jurisprudentielle aurait toutefois une tendance à se généraliser, car elle constitue la solution pour juger une affaire, dégagée par une juridiction supérieure, telle que la Cour de cassation. Dès lors, deux facteurs semblent expliquer la généralisation de la règle jurisprudentielle : d'une part, le risque d'une cassation disciplinaire, laquelle a pour finalité de dissuader les décisions en rébellion et, d'autre part, l'acceptation de la règle par la communauté des juristes en tant que solution adéquate et convaincante.

313. La formation de la règle jurisprudentielle¹²⁶⁶ implique la réception et l'assimilation¹²⁶⁷ de la solution dégagée par une juridiction, souvent la Cour de cassation, par d'autres tribunaux et en général par la communauté de juristes afin qu'elle soit acceptée en tant que règle de droit. Dès lors, la formation de la règle de droit jurisprudentielle suppose deux étapes, sa *généralisation* et sa *sédimentation*¹²⁶⁸.

314. La généralisation de la règle jurisprudentielle. Selon le Professeur Jean-Louis Bergel, il existe trois conditions à la généralisation de la jurisprudence :

D'abord, la décision doit être rendue par une juridiction supérieure. Elle aura une autorité maximale dès lors qu'elle est prononcée par la Cour suprême statuant en sa formation la plus

¹²⁶³ DEUMIER (P.), « Introduction générale au droit », *op. cit.*, p. 22, n° 12

¹²⁶⁴ C. civ., art. 5.

¹²⁶⁵ C. civ., art. 1355 ; C. civ., anc. art. 1351.

¹²⁶⁶ V. pour une analyse synthétique de la création de la norme jurisprudentielle, PUIGELIER (C.), « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ* 2004-1, p. 17.

¹²⁶⁷ V. en ce sens, DEUMIER (P.), « Introduction générale au droit », *op. cit.*, 2015, p. 293-294, n°s 349-350.

¹²⁶⁸ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 84, n° 61 ; BERGEL (J.-L.), « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ* 1993, p. 1055 et s. ; v. en ce sens, D'AMBRA (D.), *op. cit.*, p. 100 : « C'est à notre sens le critère de la 'généralisation possible' qui permet de repérer la règle jurisprudentielle : par sa rédaction, par sa portée, par sa publication, la décision va permettre l'induction de la règle. » ; v. aussi, HÉBRAUD (P.), art. préc., p. 337, n° 8 : pour l'auteur, la décision « contient une virtualité de généralisation », laquelle est une vertu qui découle de son autorité, dont la source est le pouvoir juridique du juge qui la rend.

solennelle, les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ayant ainsi une autorité supérieure. Toutefois, il faut souligner que la création de la jurisprudence n'est pas privative des Cours suprêmes, car les tribunaux inférieurs, et plus précisément les cours d'appel, participent à la production de la jurisprudence¹²⁶⁹. En effet, la jurisprudence est souvent formée de décisions dégagées par les cours d'appel, qui ont été par la suite approuvées, acceptées et entérinées par la Cour de cassation¹²⁷⁰. Ces dernières ont d'ailleurs été qualifiées de « véritables laboratoires du droit vivant »¹²⁷¹.

Ensuite, l'arrêt qui formule la règle de droit doit être un « arrêt de principe »¹²⁷², lequel suppose un examen¹²⁷³ plus « *approfondi d'une question particulièrement importante, susceptible de nombreuses déductions ou de nature à se reproduire souvent* »¹²⁷⁴. L'arrêt de principe comporte ainsi un principe d'application générale « *appelé à régir d'autres cas analogues, ce qui se manifeste plus précisément par les arrêts de la Cour de cassation contenant un "chapeau" : immédiatement après avoir visé un texte, voire exceptionnellement sans en avoir visé aucun, la Cour de cassation énonce une telle règle dans un "attendu de principe" »* »¹²⁷⁵, et donne une solution à travers une formule générale¹²⁷⁶.

Enfin, il doit exister une jurisprudence dominante, laquelle suppose une répétition de la solution ou de l'autorité de la juridiction qui a statué¹²⁷⁷. Pour le Professeur Dominique

¹²⁶⁹ DEGUERGUE (M.), « Jurisprudence », art. préc., p. 884.

¹²⁷⁰ DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 17 : l'auteur considère, en reprenant la cinquième définition du *Vocabulaire juridique* du terme « jurisprudence », que l'ensemble de décisions dégagées par les juges du fond constituent une tendance habituelle d'une juridiction déterminée ou d'une catégorie de juridiction à juger dans tel sens. Toutefois, il serait difficile d'identifier l'interprétation de la règle de droit par les juges du fond à partir de l'analyse de leur habitude de juger, car ils rendent des décisions en fait et en droit. Les juges du fond rendraient une décision en appliquant une certaine prudence judiciaire, l'interprétation de la règle de droit étant limitée par la nature de leur office.

¹²⁷¹ ZENATI-CASTAING (F.), « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1563.

¹²⁷² PUIGELIER (C.), « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », art. préc., p. 1640, spéc. n° 13 : « Le juge peut prononcer un arrêt de principe, c'est-à-dire une décision posant un principe général à partir d'un cas d'espèce susceptible de s'appliquer à un cas analogue ».

¹²⁷³ V. pour une analyse approfondie de la réalisation des arrêts « jurisprudentiels », DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 48-58.

¹²⁷⁴ PERREU (E.), cité in PUIGELIER (C.), « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », art. préc., p. 1640, n° 13.

¹²⁷⁵ TERRÉ (F.), cité in PUIGELIER (C.), « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », art. préc., p. 1640, n° 13.

¹²⁷⁶ V. en ce sens, DEGUERGUE (M.), « Jurisprudence », art. préc., p. 884 : « il est convenu de distinguer les arrêts d'espèce, 'qui ne font pas jurisprudence' et les arrêts de principe qui recèlent dans leur motivation une règle de droit, édictée de façon solennelle et susceptible d'être transposée au règlement de différends semblables » ; v. aussi., PERDRIAU (A.), « Visas, 'chapeaux' et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G.* 1986, doct. 3257.

¹²⁷⁷ BERGEL -J.-L.), « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », art. préc., p. 1058.

D'Ambra, la « généralisation possible » est le critère déterminant de la règle jurisprudentielle¹²⁷⁸.

315. La sédimentation de la règle jurisprudentielle. Quant à la *sédimentation*, elle renvoie à « la répétition de décisions de justice dont l'autorité s'affirme grâce à la hiérarchie des juridictions dont elles émanent »¹²⁷⁹. Ainsi, même si un arrêt de principe révèle l'intention normative de la Cour de cassation sur un point de droit déterminé, l'existence de ce seul arrêt ne peut garantir la généralisation de la règle. En effet, les juges du fond peuvent résister à se soumettre à cette décision, laquelle peut aussi faire l'objet d'une critique importante de la part de la doctrine¹²⁸⁰. Dès lors, la formation de la jurisprudence implique la « stratification » des décisions rendues dans le même sens par des juridictions inférieures et des décisions des juridictions supérieures « qui contrôlent leur conformité au droit positif et leur confèrent une autorité suffisante ». La jurisprudence se cristallise par la répétition de la décision¹²⁸¹. De ce fait, elle se précise et se complète décision après décision, afin de stabiliser et assurer une certaine sécurité juridique, les plaideurs sachant à l'avance la manière dont la règle de droit est interprétée par les juridictions¹²⁸².

Ainsi, la solution judiciaire sera considérée comme une véritable règle de droit jurisprudentielle dès lors qu'elle constitue une jurisprudence constante¹²⁸³, laquelle implique sa capacité à se répéter et à ne pas être remise en cause durant une période de temps considérable¹²⁸⁴.

¹²⁷⁸ D'AMBRA (D.), *op. cit.*, 100 ; v. en ce sens, DUPÉYROUX (O.), art. préc., p. 362 : C'est à elle [la généralité] que la règle jurisprudentielle doit, en effet, précisément de mériter la qualité de règle. Sont, en effet, seules susceptibles de fournir l'occasion de la naissance d'une règle jurisprudentielle les situations qui, ayant donné lieu à un certain règlement en justice, son par nature appelées à se reproduire et à être réglées en justice de la même manière. L'identité de ces règlements judiciaires successifs tout à la fois découle et est révélatrice de la généralité de la règle jurisprudentielle en application de laquelle ils interviennent. »

¹²⁷⁹ *Ibid.* ; v. en ce sens, DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 18 ; v. *contra* HÉBRAUD (P.), art. préc., p. 331, n° 1 : « L'autorité de la jurisprudence est immédiate ».

¹²⁸⁰ DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 19.

¹²⁸¹ BERGEL -J.-L.), « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », art. préc., p. 1060 ; v. en ce sens, COQ (V.), « Qu'est-ce que la 'jurisprudence constante' ? », *RFDA* 2014, p. 223.

¹²⁸² D'AMBRA (D.), *op. cit.*, p. 132.

¹²⁸³ DEUMIER (P.), « Introduction général au droit », *op. cit.*, p. 312, n° 350 ; DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *op. cit.*, n° 18 ; MALAURIE (PH.), « La jurisprudence parmi les sources du droit » ; art. préc. ; MAURY (J.), art. préc., p. 31.

¹²⁸⁴ COQ (V.), art. préc.

§2 La manifestation du pouvoir créateur du juge en matière familiale

316. La Constitution confère au législateur une compétence exclusive en matière familiale, on l'a vu¹²⁸⁵, laquelle est reconnue par le juge judiciaire, qu'il s'agisse des juges du fond ou de la Cour de cassation, par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme. En principe, seul le législateur peut créer et modifier les règles régissant le lien familial. Seul le législateur pouvait ouvrir le mariage et l'adoption aux couples de même sexe, alors que le juge ne pouvait qu'appliquer la règle de droit et refuser les demandes des parties. Le pouvoir du juge concernant la création des règles relatives à la création ou à la reconnaissance d'un lien familial est donc traditionnellement restreint.

Malgré tout, le juge judiciaire dispose d'un pouvoir important pour faire évoluer la règle de droit qui régit le lien familial et ce, malgré le caractère limité et exceptionnel de son pouvoir créateur. Un apport significatif de la jurisprudence concernant les liens familiaux est la reconnaissance du concubinage par la Cour de cassation¹²⁸⁶, bien que cette juridiction l'ait fermée aux couples de même sexe¹²⁸⁷ jusqu'à ce que le législateur vienne l'admettre et en proposer la définition dans le Code civil lors de l'instauration du Pacs par la loi de 1999. De même, la jurisprudence a pu faciliter la preuve de la filiation en affirmant que « l'expertise biologique est de droit, sauf s'il existe un motif légitime pour ne pas y procéder. »¹²⁸⁸ Dans ce cas, le juge a éclairci le régime de l'expertise biologique et a apporté une solution essentielle qui constitue une clef dans les contentieux relatifs à l'établissement de la filiation. Par ailleurs, le juge peut aussi exercer ce pouvoir afin de permettre la réception d'une institution familiale étrangère contraire à la loi française, qui a été constituée valablement à l'étranger. Enfin et depuis plus récemment, en exerçant le contrôle de conventionnalité, le juge peut exercer un contrôle sur l'application de la règle de droit au cas dont il est saisi afin de déterminer si elle entraîne une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime poursuivi. En effet, le juge a le pouvoir d'écarter la règle de droit et d'accorder un droit subjectif alors même que les circonstances pour ce faire ne sont pas remplies en l'espèce.

¹²⁸⁵ V. *Supra*. n° 281.

¹²⁸⁶ Cass., ch. mixte, 27 févr. 1970, *Dangereux* ; *D.* 1970, p. 201, note Combaldieu ; *JCP G* 1970. II. 16305, concl. R. Lindon, note Parlange ; *RTD civ.* 1970, p. 353, obs. G Durry.

¹²⁸⁷ Civ. 1^{re}, 17 déc. 1997 ; *D.* 1998, p. 111, concl. Weber, note J.-L. Aubert ; *JCP G* 1998. II. 10093, note A. Djigo ; *Defrénois* 1998. 404, obs. A. Bénabent ; *Dr. fam.* 1998, comm. 36, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1998, p. 347, obs. J. Hauser ; v. aussi pour refuser aux concubins de même sexe le bénéfice de certains avantages sociaux, Soc. 11 juill. 1989 ; *D.* 1990, p. 582, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 1990, p. 53, obs. J. Rubellin-Devichi.

¹²⁸⁸ Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, déc. préc.

317. Dès lors, il est possible d'affirmer que si le pouvoir du juge de créer ou reconnaître des liens familiaux contraires à la loi est traditionnellement limité (A), ce pouvoir a été renforcé (B) par l'utilisation de nouvelles techniques qui donnent au juge une marge de liberté plus importante en matière d'établissement du lien familial.

A. Un pouvoir créateur du juge limité

318. Un pouvoir doit être reconnu au juge dans la détermination du lien familial, pouvoir qu'il exerce à travers l'acte jurisprudentiel. Il s'est manifesté initialement d'une façon indirecte, la jurisprudence étant alors une source d'inspiration pour le législateur. Cependant, si l'évolution du droit de la famille¹²⁸⁹ et, plus précisément, des règles qui régissent la formation du lien familial, a été essentiellement menée par le législateur influencé par la jurisprudence européenne (1), la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel a été, dans un premier temps, plus conservatrice (2). En effet, la fonction primaire de ces Cours suprêmes nationales a été de préserver la notion de famille retenue par le législateur.

1. L'influence de la jurisprudence européenne sur l'évolution des conditions de formation du lien familial

319. L'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur les règles régissant le lien familial est incontestable¹²⁹⁰. Le caractère indéterminé de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, protégeant le droit au respect à une vie privée et familiale, favorise son interprétation et sa construction par la Cour européenne, laquelle a construit décision par décision le contenu de ce droit, lequel ne peut être lu sans se référer à sa jurisprudence¹²⁹¹. Ainsi, elle contribue au mouvement de libéralisation et de pluralisme juridique à l'égard des statuts des couples et d'égalité au sein de la famille, notamment en matière de statuts des enfants¹²⁹².

¹²⁸⁹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », in *Mél. C. Neirinck, op. cit.*, p. 279, n° 2.

¹²⁹⁰ *Ibid.*

¹²⁹¹ LARRALDE (J.-M.), *Famille et Convention européenne des droits de l'homme*, in *Le droit de la famille en (r)évolutions, Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n° 11, 2013, Presses universitaires de Caen, p. 22.

¹²⁹² LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », art. préc., p. 284, n° 10.

320. L'influence de la jurisprudence européenne sur la diversité des statuts des couples. L'influence de la jurisprudence européenne sur le législateur en matière de liens de couple a été exercée de façon souvent indirecte ; en effet, celui-ci, par crainte des condamnations de la part de la Cour européenne des droits de l'homme, a modifié la législation en matière familiale à partir de ses exigences. Ainsi, l'instauration¹²⁹³ du Pacs et la définition du concubinage par la loi du 15 novembre 1999, modes de vie de couple ouverts aux couples de même sexe, avaient pour objet d'éviter une condamnation de la Cour de Strasbourg sur le fondement du principe de non-discrimination. En effet, cette dernière reconnaît un droit de constituer un couple entre personnes de sexe différent et de même sexe, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire au regard du droit au respect à une vie privée et familiale.

Des solutions postérieures à l'adoption de la loi du Pacs rendues par cette juridiction ont confirmé les craintes de l'État français. En effet, la Cour EDH a condamné la Grèce¹²⁹⁴, sur le fondement des articles 8 et 14 pour avoir institué un partenariat civil destiné uniquement aux couples de sexe différent, alors que le mariage est fermé aux couples de même sexe. De même, la Cour a condamné l'Italie¹²⁹⁵ sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, car la législation italienne ne protégeait pas les couples de même sexe, la loi ne répondant pas aux besoins fondamentaux d'un couple engagé dans une relation stable. Ainsi, s'il était possible d'enregistrer les couples de même sexe auprès des autorités municipales, seulement 2 % des municipalités italiennes admettaient ce procédé. De plus, la Cour critique le fait que cette option ne revête qu'une valeur symbolique et ne confère aucun droit ni aucun statut à ces couples.

Dès lors, si la Cour européenne des droits de l'homme n'impose pas l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe¹²⁹⁶, faute de consensus à cet égard entre les États membres, elle exige la création d'un statut de couple alternatif pour les couples de même de sexe¹²⁹⁷, qui peut aussi être ouvert aux couples de sexe différent. De même, la Cour semble

¹²⁹³ *Ibid.*, p. 285, n° 11.

¹²⁹⁴ CEDH 7 nov. 2013, *Vallianatos et a. c/ Grèce*, n°s 29381/09 et 32684/09 : *AJDA* 2014, p. 147, note L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2013, p. 2888, note F. Laffaille ; *ibid.* 2014, p. 238, obs. F. Renucci ; *ibid.*, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 49, obs. F. Beaudoin ; *RTD civ.* 2014. 89, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 301, obs. J.-P. Marguénaud.

¹²⁹⁵ CEDH 21 juill. 2015, *Oliari c/ Italie*, n° 18766/11 : *D.* 2015, p. 2160, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2015, p. 615, obs. M. Rouillard.

¹²⁹⁶ CEDH 24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*, n° 30141/04 ; *D.* 2011. *Pan.*, p. 1040, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2010, p. 333 ; *JCP G* 2010, n° 1013, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2011, n° 29, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2010, comm. 143, obs. E. Lagarde ; *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.*, p. 765, obs. J. Hauser.

¹²⁹⁷ CEDH 21 juill. 2015, *Oliari c/ Italie*, déc. préc. ; v. notamment note H. Fulchiron, préc.

défendre un certain rapprochement entre le régime du mariage et des partenariats enregistrés, notamment en ce qui concerne les effets patrimoniaux de ces modes de vie de couple¹²⁹⁸. Toutefois, la Cour n'a pas imposé l'octroi d'une pension de réversion pour les couples de partenaires à l'instar des couples mariés¹²⁹⁹, considérant que l'octroi de cette prestation relève de la libre appréciation des États membres, auxquels la Cour reconnaît un large marge d'appréciation en ce domaine. De même, la Cour européenne des droits de l'homme n'impose pas l'ouverture de la filiation pour les couples non mariés de même sexe ou de sexe différent, laissant à cet égard une marge d'appréciation très large aux États membres¹³⁰⁰.

321. En revanche, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg influence directement la Cour de cassation, qui peut alors adapter sa jurisprudence à celle de la Cour de Strasbourg. Telle a été la situation après l'arrêt *Botella*¹³⁰¹, après lequel l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a admis par deux arrêts le changement de sexe du transsexuel à l'état civil¹³⁰². La loi du 18 novembre 2016¹³⁰³ a ensuite consacré ce procédé au sein du Code civil¹³⁰⁴, en retenant des conditions moins lourdes que celles requises par la Cour de cassation¹³⁰⁵. En effet, la loi de

¹²⁹⁸ V. p. ex. pour ce qui est des avantages fiscaux réservés aux couples mariés et aux membres d'un partenariat enregistré, CEDH gr. ch., 29 avr. 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, n° 13378/05 ; *JCP G* 2007, I, 106, n° 105, obs. F. Sudre.

¹²⁹⁹ CEDH sect. V, 21 sept. 2010, *M. c/ France*, n° 66686/09.

¹³⁰⁰ V. p. ex. pour l'absence d'obligation pour les États membres d'ouvrir la filiation aux couples mariés qui n'ont la capacité de concevoir, en l'espèce le couple étant intégré par un transsexuel, CEDH 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni* ; *D.* 2003. 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; *ibid.* Somm. 525, obs. C. Birsan (2e esp.) ; *ibid.*, p. 1935, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP G* 2003. I. 101, nos 1 s., obs. Y. Favier ; *ibid.*, p. 109, no 16 et 22, obs. F. Sudre ; *Deffrénois* 2003. 1077, obs. J. Massip ; *RJPF* 2002-11/20, étude A. Leborgne ; *Dr. fam.* 2002, comm.133, note A. Gouttenoire-Cornut ; *Dr. et patr.* févr. 2003, p. 102, obs. E. Putman ; *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *Europe* 2002, no 395, obs. B. Deffains ; v. aussi pour l'absence de discrimination du fait de ne pas étendre la présomption de paternité aux couples de partenaires de même sexe, CEDH sect. V, 7 mai 2013, *Boeckel et Gessner-Boeckel c/ Allemagne*, no 8017/11 ; v. aussi pour l'absence d'obligation de permettre aux couples de même sexe d'adopter, EDH 31 août 2010, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France* ; *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.*, p. 1713, obs. V. Bernaud, L. Gay ; *RTD civ.* 2011, p. 114, obs. J. Hauser ; v. aussi pour l'absence d'obligation pour les États membres d'ouvrir la procréation médicalement assistée aux couples mariés de même sexe, CEDH, 5e sect., 16 janv. 2018, n° 22612/15, *Charron et Merle-Montet c/ France*, décision d'irrecevabilité ; *AJ fam.* 2018, p. 236, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p. 139, obs. A. Dionisi-Peyrusse).

¹³⁰¹ CEDH 25 mars 1992, *B. c/ France: Série A*, n° 232-C ; RUDH 1992, vol. 4, n° 8-9, p. 316, n° 40 ; *Jur. CEDH*, 5^e éd., n° 127, obs. V. Berger ; *D.* 1993, p. 101, note J.-P. Marguénaud ; *D.* 1992. Somm., p. 325, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *RTD civ.* 1992. 540, obs. J. Hauser.

¹³⁰² Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts), n° 91-11.900 P: R., p. 67, rapp. G. Gélineau-Larrivet ; *GAJC, op. cit.*, p. 179, n° 26-27 ; *JCP G* 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 1993. 1. 180, concl. M. Jéol ; *Deffrénois* 1993. 431, note J. Massip ; *RTD civ.* 1993, p. 97, obs. J. Hauser.

¹³⁰³ L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JO* n°0269 du 19 nov. 2016, art. 56.

¹³⁰⁴ Civ., art. 61-5 à 61-8. *JORF* n°0269 du 19 novembre 2016.

¹³⁰⁵ Par les deux arrêts de l'Assemblée plénière, la Cour de cassation avait posé les conditions pour opérer le changement de sexe à l'état civil : la reconnaissance médicale du syndrome transsexuel par une expertise judiciaire ; la demande de changement de sexe devait être postérieure à la réalisation des opérations de convention sexuelle, comportant l'effacement des caractères du sexe d'origine et la construction des organes

2016 ne demande qu'une réunion suffisante par la personne de faits démontrant 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 connue¹³⁰⁶.

322. L'influence de la jurisprudence européenne sur les statuts des enfants.

Concernant l'égalité de statuts des enfants, la Cour de Strasbourg exerce une emprise très significative tant sur le législateur que sur la Cour de cassation. Elle est parfaitement illustrée par l'arrêt *Mazurek*¹³⁰⁷, par lequel la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France sur le fondement de l'article 14 de la Convention – prohibition des discriminations – et de l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 – droit au respect des biens – en raison du statut restrictif de l'enfant adultérin quant aux règles régissant ses droits successoraux, qui établissaient une inégalité non justifiée à l'encontre de ce dernier, par rapport aux enfants légitimes. Dès lors, tirant les conséquences de cette condamnation, le législateur a entrepris une profonde réforme du droit des successions, laquelle a été consacrée par la loi du 3 décembre 2001¹³⁰⁸, qui a abrogé les dispositions établissant une discrimination entre enfant légitime, enfant naturel et enfant adultérin. Depuis cette loi, les conditions de la conception ou de la naissance de l'enfant et le type d'union entre les parents de l'enfant ne conditionnent pas les droits successoraux de l'enfant¹³⁰⁹. Toutefois, la loi prévoyait dans ses dispositions transitoires que les nouvelles règles ne seraient pas applicables aux successions liquidées avant son entrée en vigueur. La Cour européenne a condamné de nouveau la France à cause de ces règles transitoires dans un arrêt concernant l'application à un enfant adultérin de la réduction de ses droits successoraux en raison de son statut d'enfant adultérin¹³¹⁰.

sexuels du nouveau sexe ; le demandeur devait avoir l'apparence physique du sexe revendiqué ; ainsi qu'avoir un comportement social correspondant au sexe revendiqué.

¹³⁰⁶ L'article 61-5 du Code civil donne un faisceau d'indices permettant de justifier le changement de sexe, la preuve pouvant être rapportée par tout moyen : se présenter publiquement comme appartenant au sexe revendiqué ; être connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel ; avoir obtenu le changement de son prénom afin qu'il corresponde au sexe revendiqué.

¹³⁰⁷ CEDH 1^{er} févr. 2000, *Mazurek*: GAJC, *op. cit.*, p.560, n° 100 ; D. 2000, p. 332, note J. Thierry ; JCP G 2000. II. 10286, note A. Gouttenoire-Cornut, F. Sudre; *ibid.* I. 278, n° 1, obs. R. Le Guidec ; *Deffrénois* 2000. 654, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 2000. 2. 2407, note N. Bollon, M. Portefaix; *Dr. fam.* 2000, comm. 33, note B. de Lamy ; *LPA* 21 juill. 2000, note M. Canaple ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.*, p. 601, obs. J. Patarin.

¹³⁰⁸ L. n° 2001-1135 du 3 déc. 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JO* n°281, 4 déc. 2001, p. 19279.

¹³⁰⁹ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 375, n° 416.

¹³¹⁰ CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08 ; JCP G 2013, act. 242, F. Sudre ; GOUTTENOIRE (A.), « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. fam.* 2014, étude 12, n° 5 ; *AJ fam.* 2013, p. 500, obs. M. Rouillard.

323. L'influence de la jurisprudence européenne sur l'établissement du lien de parenté. Il faut préciser que la Cour européenne ne définit pas la notion de famille, mais le concept de vie familiale, notion plus large et plus indéterminée¹³¹¹. En effet, elle ne prend pas seulement en compte la constitution du lien familial, mais aussi les relations familiales.

En ce qui concerne la formation du lien familial, qui seule nous intéresse dans notre démarche, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a été décisive à l'égard de l'établissement du lien de filiation maternelle. En effet, avant l'ordonnance de 2005, la mère non mariée devait procéder à une reconnaissance volontaire afin d'établir un lien de filiation à l'égard de son enfant. La désignation de la mère sur l'acte de naissance était à l'époque réservée aux femmes mariées. Ainsi, en droit français il existait une différence entre les enfants légitimes, dont la filiation maternelle se fixait par la règle *Mater semper certa est*, et les enfants naturels, qui n'étaient rattachés à leur mère que par une démarche supplémentaire après l'accouchement, caractérisée par la reconnaissance volontaire. Ainsi, la faveur faite au mariage comme cadre privilégié pour élever un enfant, ainsi que l'état de mœurs à l'époque de la rédaction du Code civil justifiaient cette solution. L'idée était donc d'éviter à la fois de forcer une femme seule et non mariée à assumer une maternité immorale et aussi d'assurer le nombre d'enfants adoptable¹³¹².

324. Toutefois, par l'arrêt *Marckx*¹³¹³ la Cour européenne a condamné la Belgique sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention et l'article 1er du Protocole n° 1 de la Convention (droit au respect des biens), qui retenait la même solution. Ainsi, s'il était possible tant dans le droit français que dans le droit belge d'établir un lien de filiation maternelle entre la mère non-mariée et l'enfant, ce dernier avait alors le statut d'enfant naturel, lequel était préjudiciable en matière de droits successoraux. La Cour avait ainsi préconisé que l'établissement du lien de filiation maternelle ait lieu par la désignation du nom de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant, peu important la qualité de femme mariée ou non de la mère¹³¹⁴. De plus, la Cour avait considéré que l'enfant naturel, à l'instar de l'enfant légitime, avait le droit de voir sa filiation constatée¹³¹⁵. Les dispositions du droit belge ne permettaient cependant pas de garantir ce droit, la mère célibataire pouvant ne pas établir le lien de filiation à l'égard de son enfant en refusant de réaliser une reconnaissance volontaire. La Cour a alors conclu que

¹³¹¹ LARRALDE (J.-M.), art. préc., p. 22.

¹³¹² TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 418, n° 451.

¹³¹³ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique* ; GACEDH, 2007, p. 495, F. Sudre et *alii*.

¹³¹⁴ § 38.

¹³¹⁵ §39.

la distinction en matière d'établissement du lien de filiation maternelle entre l'enfant naturel et l'enfant légitime était discriminatoire et qu'elle manquait de justification objective et raisonnable¹³¹⁶. De surcroît, la Cour avait constaté que si l'enfant légitime en Belgique était intégré pleinement dès sa naissance à la famille de chacun des parents, l'enfant naturel reconnu et adopté, lui, demeurait en principe étranger à ses parents. La distinction était notamment remarquée en matière successorale. En effet, la loi refuse à l'enfant naturel tout droit sur les biens de ses parents, dispense ses parents de toute obligation alimentaire et habilite son tuteur et non pas ses parents à autoriser le cas échéant le mariage de l'enfant¹³¹⁷. C'est pourquoi la Cour a conclu que la distinction entre enfant légitime et enfant naturel, en ce qui concerne les inégalités en matière successorale, constituait une discrimination au sens de l'article 14 combiné avec l'article 8 de la Convention. Concernant le mode d'établissement du lien de filiation maternelle, la Cour a donc préconisé la désignation de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant naturel, à l'instar de l'enfant légitime, afin de garantir l'intégration immédiate de l'enfant dans sa famille¹³¹⁸.

325. L'ordonnance de 2005 a supprimé la nécessité d'effectuer une reconnaissance volontaire pour la mère non mariée et étendu à leur égard la règle *Mater semper certa est*. Et la Cour de cassation a anticipé l'application de ce texte avant son entrée en vigueur par un arrêt du 14 février 2006¹³¹⁹, en admettant que la désignation de la mère dans l'acte de naissance suffit pour établir le lien de filiation maternelle. En l'espèce, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a débouté la mère et ses filles d'une action déclaratoire de nationalité française. Celles-ci faisaient valoir d'une part, que leur père et grand-père était de nationalité française et qu'il l'avait conservée après l'indépendance de l'Algérie et, d'autre part, que leur mère était aussi Française d'origine israéliite. Ainsi, la cour aixoise a motivé son arrêt en soulevant l'absence de reconnaissance du père et grand-père de la part de sa mère, ainsi que le défaut de possession d'état ou de mariage démontré entre ses parents. La Cour a alors considéré que l'acte de naissance des enfants ne pouvait pas suffire pour établir leur filiation maternelle. Cependant, la Cour de cassation, au visa des articles 8 et 14 de la Convention, a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel. Ainsi, elle a censuré la solution en affirmant que la mère était désignée dans l'acte de naissance du père et du grand-père en tant que mère, la filiation

¹³¹⁶ §43.

¹³¹⁷ §44.

¹³¹⁸ §48.

¹³¹⁹ Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006, n° 05-13.006, *Bull. civ.* I, n° 73; *D.* 2006. IR., p. 603, obs. F. Granet-Lambrecht; *JCP G* 2006. I. 199, n° 3, obs. Y. Favier; *AJ fam.* 2006, p. 162, obs. F. Chénéde; *Dr. fam.* 2006. Comm. 107, note P. Murat; *RLDC* 2006/29. 2147, note M. Meyzeaud-Garaud; *RTD civ.* 2006, p. 294, obs. J. Hauser.

maternelle étant de ce fait établie. Ce faisant, la Cour de cassation tire des conséquences de l'arrêt *Marckx* et met en conformité sa jurisprudence avec celle de la Cour européenne.

Ainsi, l'arrêt *Marckx* met en évidence l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur le législateur et le juge judiciaire français, lesquels ont totalement adopté sa position concernant l'établissement du lien de filiation maternelle. De même, cet arrêt illustre la volonté de la Cour européenne de garantir le droit des personnes au respect de leurs liens familiaux, lequel comprend le droit à les voir établir conformément à la loi applicable¹³²⁰.

2. La position conservatrice de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel concernant l'évolution des conditions de formation du lien familial

326. Contrairement à la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, les juridictions suprêmes françaises ont constitué « des forces conservatrices » ou de résistance face au mouvement de libéralisation et de recherche d'égalité en droit de la famille¹³²¹. En effet, comme nous l'avons dit précédemment, les Cours suprêmes nationales ont reconnu la compétence exclusive du législateur en matière familiale, admettant de ce fait que la source principale du lien familial était la loi. Elles évitent donc d'outrepasser leur compétence et d'empiéter sur celle du législateur. Ainsi, rappelons que par un arrêt du 13 mars 2007¹³²², la Cour de cassation a refusé d'ouvrir le mariage aux couples de personnes de même sexe, en affirmant que « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ». Il en va de même pour le Conseil constitutionnel, qui a considéré comme conformes à la Constitution les articles 75 et 144 du Code civil et la réserve du mariage aux couples de sexe différent, en affirmant que le mariage « est l'union d'un homme et d'une femme »¹³²³.

¹³²⁰ LARRALDE (J.-M.), art. préc., p. 24.

¹³²¹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », art. préc., p. 288, n° 15.

¹³²² Civ. 1^{re}, 13 mars 2007 ; *GAJC*, *op. cit.*, p. 236, n°s 33-34 ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2007, n° 81, p. 10 ; *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud ; *Ibid.*, p. 315, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2007, p. 227, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2007, n° 5, note A. Leborgne ; *RLDC* 2007/5, n° 38, obs. G. Marraud des Grottes ; H. Fulchiron, Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel, *D.* 2007, p. 1375 ; 1389, rapp. G. Pluyette et note E. Agostini ; *ibid.* p. 1561, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *Dr. fam.* 2007. comm. 76, note M. Azavant ; *JCP G* 2007. act. 136, obs. Y. Favier ; v. *supra*. n° 266.

¹³²³ Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, JO 29 janv. ; *D.* 2011. Pan., p. 1042, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011, p. 157, obs. F. Chénéde ; *JCP G* 2011. Chron. 29, obs. A. Gouttenoire ; *JCP G* 2011. Libres propos 250, obs. A. Mirkovic ; BEIGNIER (B.), « Legis lator Juris dictio », *Dr. fam.* 2011, repère 3 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 32, note R. Ouedraogo ; MARTEL (D.), « Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe », *Dr. fam.* 2011, étude 4 ; v. *supra*. n° 274.

327. Rappelons ainsi que les deux Cours suprêmes¹³²⁴ ont fait de même en ce qui concerne l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé ou du concubin, car elles ont considéré que seul le législateur pouvait modifier l'état actuel du droit français. Ainsi, pour ce qui est de la Cour de cassation, en combinant les articles 320 et 365 du Code civil, elle a interdit l'adoption simple de l'enfant de la partenaire pacsée¹³²⁵ ou de la concubine¹³²⁶, car cette adoption entraînerait la perte de l'autorité parentale pour la mère et son transfert à sa concubine ou partenaire pacsée. La Cour affirme que seule l'adoption de l'enfant du conjoint permet le partage de l'autorité parentale entre l'adoptant et son parent d'origine, cette adoption étant réservée aux seuls conjoints, lesquels sont, en l'état actuel du droit français, des personnes unies par les liens du mariage. De même, sur le fondement de l'article 356 du Code civil, la Cour interdit l'adoption plénière de l'enfant de la concubine¹³²⁷, car ce procédé impliquerait la destruction du lien de filiation entre l'enfant et sa mère d'origine, alors que celle-ci n'y a pas renoncé. La Cour a alors relevé que seule l'adoption plénière de l'enfant du conjoint permet le maintien du lien de filiation d'origine, cette adoption étant réservée aux conjoints, lesquels sont des personnes mariées.

328. S'agissant du Conseil constitutionnel, il a validé l'interprétation réalisée par la Cour de cassation de l'article 365 du Code civil concernant l'interdiction de l'adoption simple de l'enfant de la concubine ou de la partenaire pacsée¹³²⁸. Le Conseil affirme que le droit au respect à une vie familiale normale n'impose pas l'établissement d'un lien de filiation adoptive à l'égard de l'enfant du partenaire pacsé ou du concubin. De même, il affirme « qu'en maintenant le principe selon lequel la faculté d'une adoption au sein du couple est réservée aux

¹³²⁴ V. pour la Cour de cassation, *supra*. n° 269 ; v. pour le Conseil constitutionnel, *supra*. 275.

¹³²⁵ Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007 déc. préc., v. *supra*. n° 191 ; Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, FS P+B+R+I, Proc. gén. près CA Bourges : Juris-data n° 2007-037456 ; Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 04-15.676, FS P+B+R+I, X et a. c/ Proc. gén. près CA Paris : Juris-data n° 2007-037455 ; *JCP G.* 2007, II 10068, obs. C. Neirinck ; *JCP G.* 2007, act. 109, obs. Y. Favier ; *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs P. Murat ; *D.* 2007, 1047, note D. Vigneau ; v. *infra*. n° 372.

¹³²⁶ Civ. 1^{re} 9 mars 2011, n° 10-10.385, F-P+B+I : JurisData n° 2011-003220 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; *D.* act. 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc ; v. *supra*. n° 270.

¹³²⁷ Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-11.069 ; *D.* 2018, p. 509 ; *ibid.*, p. 1083, point de vue H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2018, p. 226, obs. M. Saulier ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 12, p. 27, obs. P. Le Maijat ; *Dr. fam.* 2018, comm. 131, obs. A. Molière ; v. *infra*. n° 372.

¹³²⁸ Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, cons. : *JO* 7 oct. 2010, p. 18154 ; *AJDA* 2011, p. 705, tribune E. Sagalovitsch ; *Constitutions* 2011, p. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.*, p. 361, obs. A. Cappello ; *D.* 2010. Actu. p. 2293, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 2744, note F. Chénéde ; *ibid.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* Pan., p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 487, note F. Chénéde ; *ibid.* p. 489, obs. C. Mécaray ; *JCP G.* 2010, n° 1145, obs. A. Gouttenoire, C. Radé ; *ibid.*, n° 1163, § 15, obs. Mathieu ; *RTD civ.* 2010 p. 776, obs. Hauser ; *ibid.* 2011. 90, obs. P. Deumier ; CHÉNEDÉ (F.), « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, p. 2744 ; LARRIBAUTERNEYRE (V.), « L'article 365 du Code civil constitutionnel... mais inconstitutionnel ? », *Dr. fam.* 2010, repère 10 ; v. *infra*. 456.

conjoint, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'article 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples mariés et ceux qui ne le sont pas pouvait justifier, dans l'intérêt de l'enfant, une différence de traitement quant à l'établissement de la filiation adoptive à l'égard des enfants mineurs ».

329. Cette position de respect absolu de la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux a amené la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel à valider et garantir l'application de la loi du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de même sexe et leur conférant le droit d'adopter. En effet, dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel, pour déclarer la loi « mariage pour tous » conforme à la Constitution, a affirmé « qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation »¹³²⁹.

330. De son côté, la Cour de cassation, par un arrêt du 28 janvier 2015¹³³⁰ déjà évoqué¹³³¹ a décidé d'appliquer l'exception de la règle de conflit en matière de conditions de fond du mariage de l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil au ressortissant marocain de même sexe dont la loi personnelle interdit ce type d'union et ce, contrairement à ce qui avait été établi par la circulaire du 7 août 2013, qui interdisait le mariage entre personnes de même sexe dès lors que l'un des prétendants était ressortissant d'un état avec lequel la France avait souscrit une convention bilatérale. Rappelons qu'en l'espèce, la Cour de cassation a considéré que l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe est manifestement incompatible avec l'ordre public français, en ce qu'elle « s'oppose au mariage de personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ».

¹³²⁹ Cons. const., 17 mai 2013, n° 669 DC, cons. 22 ; MATHIEU (B.), « Les 'questions de société' échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 : *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet ; v. *supra.* 275 ; v. *infra.* n° 484.

¹³³⁰ Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n° 13-50.059 P ; *D.* 2015, p. 464, note H. Fulchiron ; *ibid.*, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2015, p. 71, obs. B. Haftel ; *ibid.*, p. 172, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. P. Puig ; *ibid.*, p. 343, obs. L. Usunier ; *ibid.*, p. 359, obs. J. Hauser ; *JCP* 2015, n° 318, obs. L. Gannagé ; *Dr. fam.* 2015, comm. 63, obs. A. Devers, M. Farge ; *Deffrénois* 2015. 450, obs. M. Revillard.

¹³³¹ V. *supra.* n° 287.

331. Ces décisions nous montrent bien la volonté de ces Cours suprêmes nationales de ne pas empiéter sur la compétence exclusive du législateur en matière de liens familiaux afin de moderniser ou de libéraliser les règles régissant les conditions de fond de leur formation. Telle a été du moins la position prise par la Cour de cassation et le Conseil constitutionnel dans un premier temps. Il semblerait toutefois que le recours au contrôle de proportionnalité octroie à la Cour de cassation une marge de manœuvre plus importante pour exercer son pouvoir créateur, tout en assurant le maintien de la loi.

B. Un pouvoir créateur du juge renforcé

332. Nous avons pu constater que la Cour européenne des droits de l'homme joue un rôle d'innovation en matière de droit de la famille, contrairement au Conseil constitutionnel ou à la Cour de cassation, dont le but semble être de préserver l'image et la fonction traditionnelle de la famille et de respecter la compétence exclusive du législateur dans ce domaine. Ces Cours suprêmes internes s'érigent alors en gardiennes de la notion de famille retenue par le droit, et plus précisément par le législateur. Cependant, il serait réducteur d'affirmer que leur rôle est plus passif qu'actif, notamment en ce qui concerne la Cour de cassation et les juges du fond. En effet, le pouvoir créateur du juge se manifeste constamment en ce qui concerne la création ou la reconnaissance d'un lien familial qui peut être contraire à la loi applicable, mais dont l'établissement ou la prise en considération s'imposent en raison du respect des droits fondamentaux des parties, notamment le droit au respect à une vie privée et familiale ainsi que le droit au mariage.

333. Ce pouvoir se manifeste d'une manière classique lorsque le juge utilise les techniques du droit international privé afin de réceptionner une situation valablement constituée à l'étranger (1). Plus récemment, le juge judiciaire a eu recours au contrôle de proportionnalité *in concreto* qui lui permet d'écarter l'application de la loi applicable au litige dès lors qu'il considère qu'elle entraînerait une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime poursuivi (2). L'utilisation de ce nouveau contrôle donne au juge judiciaire l'opportunité de circonscrire, en principe, son pouvoir créateur au cas d'espèce dont il est saisi, tout en maintenant la notion de famille retenue par le droit et donc par le législateur.

1. L'exercice d'un pouvoir créateur classique à partir des techniques du droit international privé

334. Le juge peut exercer un pouvoir créateur lorsqu'il est saisi d'une demande portant sur la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger qui est contraire à la loi française¹³³². Le juge doit alors vérifier si l'atteinte à l'ordre public international français est peu importante en prenant en compte l'éloignement des éléments de rattachement à la France. Ceux-ci seront très faibles lorsque les personnes concernées résident en France, mais sont de nationalité étrangère, lorsque l'établissement du lien familial interdit a eu lieu à l'étranger et lorsque la loi personnelle des personnes concernées autorise l'établissement de ce lien interdit¹³³³. Dans ce cas, le juge peut faire application de la notion d'ordre public international français atténué afin de permettre la production de certains effets en France. L'exemple classique est la réception du mariage bigame célébré à l'étranger par des personnes de nationalité étrangère dont la loi personnelle admet ce type d'union. La reconnaissance de ces liens familiaux interdits permet d'éviter la perte des droits acquis à l'étranger¹³³⁴. Ainsi, la reconnaissance de ces mariages en France a en général pour objet l'obtention des droits patrimoniaux¹³³⁵. En revanche, la reconnaissance de ce mariage bigame ne pourra pas donner lieu aux bénéfices en matière de droits des étrangers¹³³⁶.

335. Ce pouvoir créateur classique s'avère toutefois limité, car il ne peut pas valider toutes les situations étrangères valablement créées à l'étranger et contraires à l'ordre public international français. En effet, le mariage bigame contracté à l'étranger par un Français ne peut être reconnu en France en raison de l'interdiction de la loi personnelle de l'époux français

¹³³² V. DIONISI-PEYRUSSE (A.), « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international » *in Mél. P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 157.

¹³³³ FADLALLAH (I.), TEXIDOR (C.), « Polygamie », *Rép. dr. int.*, Dalloz, n° 26 ; JAULT-SESEKE (F.), « Mariages et partenariats enregistrés, critique de la diversité des méthodes de droit international privé » *in Mél. P. Courbe, op. cit.*, p. 310.

¹³³⁴ GUILLAUMÉ (J.), art. préc., spéc. n° 15 ; LAGARDE (P.), « Ordre public », *Rép. dr. int.*, Dalloz, n° 36 à 54 ; LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Droit international privé », coll. Précis, 10^e éd., Dalloz, 2013, p. 376, n° 395 à 399 ; VIGNAL (TH.), « Droit international privé », coll. Université, Sirey, Dalloz, 2017, p. 121, n° 188.

¹³³⁵ Civ. 1^{re}, 17 avr. 1953, *Rivera* ; *Rev. crit.* 1953. 412, note Batiffol ; *Clunet* 1953. 860, note Plaisant ; *JCP* 1953. II. 7863, note Buchet ; v. pour une pension alimentaire, Civ. 1^{re}, 28 janv. 1958, *Chemouni* ; *Rev. crit. DIP* 1958, p. 110, note R. Jambu-Merlin ; *D.* 1958, p. 265, note R. Lenoan ; *JCP* 1958. II. 10488, note P. Louis-Lucas ; *JDI* 1958, p. 776, note A. Ponsard ; v. pour des droits successoraux, Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 331, note H. Batiffol ; *JDI* 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre, v. pour une pension de réversion, Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, *Dr. fam.* 2007, comm. 182., obs. A. Devers.

¹³³⁶ L'article L. 411-7 du CESEDA interdit le regroupement familial au profit du conjoint bigame ou polygame.

de ce type d'union¹³³⁷. C'est ainsi qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, la Cour de cassation a refusé, par deux arrêts, de réceptionner le jugement étranger d'adoption plénière d'un enfant par deux hommes non mariés, dont l'un était de nationalité française¹³³⁸. Si en appel la demande d'exequatur du jugement étranger avait été accordée, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Paris. En effet, elle a soulevé que si la réserve de l'adoption conjointe pour les couples mariés ne constitue pas un principe essentiel reconnu en droit français, il n'en va pas de même pour ce qui est de la filiation maternelle et paternelle d'un enfant, laquelle constitue un principe essentiel en droit de la filiation français. Ainsi le jugement étranger d'adoption plénière d'un enfant par deux personnes de même sexe était contraire à l'ordre public international français. Cette adoption implique la destruction du lien de filiation d'origine de l'enfant. La transcription de ce jugement sur les registres de l'état civil français implique alors l'inscription de l'enfant comme né de deux parents de même sexe. Cette solution ne semble pas pouvoir être la même aujourd'hui, depuis la promulgation de la loi dite « mariage pour tous », l'adoption, tant simple que plénière, étant ouverte aux couples de même sexe¹³³⁹. Ainsi, selon ces décisions de la Cour de cassation, si l'adoption conjointe et l'adoption de l'enfant du conjoint sont réservées aux couples mariés¹³⁴⁰, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, la réception de l'adoption conjointe ou de l'enfant du conjoint par des personnes non mariées devrait être possible.

¹³³⁷ V. toutefois, CA Paris, 14 déc. 2017, n° 14/10339 ; JurisData n° 2017-026125 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 77, note M. Gayet : le mariage bigame célébré par un français en France ne peut pas être annulé car sa nullité n'a pas été judiciairement constatée par les tribunaux français après la célébration du second mariage de l'époux déjà uni par les liens du mariage. De même, le mariage ne peut pas être annulé en raison de la prescription de l'action en nullité absolue. Dès lors, à défaut de pouvoir être annulé, le second mariage du mari confère à sa seconde femme la qualité de conjoint survivant ; V. *infra* n° 380.

¹³³⁸ Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; *D.* 2012, p. 1992, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. B. Haftel ; n° 11-30.262 ; *D.* 2012, p. 1992, note D. Vigneau ; *ibid.*, p. 1973, point de vue L. d'Avout ; *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2012, p. 522, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 587, obs. L. Gannagé ; C. Neirinck, Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil, *Dr. fam.* 2012, repère 7 ; CHÉNEDÉ (F.), « Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels », *JCP G* n° 29, 2012. 857.

¹³³⁹ Obs. L. Gannagé, préc.

¹³⁴⁰ V. en ce sens, Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis, n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *Procédures* 2018, comm. 151 M. Douchy-Oudot ; v. *infra*. n° 493.

2. *L'exercice d'un pouvoir créateur nouveau à travers le contrôle de conventionnalité in concreto*

336. Au-delà des techniques du droit international privé qui permettent au juge judiciaire d'accepter des liens familiaux contraires à la loi, car établis valablement à l'étranger, le pouvoir créateur du juge se voit renforcé par le contrôle de conventionnalité de la loi, le juge judiciaire étant, depuis l'arrêt *Société des cafés Jacques Vabre*¹³⁴¹, le premier juge européen et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, le juge judiciaire a l'obligation d'interpréter la loi à la lumière de la Convention et d'écarter purement et simplement la loi qui y est contraire¹³⁴². Ce pouvoir est accru par l'utilisation d'une technique jusqu'à récemment inédite en droit français, le contrôle de conventionnalité *in concreto*¹³⁴³, dont la finalité, contrairement au contrôle de conventionnalité, n'est pas d'écarter la règle de droit générale et abstraite de l'ordonnement juridique, car contraire à la Convention, mais seulement d'écarter son application au cas concret, en fonction des circonstances de l'espèce, afin d'éviter une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime recherché par la disposition¹³⁴⁴. Par ailleurs, il convient de souligner que ce contrôle doit être réalisé au regard des droits et libertés garantis non seulement par la Convention européenne des droits de l'homme, mais aussi par des règles de droit interne, de droit européen et de droit international. Cela constitue aussi une différence à l'égard du contrôle de conventionnalité traditionnel¹³⁴⁵. Dans tous les cas, l'exercice du contrôle de conventionnalité et de proportionnalité montre la suprématie du droit européen en droit interne, les Cours suprêmes nationales, en l'occurrence la Cour de cassation, devant vérifier le contenu de la règle de droit générale et abstraite, ainsi que l'application de cette règle au cas concret aux droits consacrés par la Convention et les engagements internationaux¹³⁴⁶.

337. Le contrôle de conventionnalité ou de proportionnalité *in concreto*¹³⁴⁷ est apparu pour la première fois en droit de la famille, avec une réelle évidence, dans un arrêt de la Cour de cassation concernant la nullité d'un mariage célébré entre la bru et son beau-père vingt ans

¹³⁴¹ Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, *Bull. civ.*, n° 4, déc. préc.

¹³⁴² LARRIBA-TERNEYRE (V.), « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », art. préc., p. 299, n° 34.

¹³⁴³ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 45, n° 59.

¹³⁴⁴ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.

¹³⁴⁵ FULCHIRON (H.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », art. préc.

¹³⁴⁶ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », art. préc., p. 293, n° 23.

¹³⁴⁷ V. pour une synthèse de principales questions relatives au contrôle de proportionnalité, ROUVÈRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 524.

avant l'exercice de l'action¹³⁴⁸. Depuis cet arrêt, la Cour de cassation a construit¹³⁴⁹ et éclairci la « méthode » du contrôle de proportionnalité¹³⁵⁰.

Ainsi, le contrôle de proportionnalité *in concreto* implique la prise en compte des circonstances de fait du cas concret afin de déterminer si l'application de la règle de droit entraîne une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime poursuivi. L'exclusion de la loi peut avoir lieu, même si le texte est clair¹³⁵¹. Le premier président de la Cour de cassation Louvel avait ainsi apporté une définition du nouveau contrôle exercé par la Cour de cassation, à la suite de l'arrêt du 4 décembre 2013, en affirmant qu'il s'agit d'un pouvoir « d'écarter l'application d'un texte de droit interne, normalement appelé à régir la situation d'après la logique légaliste, en raison de la disproportion de ses effets sur un droit fondamental dans les circonstances propres à l'espèce »¹³⁵². Pour le Professeur François Chénéde, le contrôle de proportionnalité implique « la faculté offerte au juge d'écarter une loi s'il estime que son application est trop dure pour l'une des parties »¹³⁵³. En bref, le contrôle de proportionnalité consiste à « évincer une règle légale parce que le juge considère que son application est inopportune en l'espèce »¹³⁵⁴. L'exercice du contrôle de proportionnalité s'inscrit donc dans l'obligation du juge de vérifier la conventionnalité de la règle de droit¹³⁵⁵, consacré depuis l'arrêt *Jacques Vabre*¹³⁵⁶.

338. L'obligation pour les juges du fond de vérifier, à partir des circonstances de l'espèce, la proportionnalité de l'atteinte aux droits fondamentaux des parties engendrée par l'application de la règle de droit en l'espèce, a été posée par l'arrêt du 4 décembre 2013¹³⁵⁷. En l'espèce, la Cour de cassation a validé un mariage entre la bru et son beau-père, en écartant la prohibition du mariage entre alliés, car le prononcé de la nullité a été considéré comme une « ingérence injustifiée » dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale de la

¹³⁴⁸ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; *Dr. fam.* 2014 comm. 1, note R. Binet ; *D.* 2014, 179, note F. Chénéde ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser ; *D.* 2014, p. 153, H. Fulchiron ; *RJPF* 2014-2/9, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Rev. dr. civ.*, 2014/122, n° 5308, obs. F. Dekeuwer-Déffosez ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 30, obs. J. Casey ; v. *supra.* n° 177.

¹³⁴⁹ FULCHIRON (H.), « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 2496.

¹³⁵⁰ FULCHIRON (H.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.

¹³⁵¹ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », art. préc. ; VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123.

¹³⁵² LOUVEL (R.), « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 543.

¹³⁵³ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », art. préc.

¹³⁵⁴ BÉNABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

¹³⁵⁵ FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », art. préc.

¹³⁵⁶ VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », art. préc.

¹³⁵⁷ *Ibid.* ; FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », art. préc.

bru devenue veuve, dès lors que cette union « célébré sans opposition, avait duré plus de vingt ans »¹³⁵⁸. Les circonstances de l'espèce justifiaient donc la mise à l'écart de la règle de droit générale et abstraite afin d'éviter une atteinte disproportionnée au regard du droit au respect de la vie privée et familiale de la veuve. Cet arrêt n'a pas constitué un arrêt d'espèce ou un simple « accident sans lendemain »¹³⁵⁹, mais l'ouverture d'une nouvelle étape dans l'impartition de la justice par la Cour de cassation et en général par le juge judiciaire¹³⁶⁰.

Plus tard, la Cour de cassation a eu l'opportunité de confirmer cette obligation¹³⁶¹ par un arrêt intéressant la filiation, et plus précisément le délai pour exercer l'action en contestation de la paternité¹³⁶². En l'espèce, l'enfant a été inscrit à l'état civil comme étant le fils du mari de sa mère. Plus tard, la mère a divorcé et s'est remariée avec un autre homme. Puis, elle a saisi le ministère public afin qu'il agisse en contestation de la paternité de l'enfant, la possession d'état étant conforme au titre et ayant duré plus de cinq ans. Pour ce faire, la mère a joint à sa demande son consentement et celui du père et de l'enfant en vue d'une expertise biologique. Plus tard, le second mari de la mère de l'enfant est décédé, après avoir attesté qu'il était le père biologique de l'enfant et avoir donné son consentement à l'expertise. Le ministère public a fait assigner en justice le fils et son père, ainsi que les filles du père prétendu, afin qu'une expertise biologique soit pratiquée. Toutefois, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rejeté la demande du procureur, en retenant qu'il ne rapportait la preuve ni d'indices tirés des actes eux-mêmes rendant invraisemblable la filiation, ni d'éléments pouvant caractériser une fraude. De même, elle a considéré que la contestation de la filiation concernait des intérêts privés familiaux et ne portait pas atteinte à l'ordre public, de sorte que le ministère public ne pouvait demander la contestation de la paternité sur le fondement des articles 422 et 423 du Code de procédure civile. Le procureur s'est alors pourvu en cassation et la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt, aux motifs que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions des filles du père prétendu, de l'enfant et de son père, lesquels faisaient valoir qu'un « juste équilibre devait être ménagé dans la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », entre le droit revendiqué par l'enfant « de voir établir sa filiation biologique » et les intérêts des filles du père prétendu, qui opposaient un refus à ce qu'il hérite de ce dernier.

¹³⁵⁸ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, déc. préc. ; v. *supra*. n° 177.

¹³⁵⁹ BÉNABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

¹³⁶⁰ LOUVEL (B.), « La Cour de cassation face aux défis du XXI^e siècle », mars 2015.

¹³⁶¹ FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », art. préc.

¹³⁶² Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; *D.* 2015. 2365, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2015-59/21, obs. T. Garé ; *D.* 2016. 857, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD Civ.* 2015 p.596, obs. J. Hauser ; *RTD Civ.* 2015, p. 825, obs. J.-P. Marguénaud

L'utilisation du contrôle de proportionnalité en ce domaine est sans doute révélatrice, car elle implique que le juge peut écarter un délai légal, en l'espèce celui pour exercer l'action en contestation de paternité, en raison du respect au droit à l'accès à ses origines¹³⁶³. De plus, l'arrêt nous permet de constater la différence entre le contrôle de conventionnalité et le contrôle de proportionnalité, ainsi que l'étendue de ce dernier. En effet, le contrôle de conventionnalité traditionnel¹³⁶⁴ implique l'analyse *in abstracto* de la conformité de la règle de droit applicable à l'espèce à la Convention. Le juge peut alors écarter la règle dès lors qu'il la considère comme contraire aux droits et libertés protégés par cette dernière. En revanche, le contrôle de proportionnalité ne remet pas en cause la règle de droit de façon générale, mais seulement son application à l'espèce dont le juge est saisi. La règle générale et abstraite est alors préservée, car elle est considérée *in abstracto* comme conforme à la Convention¹³⁶⁵.

339. Dans un arrêt du 9 novembre 2016¹³⁶⁶ concernant la prescription de l'action en recherche de paternité, la Cour de cassation semble poser d'une façon très nette¹³⁶⁷ la méthode du contrôle de proportionnalité *in concreto*. En l'espèce, un enfant né en 1962 avait engagé en 2011 une action en recherche de paternité. Toutefois, en vertu du délai décennal posé par l'ordonnance du 4 juillet 2005, l'action était prescrite. L'article 20 IV de l'ordonnance prévoit que les enfants majeurs moins de dix ans avant son entrée en vigueur peuvent exercer l'action, sans que la forclusion tirée de l'expiration du délai de deux ans prévu par la loi ancienne leur soit opposable. Cependant, l'enfant était devenu majeur en 1980 et ne pouvait bénéficier des dispositions transitoires. Ainsi, la cour d'appel avait opposé la prescription à l'enfant et écarté l'argument de l'inconventionnalité du délai prévu par l'ordonnance de 2005. L'enfant a alors formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dans une décision dont la motivation très pédagogique¹³⁶⁸ permet de constater la méthode du contrôle de proportionnalité¹³⁶⁹. Le raisonnement est composé de deux étapes : dans la première, la Cour

¹³⁶³ BÉNABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », art. préc ; v. aussi FULCHIRON (H.), « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1980.

¹³⁶⁴ V. JACOTOT (D.), « Retour sur le phénomène jurisprudentiel », *RRJ.* 2002-4, p. 1647 et s.

¹³⁶⁵ FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », art. préc.

¹³⁶⁶ Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, P+B+I : JurisData n° 2016-022982 ; *D.* 2016, p. 2337, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2017, p. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.*, p. 729 obs. F. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.* 2017, comm. 9, note H. Fulchiron ; *D.* 2017 ; *RTD civ.* 2017, p. 111, J. Hauser ; *JCP G* 2017, 46, note V. Larribau-Terneyre ; *AJ fam.* 2016. 601, obs. M. Saulier.

¹³⁶⁷ Obs. M. Saulier, préc. ; Note V. Larribau-Terneyre.

¹³⁶⁸ Obs. M. Saulier, préc. ; Note V. Larribau-Terneyre.

¹³⁶⁹ Note V. Larribau-Terneyre, préc.

exerce un contrôle de conventionnalité *in abstracto*, alors que dans la seconde, elle exerce un contrôle de conventionnalité *in concreto*¹³⁷⁰.

Concernant le contrôle de conventionnalité *in abstracto*, la Cour admet la conventionnalité des dispositions transitoires issues de l'ordonnance de 2005. En effet, elle soulève que si l'impossibilité pour une personne de 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 EDH, « 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 des tiers et la sécurité juridique ». Ensuite, elle constate que l'ordonnance de 2005 a prévu des dispositions transitoires favorables, dérogeant au délai décennal de l'action en recherche de paternité, afin d'étendre le nouveau délai de prescription de dix ans aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance. Dès lors, elle considère que ces dispositions « ménagent un juste équilibre entre le droit à la connaissance et à l'établissement de son ascendance, d'une part, les droits des tiers et la sécurité juridique, d'autre part. » La Cour ne remet pas en cause la conventionnalité du dispositif de prescription issu de l'ordonnance de 2005, car elle constate qu'il garantit un juste équilibre entre d'une part, le droit à la connaissance et à l'établissement du lien de filiation et, d'autre part, le droit des tiers et la sécurité juridique. Si elle accepte que l'impossibilité d'établir le lien de filiation en raison de la prescription constitue bien une ingérence, elle affirme que cette ingérence est prévue par la loi. De plus, elle s'avère proportionnée, car elle poursuit un but légitime : la protection des droits des tiers et la sécurité juridique. La proportionnalité de l'atteinte semble aussi être confirmée par les dispositions qui régissent la prescription de l'action : si le délai pour exercer l'action est de dix ans, il ne commence pas à courir pour l'enfant qu'à partir de sa majorité. De plus, les dispositions transitoires permettent aux enfants nés avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de bénéficier du délai de dix ans.

S'agissant du contrôle de conventionnalité *in concreto*, la Cour relève « qu'il appartient 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 ». Ainsi, la Haute juridiction vérifie le contrôle exercé par la cour d'appel en reprenant les éléments de fait qu'elle a retenus. Elle constate que l'action en recherche de paternité remettrait en cause une situation stable depuis cinquante ans et porterait atteinte à la sécurité juridique et à la stabilité des relations familiales. La Cour valide alors l'appréciation de la cour d'appel, en ce que la

¹³⁷⁰ Note H. Fulchiron, préc. ; Obs. M. Saulier, préc.

prescription opposée au requérant ne portait pas, au regard du but légitime poursuivi, une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale. Le contrôle de conventionnalité *in concreto* s'impose, car le seul examen de la conventionnalité *in abstracto* ne semble plus suffire¹³⁷¹ afin de pouvoir déterminer si la règle peut effectivement être appliquée en l'espèce. Le juge doit donc vérifier que l'application de la loi en l'espèce n'entraîne pas, au regard des circonstances de l'espèce, une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, en l'occurrence au droit au respect de la vie privée et familiale. Cette appréciation doit être faite au cas par cas. Dès lors, si en l'espèce les circonstances de fait n'ont pas justifié la mise à l'écart du délai de prescription, d'autres circonstances pourraient amener le juge à exclure l'application du délai et à permettre l'exercice de l'action¹³⁷².

340. En outre, le contrôle de proportionnalité ne peut être déclenché que si un droit fondamental est atteint par l'application d'une règle de droit. En l'absence de ce droit fondamental, le contrôle de proportionnalité n'impliquerait qu'une appréciation subjective d'intérêts privés et donnerait lieu à un jugement en équité. Fonder la solution sur la défense d'un droit fondamental donne le caractère technique et juridique au contrôle de proportionnalité. De ce fait, afin que la demande prospère, il faut démontrer que le droit fondamental invoqué a effectivement été mis en cause¹³⁷³. Ainsi, dans l'arrêt de 2013 concernant le mariage entre la bru et son beau-père, le droit fondamental à préserver était le respect au droit à une vie privée et familiale. L'atteinte était caractérisée par l'éventuelle nullité du mariage incestueux célébré sans opposition et ayant duré vingt ans avant la demande en nullité formulée par le fils du mari, ancien époux de la veuve. Le droit invoqué était mis en cause par l'éventuelle nullité de l'union matrimoniale, car la femme aurait perdu les avantages matrimoniaux consentis durant le mariage, ainsi que ses droits successoraux relatifs à son statut de conjoint survivant. L'atteinte subie par la veuve était réelle et plus importante que celle de son ancien mari, qui voyait ses droits successoraux diminuer en présence d'un conjoint survivant.

En revanche, dans l'arrêt de 2015¹³⁷⁴ relatif au délai de prescription pour établir le lien de filiation paternelle, la Cour a validé le contrôle de proportionnalité exercé par la cour d'appel

¹³⁷¹ Obs. I. Gallmeister, préc. ; Note V. Larribau-Terneyre ; Obs. M. Saulier, préc.

¹³⁷² Note V. Larribau-Terneyre, préc.

¹³⁷³ FULCHIRON (H.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », art. préc.

¹³⁷⁴ Civ. 1^{re}, 6 juill. 2015, n° 15-19 853 ; *D.* 2016, p. 1980, note H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, note Y. Bernard ; Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507 ; *D.* 2016, p. 2062, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, p. 2496, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2017, p. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2016, p. 543, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2016, p.

de Versailles en affirmant qu'« en l'état de ces énonciations » la cour d'appel « a pu décider que l'application des règles prévues à l'article 333 du Code civil ne portait pas au droit au respect de leur vie privée une atteinte excessive au regard du but légitime poursuivi, justifiant que ces règles fussent écartées et que l'action fût déclarée recevable ».

L'objectif de ce contrôle est de vérifier la proportionnalité de l'atteinte portée par la loi aux droits et libertés. À cet égard, le Professeur Alain Bénabent avait affirmé l'existence d'un culte de la proportionnalité¹³⁷⁵. Pour François Chénéde, « le juge est ainsi amené à juger de la légitimité de l'arbitrage opéré par le législateur, et, le cas échéant, à faire prévaloir son appréciation personnelle du conflit d'intérêts en présence »¹³⁷⁶. À travers le contrôle de proportionnalité, le juge opère une balance entre les intérêts publics, représentés par l'application de la règle de droit d'ordre public familial et la conception de la famille retenue par le droit, et les intérêts privés, constitués par les droits des parties, de leur famille et de leurs enfants, ainsi que les finalités recherchées par ces dernières. L'éventuelle atteinte excessive aux droits fondamentaux des parties peut alors donner lieu à la mise à l'écart de la règle de droit applicable¹³⁷⁷. Dans l'arrêt de 2013, la Cour a pris en compte l'éventuelle confusion chez la fille de l'épouse à l'égard de son grand-père, devenu son beau-père. De même, dans les décisions concernant le délai de l'action en contestation de paternité, pour ensuite rechercher la paternité, la Cour a pris en compte les droits des enfants du parent prétendu, notamment en matière de droits successoraux.

341. Les conséquences du contrôle de proportionnalité. L'utilisation du contrôle de proportionnalité a donné une place très importante au juge, dont l'appréciation est essentielle afin de déterminer l'emprise de l'ordre public dans la constitution du lien familial. Le juge a donc le pouvoir d'écarter la loi et de privilégier les intérêts individuels dès lors qu'il considère qu'une situation contraire pourrait entraîner une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime recherché¹³⁷⁸. Si le rôle traditionnel de la loi est d'être l'outil qui permet de trancher le litige, avec le contrôle de proportionnalité, la loi devient elle-même un élément du litige, l'équilibre entre intérêt privé et intérêt public étant

831, obs. J. Hauser ; *Dalloz act.* 20 oct. 2016, obs. V. Da Silva ; *JCP G* 2016. 1276, note T. Garé ; *RJPF* 2016-12/37, obs. S. Prétot ; *D.* 2017, p. 729, obs. F. Granet-Lambrechts.

¹³⁷⁵ BÉNABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », art. préc. : « *Disproportio omnia corrumpit* », l'auteur considère que le contrôle de proportionnalité pourrait être fondé sur un tel *credo*.

¹³⁷⁶ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc.

¹³⁷⁷ FULCHIRON (H.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 266.

¹³⁷⁸ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 45, n° 59 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 46, n° 55.

déterminé par le juge¹³⁷⁹. Le risque que comporte le contrôle de proportionnalité est de voir toutes les conditions et toutes les limites posées en droit de la famille, lesquelles déterminent les contours et la fonction de l'institution familiale, écartées au profit des droits fondamentaux des parties, notamment le droit au respect de la vie privée et familiale¹³⁸⁰.

Par ailleurs, il est possible de constater que l'exercice du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation, selon la méthode de la Cour européenne des droits de l'homme, est considéré par certains comme une perte de souveraineté au profit du droit européen, bien que l'article 55 de la Constitution dispose qu'une convention internationale régulièrement ratifiée, telle que la Convention européenne des droits de l'homme, s'incorpore à l'ordre juridique interne et doit être appliqué de façon directe par les tribunaux¹³⁸¹. Ainsi, si la Cour exerce ce contrôle de la manière dont elle le fait, c'est pour éviter une condamnation de la Cour de Strasbourg¹³⁸². Le juge du fond est chargé de réaliser le contrôle de proportionnalité, car il a la compétence pour connaître les faits de l'espèce, la Cour de cassation contrôle, pour sa part, que le juge du fond a bien réalisé le contrôle, ainsi que la qualification d'atteinte disproportionnée¹³⁸³. Ce partage des tâches du contrôle de proportionnalité a été confirmé par un avis de la première chambre civile du 7 mars 2018¹³⁸⁴, lorsque la Cour a refusé de répondre à la question de savoir si le refus d'octroyer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au profit de la concubine de la mère de l'enfant entraînait une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale normale. En effet, la Cour affirme que ce contrôle relève de l'examen préalable des juges du fond et, à ce titre, échappe à la procédure de demande d'avis.

En outre, l'exercice du contrôle de proportionnalité par le juge judiciaire n'a pas modifié d'une manière importante la construction des jugements et des arrêts. Ainsi, la Cour de cassation essaie de maintenir la structure syllogistique : dans un premier temps la Cour rappelle les règles de droit concernées, identifie l'ingérence prévue par la loi et le but légitime qu'elle poursuit ; dans un second temps, elle reprend les éléments de fait retenus par le juge du fond ; enfin, la Cour formule sa conclusion, dans laquelle elle approuve ou non le contrôle effectué

¹³⁷⁹ ROUVIÈRE (F.), « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 524.

¹³⁸⁰ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 20, n° 37.

¹³⁸¹ VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », art. préc.

¹³⁸² CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc.

¹³⁸³ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », art. préc.

¹³⁸⁴ Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis, n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. A.-M. Leroyer ; *Procédures* 2018, comm. 151 M. Douchy-Oudot ; v. *infra*. n° 493.

par le juge du fond, soit l'application de la règle en l'espèce porte une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime poursuivi, soit l'ingérence est proportionnée et justifiée et la loi doit être appliquée en l'espèce.

Les commentateurs ont noté cependant un changement¹³⁸⁵ dans la motivation des arrêts de la Cour de cassation concernant le contrôle de proportionnalité *in concreto* : « motivation renforcée¹³⁸⁶ », « motivation longue et détaillée »¹³⁸⁷ en tout cas, la motivation semblerait plus pédagogique. Le contrôle de proportionnalité *in concreto* nourrit alors une réflexion sur la nécessité de transformer la motivation de la Cour de cassation¹³⁸⁸. Certains plaident pour une motivation plus explicite, alors que d'autres considèrent que la motivation rigoureuse, logique et neutre de la Cour de cassation doit être maintenue¹³⁸⁹. Pour l'instant, si les décisions relatives au contrôle de proportionnalité de la Haute juridiction sont considérablement plus longues, le rappel de faits et les conclusions étant souvent conséquents dans la section consacrée au contrôle de proportionnalité proprement dit, le style laconique caractéristique de la Cour de cassation demeure¹³⁹⁰. En effet, elle n'est pas plus qu'auparavant très explicite sur les raisons pour lesquelles elle a décidé d'écarter ou non l'application de la règle en l'espèce. Faudrait-il que la Cour de cassation adopte la méthode de la Cour européenne des droits de l'homme pour construire ses arrêts ? Pour le Professeur Hugues Fulchiron il n'en est pas question, car elle ne correspond ni aux besoins ni aux traditions de la « cassation à la française ». Toutefois, il faudrait développer une motivation adaptée aux besoins de la société actuelle, qui permette la balance des intérêts et la protection des droits fondamentaux¹³⁹¹.

342. La critique du contrôle de proportionnalité. L'exercice du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation a été qualifié par certains auteurs de « révolutionnaire », alors que d'autres considèrent que ce contrôle donne l'opportunité aux juges judiciaires de rendre des arrêts d'équité ou en équité¹³⁹². Par l'exercice du contrôle de proportionnalité, le juge exerce son rôle d'être un « juge des droits de l'homme à part entière »¹³⁹³. Ainsi, le contrôle de proportionnalité a mis en évidence la tension existante en

¹³⁸⁵ Obs. I. Gallmeister, *D.* 2016, p. 2337.

¹³⁸⁶ Obs. M. Saulier, *AJ fam.* 2016., p. 601.

¹³⁸⁷ Note V. Larribau-Terneyre, *JCP G* 2017, 46.

¹³⁸⁸ FULCHIRON (F.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », art. préc.

¹³⁸⁹ V. sur cette question, DEUMIER (P.), « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015, p. 2022 ; v. aussi, JAMIN (CH.), « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263 ; v. aussi, ZETANI-CASTAING (F.), « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p. 511.

¹³⁹⁰ FULCHIRON (F.), « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », art. préc.

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.* 2016, p. 796.

¹³⁹³ FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », *D.* 2015, p. 2365.

droit de la famille¹³⁹⁴ entre la revendication de la privatisation absolue du lien familial – certains plaident pour « la famille par contrat »¹³⁹⁵ - et le maintien de l'ordre public de direction¹³⁹⁶. L'évolution contemporaine du droit de la famille est menée par ces deux tendances¹³⁹⁷. Les différentes décisions rendues par la Cour de cassation et par les juges du fond qui ont exercé le contrôle de proportionnalité démontrent que si la recherche d'un équilibre entre les deux tendances existe, la loi continue à régir principalement le lien familial, la famille étant toujours une institution¹³⁹⁸. Ainsi, lorsque le contrôle de proportionnalité est bien encadré et que sa finalité de garantir l'exercice des droits fondamentaux est bien comprise, il permet d'appliquer la règle de droit établie par le législateur conformément aux engagements internationaux, et ce, en profitant de la marge d'appréciation reconnue par le Cour de Strasbourg. Cela garantit le respect du principe de séparation des pouvoirs¹³⁹⁹.

Cependant, d'autres considèrent que le contrôle de proportionnalité réalisé par le juge judiciaire implique un risque de remise en cause de l'arbitrage réalisé par le législateur entre la préservation de la règle d'ordre public familial, qui concrétise la notion de famille retenue par le droit, et la garantie de l'exercice des droits fondamentaux des parties en matière familiale, dont le droit au respect à une vie privée et familiale et les intérêts familiaux des parties en présence¹⁴⁰⁰. À travers le contrôle de proportionnalité, les juges substituent l'appréciation du législateur à la leur¹⁴⁰¹. C'est pourquoi l'exercice de ce contrôle peut alors être appréhendé comme une pratique peu démocratique, car il affaiblit le principe de séparation des pouvoirs¹⁴⁰², en ce qu'il exclut la volonté générale exprimée par le législateur à travers la loi, au profit de la volonté des magistrats qui ne sont pas des élus¹⁴⁰³. À cet égard, le Professeur Alain Bénabent se demandait : « n'y pressent-on pas une sorte d'inversion des pouvoirs, le judiciaire se forgeant ainsi à lui-même une arme pour rejeter la prédominance de la loi et, par une révolution de Palais, en quitter le service pour à l'inverse en assurer un contrôle à l'aune de grands principes dont tout juge serait le grand prêtre (les droits de l'homme aujourd'hui, demain le droit naturel, etc.) » ?¹⁴⁰⁴

¹³⁹⁴ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 20, n° 37.

¹³⁹⁵ BORRILLO (D.), « La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté », Préf. Koenig G., 2018, p. 14 et s.

¹³⁹⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 20, n° 37.

¹³⁹⁷ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 46, n° 55.

¹³⁹⁸ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 20, n° 37.

¹³⁹⁹ VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », art. préc.

¹⁴⁰⁰ FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », art. préc.

¹⁴⁰¹ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc.

¹⁴⁰² VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », art. préc.

¹⁴⁰³ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc.

¹⁴⁰⁴ BÉNABENT (A.), « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », art. préc.

Toutefois, la critique mérite d'être nuancée. En effet, si le juge écarte la loi, il ne le fait qu'à l'égard de l'affaire dont il est saisi. Il ne remet en cause ni la conventionnalité ni la légitimité de la loi. Par le contrôle de proportionnalité, le juge ne fait qu'exclure les effets non désirés ou préjudiciables de la loi dans le cas d'espèce. Dès lors, le contrôle de proportionnalité n'implique pas vraiment la substitution du juge au législateur, car le juge ne peut écarter l'application de la loi que dans le cas dont il est saisi¹⁴⁰⁵. Ainsi, lorsque le juge valide le mariage entre la bru et son ancien beau-père, il ne remet pas en cause l'empêchement à mariage entre alliés, mais seulement son application dans un mariage célébré sans opposition, ayant duré vingt ans. De même, les décisions rendues par la Cour de cassation dans lesquelles elle utilise le contrôle de proportionnalité démontrent que son utilisation n'entraîne pas la remise en cause automatique des arbitrages réalisés par le législateur¹⁴⁰⁶. En effet, dans l'arrêt de 2016 relatif au mariage entre la belle fille et son parâtre, la Cour a confirmé la nullité du mariage. De même, dans les affaires où la question concernait la conventionnalité des délais de prescription pour exercer la contestation du lien de filiation, la Cour a rejeté le pourvoi en soulevant que l'atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale, ainsi qu'au droit à connaître ses origines était proportionnée au but légitime recherché par ce délai : la sécurisation de la filiation de l'enfant, ainsi que la sécurité juridique des héritiers du parent prétendu¹⁴⁰⁷.

Par ailleurs, l'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation semble bouleverser son rôle traditionnel d'assurer le respect de la loi et de préserver l'unité de son application sur le territoire national¹⁴⁰⁸. En effet, la Cour prend en compte les faits de l'espèce, à l'encontre¹⁴⁰⁹ de ce qui est prévu par l'article L. 411-2, alinéa 2 du Code de l'organisation

¹⁴⁰⁵ VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », art. préc.

¹⁴⁰⁶ FULCHIRON (H.), « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », art. préc.

¹⁴⁰⁷ Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; *D.* 2015, p. 2365, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2016, p. 857, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* p. 1966, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2015, p. 596, obs. J. Hauser ; *ibid.*, 825, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2015, comm. 163, note C. Neirinck ; v. aussi Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-19 853 ; *D.* 2016, p. 1980, note H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, note Y. Bernand ; Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507 ; *D.* 2016, p. 2062, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, p. 2496, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2017, p. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2016, p. 543, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2016, p. 831, obs. J. Hauser ; *Dalloz act.*, 20 oct. 2016, obs. V. Da Silva ; *JCP G* 2016. 1276, note T. Garé ; *RJPF* 2016-12/37, obs. S. Prétot ; *D.* 2017, p. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; v. aussi, Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068 ; *D.* 2016, p. 2337, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2017, p. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2016, p. 601, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 9, note H. Fulchiron ; *D.* 2017, p. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP G* 2017, 46, note V. Larribau-Terneyre.

¹⁴⁰⁸ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc.

¹⁴⁰⁹ *Ibid.* ; v. *contra* Entretien LOUVEL (B.), « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G* 2015, 1122 : « Cet article dispose que la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire, *a fortiori*, sauf disposition contraire d'un traité. Or La Convention EDH est un traité qui prévoit le contraire. Nous ne nous mettons pas en marge de l'article L. 411-2 du Code de l'organisation judiciaire, nous l'appliquons lorsque nous disons que la Cour de cassation doit se préoccuper du fond des affaires à travers le contrôle de proportionnalité. »

judiciaire¹⁴¹⁰. Cependant, les arrêts rendus en utilisant le contrôle de proportionnalité ont aussi montré que la Cour de cassation n'utilise pas une « méthode » de simple opportunité¹⁴¹¹.

L'autre risque remarqué de l'utilisation du contrôle de proportionnalité par les juges judiciaires est l'absence de prévisibilité des décisions de justice. Comment anticiper que l'application de la règle du droit entraîne, en fonction des circonstances de l'espèce, une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des plaideurs, au regard du but légitime poursuivi par la disposition ? Dans quelles circonstances l'atteinte disproportionnée est-elle caractérisée ? Si dans l'arrêt du 4 décembre 2013, la Cour de cassation a validé le mariage entre la bru et son beau-père, c'est notamment, car cette union avait duré plus de vingt ans. Cependant, dans un arrêt du 8 décembre 2016¹⁴¹² concernant aussi le mariage entre alliés – la belle-fille et son ancien parâtre – l'union n'avait duré que huit ans et la Cour avait confirmé la nullité du mariage. Quelle serait la justification ? L'application de la règle de droit interdit que tout mariage entre alliés soit célébré. Cette règle n'étant écartée qu'*in concreto*, elle est considérée de façon abstraite comme conforme à la Convention et donc faisant toujours partie de l'ordonnement juridique. Toutefois, lorsque le mariage est déjà célébré, comment savoir à quel moment on est en présence d'une atteinte disproportionnée ? C'est pourquoi l'insécurité juridique est également dénoncée comme un effet pervers du contrôle de proportionnalité¹⁴¹³. En effet, ce contrôle peut exclure l'application d'un texte clair qui assure normalement la prévisibilité de son application par le juge¹⁴¹⁴.

¹⁴¹⁰ « La Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, sauf disposition législative contraire. »

¹⁴¹¹ FULCHIRON (H.), « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », art. préc.

¹⁴¹² Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 P. ; *D.* 2016, p. 2568, obs. I. Gallmeister ; *Ibid.*, 2017, p. 2568, obs. M. Douchy-Oudot ; *Ibid.*, p. 656, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 71, J. Houssier ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2017, comm. 24, note R. Binet ; v. *infra*. n° 465.

¹⁴¹³ CHÉNEDÉ (F.), « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », art. préc.

¹⁴¹⁴ VIGNEAU (V.), « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », art. préc.

Conclusion du chapitre I

343. La révélation par le juge de l'unité conceptuelle de la notion de famille est effectuée dans les motifs de la décision, lorsqu'il exerce la démarche déductive de l'acte juridictionnel. Cette révélation peut amener le juge à construire ou à compléter le concept de lien familial en admettant la création ou la reconnaissance des liens contraires à la loi, si bien que la question se posait de l'étendue de la marge de manœuvre du juge dans la construction du concept de lien familial. Une réflexion sur les sources du lien familial s'est alors avérée nécessaire afin de trouver une réponse à cette question, ces sources étant elles-mêmes révélées par le juge dans les motifs de sa décision.

344. Ainsi, nous avons constaté que dans le jugement, le juge doit énoncer le fondement sur lequel il rend sa décision. En effet, il est obligé de motiver son jugement tant en fait qu'en droit. Ce faisant, il révèle les sources de droit du lien familial. En analysant les motifs des décisions, nous avons constaté que le juge révèle la source principale du lien familial dès lors qu'il reconnaît la compétence exclusive du législateur en matière familiale. Cette reconnaissance est réalisée par les juges judiciaires, tant les juges du fond que la Cour de cassation et confirmée par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Concernant le juge judiciaire, il reconnaît la réserve législative en matière familiale lorsqu'il refuse de créer ou de reconnaître un lien familial en affirmant « qu'en droit français » ou « en l'état de la législation française » ou « selon la loi française » la réalisation d'un tel lien ne peut pas être accordée. Le Conseil constitutionnel, quant à lui, refuse de substituer son appréciation à celle du législateur pour censurer la constitutionnalité des conditions de formation du lien familial. Concernant la CEDH, la réserve législative en matière familiale est reconnue lorsqu'elle fait allusion à la marge d'appréciation laissée aux États membres en l'absence de consensus entre eux à l'égard d'une question. La reconnaissance de cette réserve législative a pour finalité d'établir la limite du pouvoir des juges et de répondre aux revendications sociétales, qui demandent la mise à l'écart de la loi en matière d'accès à l'établissement du lien familial. Elle permet aussi d'attirer l'attention du législateur afin qu'il envisage la modification du régime juridique d'un lien familial. Quant à la conséquence de cette reconnaissance, elle implique la délimitation variable du pouvoir des juges en matière familiale. En effet, la limite du pouvoir des juges nationaux semble stable, contrairement à

celle de la Cour européenne, laquelle dépend du consensus européen sur une question déterminée, ainsi que de l'interprétation dynamique qu'elle réalise de la Convention.

La loi est donc la source principale du lien familial, car la Constitution attribue au législateur une compétence exclusive en matière familiale, bien qu'il soit possible de la déléguer au Gouvernement, qui peut être autorisé par le Parlement à légiférer par ordonnance.

345. Cependant, lorsque le juge crée ou reconnaît un lien familial *contra-legem*, il révèle également dans les motifs de sa décision la source alternative du lien familial. La source du lien familial contraire à la loi serait alors la règle jurisprudentielle qui résulte de l'exercice de l'acte jurisprudentiel par le juge. Cet acte s'avère exceptionnel et ne peut être réalisé que si la loi est inexistante ou si elle est insuffisante, car obscure ou incomplète ou bien dans le cadre du contrôle de proportionnalité, lorsqu'elle est inéquitable. Le pouvoir créateur du juge est donc graduel et dépend du niveau de précision de la loi existante. La règle jurisprudentielle se manifeste alors à travers les motifs de la décision. Ainsi, l'acte jurisprudentiel est doublement limité : il n'a lieu que lors d'une instance et à l'égard d'une espèce pour laquelle la loi n'apporte pas la solution. La conséquence de cet acte est la règle jurisprudentielle, laquelle est subordonnée à la loi et indissociable du jugement, car elle n'existe que parce que le jugement a été rendu.

346. Un pouvoir créateur est ainsi reconnu aux juges judiciaires en matière familiale, bien qu'il s'avère traditionnellement limité. En effet, la jurisprudence des Cours suprêmes dans l'ordre interne a joué un rôle de conservation et de résistance face au mouvement de libéralisation et de pluralisme juridique en matière de liens familiaux. Les deux juridictions suprêmes ont fait prévaloir la compétence exclusive du législateur en matière familiale et affirmé que seul le législateur pouvait opérer ces changements dans la loi française. Ce faisant, elles ont protégé la conception de la famille retenue par le droit et par le législateur.

En revanche, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a exercé une influence incontestable sur les règles du droit français régissant la formation du lien familial, car elle a contribué au mouvement de libéralisation et de pluralisme juridique du droit de la famille.

Aujourd'hui, le pouvoir créateur du juge en matière familiale se voit renforcé d'une part, par les techniques classiques propres au droit international privé et, d'autre part, par l'utilisation plus récente du contrôle de proportionnalité.

À travers l'utilisation des techniques propres au droit international privé, le juge peut effectivement reconnaître un lien familial interdit en droit français dès lors qu'il a été valablement constitué à l'étranger. Le juge utilise la technique de l'ordre public international français atténué à l'égard d'un lien familial interdit par la loi française venu d'ailleurs, notamment le mariage bigame ou polygame célébré valablement à l'étranger, afin de permettre sa réception et d'autoriser la production de certains de ses effets sur le territoire français.

Quant au contrôle de conventionnalité ou de proportionnalité *in concreto*, son utilisation est devenue, contrairement à ce qui a été pensé dans un premier temps, une véritable obligation pour les juges du fond et pour la Cour de cassation. Il consiste à prendre en compte les circonstances de l'espèce afin de vérifier si l'application de la règle de droit engendre une ingérence injustifiée ou une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime. En matière familiale, l'utilisation de ce contrôle a concerné dans un premier temps les liens de couple et, dans un second temps, les liens de filiation. L'ensemble des règles du droit de la famille peut donc être soumis à ce contrôle. Il permet le maintien de la loi applicable, ainsi que son exclusion dans le cas concret, afin de protéger les droits fondamentaux des parties. Le contrôle de conventionnalité *in concreto* permet alors de constater que les droits fondamentaux, notamment ceux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, sont employés par les juges judiciaires en tant que *correcteurs* de l'application de la règle de droit. Il faut signaler cependant que l'utilisation du contrôle de proportionnalité engendre un problème de prévisibilité et de sécurité juridique pour les justiciables, car la solution qui résulte de ce contrôle dépend de l'appréciation à une certaine époque des faits de l'espèce.

347. .Si les sources du concept de lien familial sont donc duales, dès lors que le juge peut participer de façon créatrice à sa construction, il reste à déterminer plus précisément quelle est sa marge de manœuvre exacte dans cette construction.

Chapitre II La révélation de la marge de manœuvre du juge dans la construction du concept de lien familial

348. La révélation des sources de droit du lien familial permet de constater qu'il est principalement régi par la loi. En effet, la loi détermine les liens familiaux existant dans l'ordonnement juridique et établit leurs conditions de formation. Cependant, la jurisprudence joue aussi un rôle dans la détermination du lien familial, car elle permet au juge, de façon exceptionnelle, d'outrepasser les conditions légales de formation afin d'admettre la création ou la reconnaissance d'un lien familial *contra-legem*. Cette révélation nous permettra à présent d'apprécier la marge de manœuvre dont dispose le juge afin de construire ou de compléter le concept de lien familial.

349. Lorsque le juge vérifie que les conditions de formation du lien familial prévues par la loi sont réunies dans le cas d'espèce, il révèle la marge de manœuvre limitée dont il dispose pour construire ou compléter le concept de lien familial. En effet, la loi circonscrit le caractère familial du lien à travers les conditions positives et négatives de formation du lien familial. Ce sont donc les conditions de formation fixées par la loi qui déterminent, en principe, le lien familial. Ce dernier est donc un lien de droit et aucun lien juridique ne peut être qualifié de familial en dehors de ceux qui sont admis par la loi. De même, un lien qui ne remplit pas les conditions de formation fixées par la loi ne peut pas être qualifié de lien familial. De ce fait, le juge révèle la marge de manœuvre limitée dont il dispose par principe pour construire ou compléter le concept de lien familial.

350. Cependant, malgré cette marge de manœuvre limitée, le juge peut participer d'une manière considérable à la construction du concept de lien familial, puisque, on l'a vu¹⁴¹⁵, il se reconnaît le pouvoir d'ordonner la création ou la reconnaissance d'un lien qui ne remplit pas les conditions de formation fixées par la loi et qui ne présente pas les caractères posés par la règle d'ordre public familial. Ainsi, le juge peut admettre la réception d'un lien contraire à la loi française lorsqu'il a été valablement constitué à l'étranger. De même, le juge peut décider d'écarter la loi en exerçant un contrôle de conventionnalité *in concreto* s'il considère que son application entraîne une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime poursuivi. Si le pouvoir créateur du juge s'avère limité et exceptionnel,

¹⁴¹⁵ V. *supra*. n^{os} 332 et s.

subordonné à l'existence d'une atteinte à un droit fondamental, les conséquences de l'exercice de ce pouvoir sont très importantes.

351. Ainsi, si le pouvoir créateur du juge, en tant que tel, est limité (section 1), il n'en demeure pas moins que lorsqu'il s'exerce, il révèle les conséquences considérables qui résultent de cette intervention dans la construction du concept de lien familial (Section 2).

Section 1 La révélation de la marge de manœuvre limitée du juge dans la construction du concept de lien familial

352. Puisque le lien familial trouve sa source principale dans la loi, le juge dispose d'une marge de manœuvre très réduite pour créer ou compléter le concept de lien familial. En effet, lorsqu'il est saisi d'une demande portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, il ne peut, en principe, faire droit à la prétention des parties que si le lien demandé remplit les conditions fixées par la règle d'ordre public familial. Le juge ne peut donc pas créer des liens familiaux contraires à la loi. Cependant, nous verrons ultérieurement¹⁴¹⁶ que cette impossibilité doit être nuancée, car il lui est possible d'outrepasser les conditions de formation fixées par la loi lorsqu'il exerce son pouvoir jurisprudentiel, notamment lorsqu'il reconnaît un lien familial contraire à la loi française valablement établi à l'étranger. De même, il peut admettre la création d'un lien familial *contra-legem* lorsqu'il exerce un contrôle de conventionnalité *in concreto*, dès lors qu'il considère que l'application de la loi entraînerait une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime poursuivi.

353. L'activité du juge implique, en principe, la seule vérification des conditions de fond de la formation du lien familial. Il expliquera alors dans sa décision la raison pour laquelle le lien demandé est conforme ou non à la notion de famille retenue par le droit. La loi détermine, nous l'avons vu, les liens familiaux qui relèvent de l'ordonnancement juridique et fixe les conditions¹⁴¹⁷ relatives à leur formation¹⁴¹⁸. Ces conditions résultent d'un choix politique réalisé par une société donnée à un moment donné¹⁴¹⁹. Ces conditions reflètent donc

¹⁴¹⁶ V. *infra*. n^{os} 374 et s.

¹⁴¹⁷ V. « Condition », in *Vocabulaire juridique*, spéc. 2.

¹⁴¹⁸ V. sur ce point, *supra*. n^o 281 et s. ; v. aussi, LEMOULAND (J.-J.), « La famille », *op. cit.*, n^o 11.

¹⁴¹⁹ ÉGÉA (V.) « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 42, n^o 64.

l'importance donnée à un lien familial par la société¹⁴²⁰. Plus les conditions sont contraignantes, plus l'importance accordée au lien familial considéré est grande. À l'inverse, l'absence de toute condition reflète la quasi-indifférence du législateur pour le lien familial considéré. Tel serait le cas du concubinage, lequel est dépourvu de tout régime juridique, et ce, malgré sa définition consacrée au sein du Code civil¹⁴²¹. Toutefois, l'intention du législateur de favoriser et d'inciter à la célébration du mariage a donné lieu à un assouplissement constant, depuis quelques années, de certaines conditions de sa formation, hormis celles concernant l'intention et le consentement, lesquelles ont un lien direct avec la politique d'immigration¹⁴²². Dès lors, c'est à travers les règles régissant les conditions du lien familial que l'État, par l'intermédiaire du législateur, dessine la première cellule sociale : la famille¹⁴²³.

Les conditions de formation du lien familial ont pour objet de déterminer la manière dont le lien doit se constituer, de limiter son accès à certaines personnes, soit parce qu'elles ont certaines caractéristiques, soit au contraire, car elles ne présentent pas certaines qualités requises, d'exiger la présence d'un élément essentiel, etc. Les conditions du lien familial empêchent en principe son établissement. Elles supposent l'exercice d'un contrôle par une autorité habilitée afin qu'il vérifie et le cas échéant valide la formation du lien familial. Si les conditions de formation du lien familial sont classées en conditions forme et en conditions de fond, ce sont ces dernières qui façonnent le contenu et la structure du lien familial. Ces conditions déterminent la nature du lien familial.

354. Ainsi, le juge révèle la limite de sa marge de manœuvre dans la construction du concept de lien familial lorsqu'il refuse de créer ou de maintenir des liens de couple (§1) et des liens de parenté (§2) contraires à la loi.

¹⁴²⁰ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 79, n° 84.

¹⁴²¹ C. civ., art. 515-8.

¹⁴²² En ce sens, ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 41, n° 61 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 79, n° 84.

¹⁴²³ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 41, n° 61 ; LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 10.

§ 1 Le refus par le juge de maintenir des liens de couple contraires à la loi

355. Le caractère limité de la marge de manœuvre du juge dans la création du concept de lien familial est révélée par l'impossibilité de maintenir des liens de couple contraires à la loi. C'est à l'égard de l'interdiction de l'inceste qu'il est possible de constater la limite de la marge de manœuvre du juge. Si le « tabou » de l'inceste rend très limité le contentieux relatif à la nullité du mariage pour cause d'inceste, la question de la conventionnalité de l'interdiction du mariage célébré entre alliés, posée par l'arrêt *B. et L.* de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁴²⁴, a fait surgir un contentieux particulier concernant l'exigence de l'exogamie des liens de couple. Ce contentieux a permis de révéler la limite de la marge de manœuvre dans la construction du concept de lien familial tant des juges du fond (A) que de la Cour de cassation (B).

A. Le refus par le juge du fond de maintenir un mariage incestueux

356. Deux décisions rendues par la cour d'appel d'Aix-en-Provence, relatives à la nullité du mariage conclu entre alliés, illustrent la limite de la marge de manœuvre dans la construction du concept de lien familial dans la construction du concept de lien familial.

357. Dans le premier arrêt¹⁴²⁵, la cour d'appel a prononcé la nullité du mariage entre la bru et son beau-père. En l'espèce, après un premier mariage, duquel est née une fille et la dissolution de ce mariage par divorce, la femme s'est remariée avec le père de son ex-mari. Ce dernier a institué sa femme légataire universelle et a consenti une libéralité à sa petite fille. Ce n'est qu'après le décès de son père, que l'ex-mari a demandé la nullité du mariage entre son ex-femme et son père, comme contraire à l'article 161 du Code civil. En première instance, la nullité du mariage a été prononcée. La femme a alors interjeté appel en alléguant que l'action de son ex-mari n'était pas recevable, en vertu de l'article 187 du Code civil, pour ne pas avoir été engagée du vivant des époux et faute d'intérêt à agir en l'état de la donation consentie à leur fille et de son institution en tant que légataire universelle par son mari. La femme a également soulevé le fait qu'elle et son mari n'étaient plus alliés en ligne directe du fait de son divorce

¹⁴²⁴ CEDH, sect. IV, 13 sept. 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni*; D. 2006. Pan. 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau; *JCP* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire, M. Lamarche; *RTD civ.* 2005. 735, obs. Marguénaud; *ibid.* 758, obs. Hauser; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M; v. *supra.* n° 176.

¹⁴²⁵ CA Aix-en-Provence, 6e ch. A, arrêt, 21 juin 2012, n° 11/02930, n° 2012/398, M. c/ M.

d'avec son ex-mari. De plus, elle a invoqué l'arrêt *B. et L.* de la CEDH¹⁴²⁶, en ce qu'il a considéré que les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne doivent être d'une sévérité telle que ce devoir s'en trouverait atteint dans sa substance même. Enfin, elle a fait état des conclusions de sa fille en première instance, qui s'est opposée à l'action de son père et a affirmé qu'elle a été élevée par son grand-père, ne voyant que très occasionnellement son père.

Cependant, la cour a affirmé que le mariage avait été célébré en violation de l'article 161 du Code civil, le divorce ne mettant pas fin à l'alliance. De plus, elle a approuvé les motifs du premier juge, qui a affirmé que « l'empêchement à mariage entre un beau-père et sa bru, aux termes de l'article 164, lequel peut être levé par le président de la République en cas de décès de la personne qui a créé l'alliance, est justifié en ce qu'il répond à des finalités légitimes de sauvegarde de l'homogénéité de la famille en maintenant des relations stables à l'intérieur du cercle familial ». La Cour a alors constaté que le mariage de la mère avec son beau-père a eu lieu lorsque la fille n'était âgée que de dix ans et que cette célébration a opéré dans son esprit une regrettable confusion entre son père et son grand-père. Enfin, la Cour a considéré que la présence d'un conjoint survivant entraînant des conséquences préjudiciables quant aux droits successoraux de l'ex-mari justifiait de la part de ce dernier un intérêt né et actuel à agir en nullité du mariage contracté par son père et son ex-épouse. La nullité du mariage a donc été admise.

358. Dans le second arrêt¹⁴²⁷, la cour d'appel a également prononcé la nullité du mariage célébré entre la belle-fille et son beau-père. En l'espèce, le mari, âgé de 85 ans, avait épousé la fille de sa troisième femme, issue d'une relation précédente. Après le décès du mari, huit ans après la célébration du mariage, les enfants et les conjoints de ce dernier ont assigné la veuve aux fins de voir prononcer, sur le fondement de l'article 161 du Code civil, l'annulation de son mariage avec leur père et leur beau-père. Le premier juge a débouté les enfants et leurs conjoints de leurs demandes, mais ces derniers ont ensuite interjeté appel de la décision. Il était donc demandé à la cour d'appel si l'annulation du mariage entre alliés en ligne directe constituerait une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit à l'intimité et au respect de la vie privée et familiale.

¹⁴²⁶ CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni* ; *D.* 2006. *Pan.* 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *JCP* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire, M. Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.* 758, obs. J. Hauser ; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M. ; v. *supra.* n° 176.

¹⁴²⁷ CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939 : *JurisData* n° 2014-029845 ; *Dr. fam.* 2015, comm. 44, obs. J.-R. Binet.

Afin de répondre à la question, la juridiction aixoise a alors procédé à une distinction entre les circonstances de l'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013¹⁴²⁸, relatif au mariage entre la bru et son beau-père, célébré sans opposition et ayant duré plus de vingt ans, et de celles de l'affaire dont elle était saisie, concernant l'union entre une femme et l'ex-époux de sa mère, toujours en vie. Elle a constaté que la veuve avait neuf ans quand son mari s'est marié avec sa mère, vingt-cinq ans lorsqu'ils ont divorcé et vingt-sept ans lorsque son beau-père l'a épousée. Dès lors, la Cour a considéré d'une part, que la veuve étant âgée de neuf ans lors du mariage entre sa mère et son beau-père, ce dernier représentait pour elle une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique et, d'autre part, que son union avec son beau-père n'avait duré que huit années lorsque la nullité de son mariage avait été demandée. Enfin, la Cour a pris en compte qu'aucun enfant n'était issu de cette union. De ce fait, la cour d'appel a décidé d'infirmier le jugement et de prononcer la nullité du mariage.

359. Dans les deux décisions, la cour d'appel souligne l'objectif poursuivi par le caractère exogame du mariage : garantir l'homogénéité de la famille, la stabilité des relations à l'intérieur de celle-ci et la lisibilité des liens familiaux afin d'éviter une confusion des rôles et des places des membres de la famille. Et ce, notamment au profit de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, le raisonnement dans les deux décisions est construit sur le maintien de l'alliance malgré le divorce des époux. Le lien familial entre les parents des anciens époux demeure malgré la dissolution du lien matrimonial. L'existence de ce lien familial empêche donc la célébration du mariage entre alliés. S'il est possible de contester la pertinence du maintien de l'interdiction du mariage entre alliés en ligne directe, fondée essentiellement sur des considérations morales, il semblerait qu'elle soit justifiée principalement par le risque de confusion qu'une union entre alliés pourrait entraîner dans l'esprit d'un enfant issu de la relation entre les auteurs de l'alliance. Celle-ci pourrait constituer une illustration du caractère pédocentrique du droit de la famille.

¹⁴²⁸ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; *Dr. fam.* 2014 comm. 1, note R. Binet ; *D.* 2014, 179, note F. Chénéde ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser ; *D.* 2014, p. 153, H. Fulchiron ; *RJPF* 2014-2/9, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Rev. dr. civ.*, 2014/122, n° 5308, obs. F. Dekeuwer-Déffosez ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 30, obs. J. Casey ; v. *supra*. n° 177.

B. Le refus de la Cour de cassation de maintenir un mariage incestueux

360. Un arrêt concernant la nullité du mariage entre alliés permet d'illustrer la limite de la marge de manœuvre de la Cour de cassation dans la construction du concept de lien familial.

361. Une vérification de l'interdiction de l'inceste concernant l'interdiction du mariage entre alliés par la Cour de cassation. La Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt rendu par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 21 juin 2012, ci-dessus cité¹⁴²⁹, elle a validé l'arrêt rendu par la même cour le 2 décembre 2014¹⁴³⁰ par une décision du 8 décembre 2016. En l'espèce, la veuve, ayant été placée sous curatelle renforcée en cours de procédure, son curateur, l'ATMP du Var, est intervenu à l'instance. Ils ont formé un pourvoi en cassation à l'encontre de la décision de la cour d'appel d'Aix-en-Provence. La veuve et son curateur ont d'abord allégué que le prononcé de la nullité du mariage, sur le fondement de l'article 161 du Code civil avait entraîné une atteinte disproportionnée au droit au mariage, car l'empêchement à mariage entre alliés en ligne directe, qui peut néanmoins être célébré en vertu d'une dispense si celui qui a créé l'alliance est décédé, ne repose pas sur l'interdiction de l'inceste, lequel est inexistant entre personnes non liées par le sang. Ensuite, ils ont soulevé que la nullité du mariage entre la veuve et son ancien beau-père entraînait une ingérence injustifiée dans l'exercice de leur droit au respect de la vie privée et familiale, dès lors que leur union, célébrée sans opposition, avait duré huit ans.

Cependant, la Haute juridiction a rejeté le pourvoi, aux motifs que le droit au mariage des alliés n'a pas été atteint, dès lors que leur mariage a été célébré sans opposition et qu'ils ont vécu maritalement jusqu'au décès de l'époux. De même, la Cour a souligné que l'ingérence que constitue l'annulation d'un mariage entre alliés en ligne directe est prévue par la loi et qu'elle poursuit un but légitime « en ce qu'elle vise à sauvegarder l'intégrité de la famille et à préserver l'enfant des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale ». Dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité *in abstracto*, la Cour n'a donc pas admis l'inconventionnalité.

La Cour a toutefois procédé à un contrôle concret de la proportionnalité pour déterminer si l'application de la loi dans le cas d'espèce, constituerait une atteinte disproportionnée au regard du but légitime poursuivi. À cet égard, nous rappellerons que ce contrôle permet au juge

¹⁴²⁹ CA Aix-en-Provence, 6e ch. A, arrêt, 21 juin 2012, n° 11/02930, n° 2012/398, M. c/ M. ; v. *supra*. n° 357.

¹⁴³⁰ CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939 : JurisData n° 2014-029845 ; *Dr. fam.* 2015, comm. 44, obs. J.-R. Binet. ; V. *supra*. n° 358.

d'écarter un texte dans le cas concret, dès lors qu'il considère qu'il porterait, en l'espèce, une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime poursuivi. Ce contrôle se différencie du contrôle de conventionnalité *in abstracto*, lequel permet la mise à l'écart d'une manière générale d'une loi, lorsqu'elle est contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Ainsi, le contrôle de proportionnalité *in concreto* implique la prise en compte des circonstances de l'espèce afin de déterminer si l'application de la règle porterait atteinte aux droits fondamentaux des parties.

Ainsi, la Cour a considéré qu'en constatant que la veuve était âgée de 9 ans lors du mariage de sa mère avec son beau-père, puis de 25 ans lors de leur divorce et enfin de 27 ans lors de son mariage avec son ancien beau-père, elle avait pu déduire que ce dernier représentait nécessairement pour la veuve une référence paternelle, au moins sur le plan symbolique. De même, en constatant que l'union matrimoniale entre la veuve et son ancien beau-père n'avait duré que huit ans lors de la demande en nullité du mariage, sans qu'aucun enfant ne soit issu de cette union, la cour d'appel avait pu déduire que l'annulation du mariage ne constituait pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de la veuve au regard du but légitime poursuivi.

362. Cet arrêt permet de constater la manière dont la Cour de cassation vérifie le caractère exogame du lien matrimonial. En effet, elle insiste, comme la cour d'appel d'Aix-en-Provence, sur le maintien de l'alliance malgré le divorce des auteurs de l'alliance. Puis, elle explique que l'interdiction de l'inceste en matière matrimoniale constitue une ingérence légale qui poursuit un but légitime : « sauvegarder l'intégrité de la famille » et « préserver les enfants des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale ». Ce faisant, la cour confirme la finalité de l'interdiction de l'inceste dans le lien familial : garantir l'harmonie, la lisibilité et l'intégrité de la famille, ainsi qu'éviter des confusions sur les rôles et les places de chacun de la famille par rapport à l'enfant.

§ 2 Le refus par le juge de créer ou de maintenir des liens de parenté contraires à la loi

363. Le caractère limité de la marge de manœuvre du juge dans la création du concept de lien familial est également révélé par l'impossibilité de créer ou de maintenir des liens de parenté *contra-legem*. À cet égard, plusieurs exemples peuvent illustrer la limite du pouvoir du juge d'interpréter et d'outrepasser les conditions de formation du lien familial fixées par la loi. En effet, le juge judiciaire a pu refuser l'adoption d'un enfant par son père biologique, en

raison du lien de parenté avec lequel ce dernier était uni à sa mère (A). De même, le juge judiciaire a pu refuser l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé et du concubin (B).

A. Le refus par le juge judiciaire d'admettre l'adoption d'un enfant incestueux par son père biologique

364. Tant le juge du fond que la Cour de cassation ont révélé la limite de leur marge de manœuvre dans la construction du concept de lien familial en refusant l'adoption d'un enfant incestueux par son père biologique.

365. Ainsi, le TGI de Saint-Malo, dans un jugement du 7 avril 1999, a rejeté la requête en adoption de l'enfant par son père du fait qu'il était le frère de la mère de l'enfant. En l'espèce, l'enfant avait fait l'objet d'une reconnaissance prénatale par sa mère. Puis, il avait été reconnu par son père. Toutefois, les parents ayant la même filiation paternelle, le procureur de République a demandé et obtenu l'annulation de la seconde reconnaissance. L'enfant a ensuite été reconnu par un autre homme et légitimé par le mariage intervenu postérieurement. Cette reconnaissance a également fait l'objet d'une annulation. Puis, la mère de l'enfant a donné son consentement à l'adoption par le père biologique, qui a déposé une requête aux fins d'adoption simple. Cependant, le TGI a constaté que la mère de l'enfant et le père biologique étaient frère et sœur et a décidé de rejeter la requête aux motifs « que la présence d'un empêchement dirimant que constitue l'inceste avéré interdit au juge de reconnaître [au père] le droit d'adopter l'enfant et qu'il ne saurait être admis une fraude à la loi par le détournement de l'adoption de son but et la création d'un lien de filiation contraire à l'ordre public ».

La décision du TGI de Saint-Malo réalisait ainsi une extension de l'ancien article 334-10 du Code civil aux règles régissant l'adoption. Pour cette juridiction, les relations incestueuses rendaient impossible l'établissement de n'importe quel type de filiation et privaient donc le père biologique du droit d'adopter son enfant¹⁴³¹. De même, elle a considéré que le montage mis en œuvre par les père et mère de l'enfant constituait une fraude à la loi, laquelle exclut l'établissement d'une filiation incestueuse. Ce procédé a dès lors été qualifié de détournement de l'institution de l'adoption. Ainsi, lorsque le TGI de Saint-Malo affirme que les relations incestueuses des parents interdisent l'établissement d'un lien de filiation adoptive à l'égard de leur enfant, il révèle que l'inceste empêche l'établissement du lien familial.

¹⁴³¹ FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003. Chron. 29, n° 5.

366. Plus tard, le père de l'enfant a interjeté appel du jugement devant la cour d'appel de Rennes, en faisant valoir que la loi ne prohibait pas l'adoption simple d'un parent par le sang. De même, il a argué d'une part, que l'empêchement à mariage entre frère et sœur et l'interdiction d'établir une filiation incestueuse ne constituaient pas des dispositions particulières relatives à la filiation et, d'autre part, que l'adoption de son propre enfant était licite et que l'application de la notion de fraude à la loi était inopérante. En outre, le père a soulevé que le seul contrôle juridictionnel possible concernait l'intérêt de l'enfant. Enfin, il a affirmé que l'enfant était élevé par sa mère et lui et qu'il n'ignorait pas l'identité de son père biologique.

La cour d'appel de Rennes, dans l'arrêt rendu le 24 janvier 2000¹⁴³², a considéré pour sa part, contrairement aux premiers juges, que l'adoption de l'enfant par son père biologique ne caractérisait pas une fraude à la loi. Ainsi, elle a constaté d'une part, que l'article 334-10 du Code civil n'avait pas vocation à s'appliquer à la filiation adoptive et, d'autre part, que l'article 348-5 du Code civil prévoit le cas où il existe un lien de parenté ou d'alliance jusqu'au sixième degré inclus entre l'adoptant et l'adopté. De ce fait, la cour a considéré que la loi n'interdisait pas l'adoption intrafamiliale et que celle-ci ne pouvait pas être assimilée à une reconnaissance. Puis, elle a constaté que si les conditions de la loi étaient remplies en l'espèce, une expertise psychiatrique et psychologique était nécessaire afin de déterminer si l'adoption était conforme à l'intérêt de l'enfant. Finalement, elle a prononcé l'adoption le 22 janvier 2001.

La cour d'appel de Rennes a donc décidé d'accorder l'adoption simple de l'enfant en considérant que la place de l'interdiction de la filiation incestueuse dans le Code civil impliquait une déconnexion à l'égard des règles de l'adoption. La cour semble alors traiter l'adoption simple non pas comme un moyen d'établissement du lien de filiation, mais comme un simple mode de parentalité, qui permet de s'occuper de l'enfant. Elle détache donc entièrement l'adoption simple de la conception et du mythe de l'engendrement, ainsi que de la filiation charnelle, en affirmant qu'elle ne peut pas être assimilée à la reconnaissance. S'il est vrai que l'adoption simple ne détruit pas le lien de filiation d'origine et ne le remplace pas par le lien de filiation adoptive, à l'époque où l'arrêt a été rendu, le régime de l'adoption était calqué exclusivement sur le paradigme de la filiation charnelle. Dès lors, l'enfant adopté est

¹⁴³² CA Rennes, 24 janv. 2000, n° 99/02944 ; JurisData n° 2000-110223 : *JCP G* 2000, IV, 2338 ; *D.* 2002, p. 2020, obs. F. Granet : *RTD civ.* 2000, p. 819, obs. J. Hauser ; FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003, chron. 29

considéré comme étant le fruit des relations charnelles entre ses parents. Cependant, le tabou de l'inceste oblige au secret en évitant d'institutionnaliser le lien de filiation incestueux¹⁴³³.

367. Ultérieurement, un pourvoi a été formé par le procureur de la République à l'encontre de l'arrêt prononcé par la cour d'appel de Rennes. Ainsi, au visa de l'ancien article 334-10 du Code civil, la Cour de cassation, par un arrêt du 6 janvier 2004¹⁴³⁴, a cassé et annulé la décision rennaise. Dans ses motifs, la Haute juridiction a affirmé que la requête en adoption présentée par le père biologique de l'enfant contrevenait aux dispositions d'ordre public interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu.

368. Enfin, par un arrêt rendu sur renvoi après cassation du 5 avril 2005¹⁴³⁵, la cour d'appel de Paris a rejeté la demande en adoption du père biologique de l'enfant, conformément à l'arrêt rendu par la Cour de cassation, et confirmé le jugement rendu par le TGI de Saint-Malo le 7 avril 1999. Ainsi, la Cour a d'abord considéré que la loi sur l'adoption a pour but de créer une filiation. Puis, elle a invoqué l'interdiction de l'ancien article 334-10 du Code civil d'établir un lien de filiation entre un parent et un enfant, s'il existe entre les parents un empêchement à mariage pour cause de parenté et si un lien de filiation a déjà été établi à l'égard de l'autre parent. Enfin, elle a conclu que l'adoption de l'enfant demandée par le frère consanguin de la mère se heurtait à l'interdiction posée par la loi de l'établissement d'une double filiation de l'enfant issu de relations incestueuses. De même, elle a considéré que le père biologique n'avait pas démontré en quoi cette interdiction serait discriminatoire au regard de la Convention internationale des droits de l'enfant.

369. Tant l'arrêt de la Cour de cassation que celui de la cour d'appel de Paris admettent donc l'impossibilité d'établir n'importe quel lien de filiation incestueuse. Les juges ont estimé que l'adoption simple était un mode d'établissement de la filiation et réaffirmé que l'interdiction des filiations incestueuses est d'ordre public. Ce sont donc les relations incestueuses entre les parents de l'enfant qui rendent impossible l'établissement du lien de

¹⁴³³ FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », art. préc., n° 5.

¹⁴³⁴ Civ. 1^{re}, 6 janv. 2004, n° 01-01.600 : *Bull. civ.* I, n° 2 ; *GAJC*, *op. cit.*, p. 352, n° 53 ; *D.* 2004, p. 362, concl. Sainte-Rose, note D. Vigneau ; *ibid.*, somm. 1419, obs. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2004. II. 10064, note Labrusse-Riou ; *ibid.* I. 109, n° 2, obs. Rubellin-Devichi ; *Défrenois* 2004, p. 594, obs. J. Massip ; *AJ fam.* 2004, p. 66, obs. Bicheron ; *Dr. fam.* 2004, comm. 16, note D. Fenouillet ; *RJPF* 2004-3/34, note T. Garé ; *RLDC* 2004/3, n° 107, note F. Dekeuwer-Défossez ; *LPA* 8 avr. 2004, obs. Voisin ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. J. Hauser.

¹⁴³⁵ CA Paris, 5 avr. 2005, JurisData n° 2005-268598 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 242, obs. P. Murat.

filiation entre l'enfant et ses parents biologiques. Cette filiation incestueuse doit être cachée¹⁴³⁶. Ces arrêts de la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris révèlent donc bien le caractère exogame du lien de parenté, qui s'étend de la filiation charnelle, jusqu'à la filiation adoptive, y compris lorsqu'il s'agit d'une adoption simple.

B. Le refus par le juge judiciaire d'admettre l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé et du concubin

370. Le contentieux relatif à l'adoption de l'enfant par le partenaire pacsé ou le concubin de la mère a également révélé la limite de la marge de manœuvre du juge judiciaire dans la construction du concept de lien familial. À cet égard, tant les juges du fond que la Cour de cassation ont eu l'opportunité de se prononcer et ont adopté la même position en appliquant les articles 346 et 365 combinés du Code civil.

371. Concernant les juges du fond, nous pouvons faire référence aux arrêts déjà cités¹⁴³⁷, rendus par les cours d'appel de Riom¹⁴³⁸, de Grenoble¹⁴³⁹ et de Paris¹⁴⁴⁰ dans lesquelles elles ont rejeté les demandes d'adoption de l'enfant de la partenaire pacsée ou de la concubine. Si les arrêts n'invoquent pas expressément l'article 346 du Code civil, ils en font application, car ils réservent l'adoption de l'enfant du conjoint aux couples mariés. Ainsi, les trois cours affirment qu'une telle adoption entraînerait la perte de l'autorité parentale de la mère à l'égard de l'enfant et son transfert à sa concubine ou à sa partenaire pacsée. De plus, les trois juridictions utilisent la même formule : « en l'état de la législation française, des conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage ». Dès lors, elles refusent de faire une extension des droits réservés aux couples mariés aux couples de pacsés ou de concubins.

372. De son côté, la Cour de cassation a refusé à plusieurs reprises l'adoption simple de l'enfant par la partenaire pacsée¹⁴⁴¹ ou la concubine¹⁴⁴² de la mère¹⁴⁴³. Les espèces concernent

¹⁴³⁶ FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », art. préc., n° 5.

¹⁴³⁷ V. pour les détails, v. *supra*. n° 264.

¹⁴³⁸ CA Riom, 27 juin 2006, n° 06/00793 : JurisData n° 2006-315630 ; *RJPF* sept. 2006, p. 22, note C. Mécarry ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 6, note C. Mécarry ; *Dr. fam.* 2006, comm. 204, note P. Murat.

¹⁴³⁹ CA Grenoble, Ch. urgences, 10 sept. 2008, n° 07/03805.

¹⁴⁴⁰ CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 1^{er} oct. 2009, n° 08/21072

¹⁴⁴¹ Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007 déc. préc., v. *supra*. n° 191 ; Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, FS P+B+R+I, Proc. gén. près CA Bourges : Juris-data n° 2007-037456 ; Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 04-15.676, FS P+B+R+I, X et a. c/ Proc. gén. près CA Paris : Juris-data n° 2007-037455 ; *JCP G.* 2007, II 10068, obs. C. Neirinck ; *JCP G.* 2007, act. 109, obs. Y. Favier ; *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs P. Murat ; *D.* 2007, 1047, note D. Vigneau.

régulièrement des femmes qui ont conçu un enfant par le biais d'une PMA avec tiers donneur. Par la suite, ces femmes ont commencé une relation avec une autre femme, avec laquelle soit elles ont conclu un Pacs, soit elles ont vécu en concubinage. Le refus de la Cour de cassation est en général fondé sur l'article 365 du Code civil, bien que l'interdiction de l'article 346 soit perceptible en filigrane. Ainsi, la Cour de cassation a justifié sa décision par la perte de l'autorité parentale de la mère biologique et son transfert à sa concubine ou partenaire pacsée, la seule exception étant réservée aux couples conjoints. La Cour a alors affirmé constamment « qu'en l'état de la législation française, les conjoints sont des personnes unies par les liens du mariage ».

373. Plus récemment, par un arrêt du 28 février 2018, la Cour de cassation a refusé l'adoption plénière d'un enfant par la concubine de la mère¹⁴⁴⁴. En l'espèce, la mère et sa concubine ont élevé l'enfant né sans filiation paternelle établie. Puis le couple s'est séparé et l'ancienne concubine de la mère a demandé l'adoption plénière de l'enfant. La cour d'appel d'Aix-en-Provence, par un arrêt du 24 novembre 2016, a débouté l'ex-concubine de sa demande aux motifs que sa requête en adoption conduirait à rompre le lien de filiation entre l'enfant et sa mère biologique. La cour a également considéré que la séparation entre la mère et sa concubine constituait un obstacle majeur pour l'adoption. L'ex-concubine s'est alors pourvue en cassation, en alléguant que l'intérêt de l'enfant obligeait le juge à écarter les textes nationaux qui entraînent la rupture du lien de filiation entre l'enfant et sa mère biologique, et ce, afin de permettre l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et la concubine de sa mère, correspondant à un lien affectif existant, tout en conservant la filiation existante avec cette dernière.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi en invoquant d'une part, l'autorisation d'adopter donnée à la personne célibataire âgée de plus de vingt-huit ans par l'article 343-1 du Code civil et, d'autre part, l'effet de l'article 356 du Code civil, qui entraîne la substitution de la filiation d'origine par la filiation adoptive, qui prive l'enfant de toute appartenance à sa famille par le sang. Puis, elle a souligné que seule l'adoption plénière de l'enfant du conjoint, permise par l'article 345-1 du même code laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Enfin, la Cour a affirmé que le droit au respect de la vie privée et familiale de

¹⁴⁴² Civ. 1^{re} 9 mars 2011, n° 10-10.385, F-P+B+I : JurisData n° 2011-003220 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; *JCP N.* 2011, act. 320 ; *D.* act. 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc.

¹⁴⁴³ V. pour les détails, *supra*. n° 270.

¹⁴⁴⁴ Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-11.069 ; *D.* 2018, p. 509 ; *ibid.*, p. 1083, point de vue H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2018, p. 226, obs. M. Saulier ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 12, p. 27, obs. P. Le Maijat ; *Dr. fam.* 2018, comm. 131, obs. A. Molière.

l'article 8 de la Convention EDH n'impose pas de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et établis. De plus, la Haute juridiction a relevé que la cour d'appel ne pouvait pas écarter ces dispositions, en raison du défaut de lien matrimonial entre la mère biologique et sa concubine et de la destruction du lien maternelle provoquée par l'adoption plénière de l'enfant par l'ex-concubine de sa mère. Cette conséquence a alors été considérée comme contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui résidait dans le maintien des liens avec sa mère biologique.

Ces arrêts mettent en exergue la réserve de l'adoption de l'enfant du conjoint aux couples mariés et confirment l'impossibilité d'établir un double lien de filiation maternelle à l'égard d'un enfant. Ainsi, l'adoption plénière implique la destruction du premier lien de filiation et sa substitution par une nouvelle filiation. Lorsque l'intention de la mère biologique et de sa concubine ou de sa partenaire pacsée est de maintenir le premier lien de filiation, la requête en adoption plénière ne peut être que refusée. De même, l'adoption simple entraîne le transfert de l'autorité parentale du parent biologique à l'adoptant. Ainsi, lorsque l'objectif de la mère biologique et de sa concubine ou de sa partenaire pacsée est d'établir un double lien de filiation maternelle et de partager entre elles l'autorité parentale, le recours à l'adoption simple s'avère impossible.

Section 2 Les conséquences considérables résultant de l'intervention du juge dans la construction du concept de lien familial

374. Si sa marge de manœuvre est limitée, les conséquences résultant de l'intervention du juge dans la construction du concept de lien familial sont considérables. L'exercice de cette marge de manœuvre se manifeste par l'exécution de son pouvoir créateur à travers la réalisation d'un acte jurisprudentiel. Celui-ci peut donner lieu à la création ou à la reconnaissance d'un lien qui ne remplit pas les conditions de formation fixées par la loi, car il considère qu'il doit malgré cela être considéré comme un véritable lien familial. En effet, le juge peut outrepasser les conditions de formation du lien fixées par la loi lorsqu'il constate que le lien interdit en France a été valablement créé à l'étranger. Les techniques du droit international privé lui permettront alors de réceptionner ce lien familial venu d'ailleurs. De même, le juge peut considérer que le refus d'accepter la création ou la reconnaissance d'un lien familial contraire à la loi entraîne une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime poursuivi.

375. Ainsi, il semblerait que la conformité du lien familial aux droits fondamentaux d'ordre familial des parties constitue un caractère supplémentaire du lien familial.

376. Lorsque le juge crée ou reconnaît des liens de couple (§1) ou des liens de parenté (§2) contraires à la loi, il exerce sa marge de manœuvre dans la création du concept de lien familial et exerce son pouvoir créateur .

§1 La création ou la reconnaissance des liens de couple contraires à la loi par le juge

377. Le juge peut être amené à créer ou à reconnaître des liens de couple contraires à la loi et donc à la règle de droit d'ordre public familial. À cet égard, deux hypothèses sont envisageables : soit le lien de couple a été établi valablement à l'étranger par des étrangers (A), soit l'application de la loi en l'espèce entraîne une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but poursuivi (B). Dans ces deux cas, le juge peut décider d'outrepasser la loi et d'admettre la création ou la reconnaissance du lien demandé.

A. La reconnaissance d'un mariage bigame

378. En matière de lien matrimonial, l'exemple classique du mariage bigame ou polygame célébré valablement à l'étranger par des personnes dont la loi autorise ce type de mariage illustre la première hypothèse. Dans ce cas, les juridictions françaises autorisent la production des effets en France du mariage, en raison de l'effet atténué de l'ordre public. Les espèces concernent souvent la demande d'une pension de réversion pour la seconde épouse.

379. La reconnaissance du mariage étranger bigame. À ce titre, on peut citer l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 mai 2007¹⁴⁴⁵. En l'espèce, le mari, de nationalité algérienne, avait épousé deux femmes algériennes en Algérie. Après son décès, une caisse de mutualité sociale agricole avait refusé le bénéfice d'une pension de réversion à sa seconde femme. Cette dernière a saisi la juridiction de sécurité sociale. Puis, la cour d'appel d'Agen, par un arrêt du 10 janvier 2006, avait dit que la pension de réversion à laquelle pouvaient prétendre les deux

¹⁴⁴⁵ Cass. 2e civ., 2 mai 2007, n° 06-11418, F-D ; JurisData n° 2007-038712 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 182 ; *JCP S.* 2007, 1523, obs. G. Vachet ; v. pour un cas similaire, Civ. 2^e, 14 févr. 2007, n° 06-10.557 et n° 05-21.816 : JurisData n° 2007-037612 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 99, note A. Devers.

conjoints survivants devait être partagée au prorata de durée de vie commune. La caisse a alors formé un pourvoi en cassation, en arguant d'une part, les deux mariages du mari prédécédé et, d'autre part, l'absence de jugement prononçant l'annulation du second mariage et la reconnaissance du caractère putatif du mariage au profit de la seconde femme. De ce fait, la caisse affirmait que cette dernière ne pouvait pas se prévaloir de la qualité de conjoint survivant et prétendre à une pension de réversion. De même, la caisse alléguait que la situation de la seconde épouse ne pouvait pas être juridiquement assimilable à celle d'un époux divorcé et remarié. Toutefois, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. En effet, d'une façon très classique, elle a considéré « que l'ordre public français ne fait pas obstacle à l'acquisition de droits en France sur le fondement d'une situation créée sans fraude à l'étranger en conformité avec la loi ayant compétence en vertu du droit international privé. » La Cour a donc conclu que le second mariage était valable et qu'il permettait de reconnaître à la seconde épouse la qualité de conjointe survivant.

Par cet arrêt, la Cour de cassation, en appliquant l'effet atténué de l'ordre public international français, lequel ne s'oppose pas à ce que le mariage polygame célébré sans fraude à l'étranger par des personnes dont la loi personnelle autorise une telle union, permet que le mariage produise certains effets de nature patrimoniale en France. Si le mariage est contraire à la règle d'ordre public familial, laquelle interdit la célébration en France et par des français d'un mariage bigame ou polygame, la présence de plusieurs éléments d'extranéité – la célébration à l'étranger par des étrangers – en l'espèce permet d'atténuer l'ordre public interne afin de le réceptionner¹⁴⁴⁶.

380. La validation exceptionnelle d'un mariage bigame célébré en France par un Français. Toutefois, il se peut que le juge décide d'admettre la validité du mariage bigame célébré en France, dès lors qu'il n'est plus possible de demander sa nullité. Telle a été la solution retenue par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 14 décembre 2017¹⁴⁴⁷. En l'espèce, l'époux s'était marié deux fois, d'abord en Algérie, puis en France. Après son décès, la seconde femme a demandé à la Caisse nationale d'assurance-vieillesse le bénéfice de la pension de réversion de son mari. Cependant, sa demande a été refusée, car elle n'avait pas la qualité de conjointe au regard du droit français, son mari étant déjà marié au moment du mariage. À la suite d'un recours amiable infructueux, la seconde femme a saisi la juridiction de la sécurité sociale, qui l'a déboutée de sa demande. Elle a donc interjeté appel du jugement en

¹⁴⁴⁶ Obs. A. Devers, préc.

¹⁴⁴⁷ CA Paris, 14 déc. 2017, n° 14/10339 ; JurisData n° 2017-026125 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 77, note M. Gayet.

faisant valoir d'une part, que la transcription du premier mariage sur les actes de l'état civil algérien de son mari a été faite tardivement, cette transcription étant vraisemblablement un faux et, d'autre part, que son mariage avait été célébré en France et qu'aucune mention d'un mariage antérieur ne figurait sur les actes de l'état civil français de son mari. Ce dernier a d'ailleurs obtenu la nationalité française, ce qui prouvait qu'il n'était pas bigame. Ainsi, la cour d'appel a infirmé le jugement et ordonné à la caisse de verser une pension de réversion à la seconde femme. En effet, la cour a considéré qu'il ne lui appartenait d'apprécier ni l'existence d'un mariage célébré en Algérie ni la validité des actes d'état civil algérien, quel que soit le caractère tardif de la transcription. En revanche, la cour soulève que si à la date de son second mariage, l'époux était marié avec sa première femme et ne pouvait donc contracter ce deuxième mariage, la nullité de celui-ci n'a pas été judiciairement constatée par les tribunaux français. Dès lors, elle ne peut pas être invoquée d'office par la caisse et ce d'autant que le second mariage ayant été célébré il y a plus de trente ans, aucune nullité ne pouvait être prononcée. Ainsi, à défaut d'avoir été annulé, le second mariage du mari confère à sa seconde femme la qualité de conjoint survivant.

La solution est sans doute contraire au droit français, car il implique le maintien du mariage bigame d'un homme avec une femme française célébré en France¹⁴⁴⁸. De ce fait, les conditions pour pouvoir autoriser la production des effets du mariage bigame n'étaient pas remplies. Cependant, l'impossibilité de pouvoir constater et prononcer la nullité du mariage en raison de la prescription de l'action a conduit les juges parisiens à considérer la seconde femme comme conjoint survivant. De plus, il faut souligner que la seconde épouse n'avait pas eu connaissance du premier mariage de son mari. De ce fait, elle était de bonne foi. Ainsi, même si l'action en nullité de son mariage n'avait pas été prescrite, le mariage aurait pu être déclaré putatif et elle aurait pu obtenir le caractère de conjoint survivant, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁴⁴⁹.

Ainsi, la décision prise par la cour d'appel de Paris illustre le pouvoir du juge d'écarter la règle de droit applicable et reconnaître un lien matrimonial contraire à la loi en raison des circonstances de l'espèce, à savoir l'impossibilité de constater la nullité d'un mariage bigame d'une Française, célébré en France. Ce faisant, la cour d'appel de Paris révèle que lien matrimonial contraire à la loi, car bigame, peut être reconnu afin qu'il produise des effets en France, quand bien même il serait le mariage d'un français célébré en France, dès lors que l'action tendant à son annulation est prescrite. Si la décision paraît être d'opportunité, il serait

¹⁴⁴⁸ Note M. Gayet, préc.

¹⁴⁴⁹ Civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 08-10.974, inédit.

intéressant d'analyser la manière dont la Cour de cassation contrôlera cette décision, notamment lorsque l'on songe à l'arrêt du 3 février 2004¹⁴⁵⁰, par lequel elle a constaté la bigamie entre deux époux qui s'étaient mariés deux fois entre eux.

B. La validation d'un mariage incestueux entre alliés

381. Le juge peut aussi valider un mariage incestueux, dès lors qu'il considère que l'application de la loi en l'espèce entraînerait une atteinte disproportionnée au regard du but poursuivi. C'est ainsi que la Cour de cassation, par un arrêt du 4 décembre 2013¹⁴⁵¹, a validé l'union matrimoniale entre la bru et son beau-père. L'arrêt concerne le pourvoi en cassation formé par la bru à l'encontre de la décision prononcée par la cour d'appel d'Aix-en-Provence le 12 juin 2012, déjà cité¹⁴⁵². Pour mémoire, nous rappellerons qu'après son divorce, la bru, ayant une fille issue de son premier mariage, a épousé son beau-père. Ce dernier l'a instituée légataire universelle et a consenti une libéralité à sa petite-fille. Ce n'est qu'après la mort de son père, vingt ans après la célébration du mariage, que son fils a demandé la nullité de l'union matrimoniale. La cour d'appel a prononcé la nullité du mariage et la veuve a formé un pourvoi en cassation. Finalement, au visa de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel aixoise, aux motifs que le prononcé de la nullité du mariage entre alliés revêtait, à l'égard de la veuve, le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale « dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré vingt ans ».

Par cette décision, la Cour de cassation valide l'existence d'un mariage entre alliés en ligne directe au nom des droits de l'homme¹⁴⁵³, alors que l'action en nullité absolue pour cause d'inceste n'était pas prescrite. Pour aboutir à cette solution, en procédant au relevé d'office d'un moyen, la Cour a considéré qu'en raison de la présence de deux éléments, d'une part la célébration du mariage sans opposition, d'autre part, la durée de vingt ans du mariage, la nullité du mariage caractérisait une ingérence injustifiée au regard du droit au respect de la vie privée

¹⁴⁵⁰ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 00-19838 ; *JCP* 2004, II. 10047, note K. Bottini ; *Dr. fam.* 2004, comm. 47, note V. L.-Terneyre ; *RTD civ.* 2004, p. 267 J. Hauser ; *AJ fam.* 2004, p. 144, obs. F. Bicheron ; v. *supra*. n° 229.

¹⁴⁵¹ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; *D.* 2013. 2914, obs. de la Cour ; *ibid.* 2014, p. 179, note F. Chénéde ; *ibid.* p. 153, obs. H. Fulchiron ; *ibid.* 2017, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2013, p. 663, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret, *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 307, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2014, n° 93, note M. Lamarche ; *Gaz. Pal.* 2014. 264, obs. E. Viganotti ; *Deffrénois* 2014. 140, note C. Bahurel ; *Dr. fam.* 2014, comm. 1, obs. J.-R. Binet ; *RLDC* 2014/112, n° 5308, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; v. *supra*. n° 177.

¹⁴⁵² CA Aix-en-Provence, 21 juin 2012, déc. préc. ; v. pour les détails, *supra*. n° 357.

¹⁴⁵³ Note F. Chénéde, ss. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, 179, n° 1.

et familiale de la veuve. En ce sens, le communiqué de la Cour de cassation souligne le rôle déterminant des circonstances de fait de l'espèce dans la décision prise et souligne qu'« en raison de son fondement, la portée de cette décision est limitée au cas particulier examiné. Le principe de la prohibition du mariage entre alliés n'est pas remis en question »¹⁴⁵⁴. Toutefois, la décision n'en est pas moins « spectaculaire »¹⁴⁵⁵. Elle constitue en effet une « petite révolution »¹⁴⁵⁶, tant pour son sens que pour la méthode et le style utilisés¹⁴⁵⁷.

382. L'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto* par la Cour de cassation.

Ainsi, c'est à travers cet arrêt que la Cour exerce pour la première fois en droit de la famille, son contrôle de proportionnalité *in concreto*, à la façon de la Cour EDH. En ce sens, la décision est très innovante¹⁴⁵⁸. Si la Haute juridiction semble vouloir minimiser l'importance à cet arrêt par son communiqué, son classement P+B+I¹⁴⁵⁹, montre au contraire la portée de la décision. De même, certains ont critiqué le communiqué en ce qu'il a qualifié l'interdiction du mariage entre alliés de « principe », alors que dans la décision la Cour a décidé de ne pas appliquer ledit principe¹⁴⁶⁰. La solution semblait malgré tout prévisible, au regard de l'arrêt *B. et L.*¹⁴⁶¹ de la Cour européenne des droits de l'homme, dans lequel elle avait condamné le Royaume-Uni en raison de l'empêchement à mariage entre alliés au regard du droit au mariage (art. 12) et au respect de la vie privée et familiale (art. 8). L'influence de cette solution sur l'arrêt est évidente, ainsi que la crainte¹⁴⁶² de la Haute juridiction de subir une condamnation par la juridiction strasbourgeoise, qui mette en péril le maintien de l'interdiction du mariage entre alliés¹⁴⁶³. Toutefois, l'arrêt de la Cour de cassation n'a été rendu que sur le seul fondement de l'article 8 de la Convention. C'est pourquoi il ne peut pas être perçu comme un signe de

¹⁴⁵⁴ Communiqué : mariage d'un beau-père et de sa belle-fille (04.12.13), https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/beau_pere_27992.html; *D.* 2014, p. 179.

¹⁴⁵⁵ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 68, n° 103.

¹⁴⁵⁶ Obs. H. Fulchiron, préc.

¹⁴⁵⁷ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 68, n° 103 ; en ce sens, MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 154, n° 217, spéc. note 204.

¹⁴⁵⁸ Obs. H. Fulchiron ss. Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014, p. 153.

¹⁴⁵⁹ Publication au *BICC* (Bulletin d'information de la Cour cassation), au Bulletin des arrêts de la Cour de cassation et diffusé sur le site de la Cour de cassation.

¹⁴⁶⁰ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 121, n° 122.

¹⁴⁶¹ CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni* ; *D.* 2006. *Pan.* 1418, obs. J.-J. Lemouland, *D.* Vigneau ; *JCP* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire, M. Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. Marguénaud ; *ibid.* 758, obs. Hauser ; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M. ; v. *supra.* n° 176.

¹⁴⁶² Obs., J.-J. Lemouland, *D.* Vigneau ss. Civ. 1^{re} 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2017, p. 1342.

¹⁴⁶³ Obs. J.-P. Marguénaud ss. Civ. 1^{re} 4 déc. 2013, n° 12-26.066 *RTD civ.* 2014, p. 307.

soumission à la jurisprudence de la Cour EDH¹⁴⁶⁴. De ce fait, elle évite de se prononcer sur l'article 161 du Code civil¹⁴⁶⁵ et fait comprendre que la levée de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe n'est que relative¹⁴⁶⁶. Ainsi, en prenant en compte la durée du mariage pour écarter l'article 161 du Code civil et ce, malgré le fait qu'elle soit une juridiction de pur droit¹⁴⁶⁷, la Cour de cassation rend une décision en équité¹⁴⁶⁸.

Par ailleurs, l'arrêt révèle le pouvoir du juge d'écarter la règle d'ordre public familial et de maintenir un lien familial contraire à la loi au nom du respect des droits fondamentaux des parties. Si la solution semble ne pas s'appliquer qu'au cas d'espèce, la méthode utilisée permet d'envisager que le contrôle de proportionnalité *in concreto* permet de façonner le lien familial et de l'accepter, même s'il est entièrement contraire à la loi et s'il est possible de l'annuler, l'action pour cet effet étant toujours disponible.

383. La décision semble aussi révéler que les droits fondamentaux d'ordre familial peuvent être invoqués en tant que *correcteurs* de l'application de la règle qui régit le lien familial. En effet, le respect des droits fondamentaux peut aboutir à la mise à l'écart de la règle applicable, même si elle est d'ordre public, afin de pouvoir établir, reconnaître ou maintenir un lien familial *contra-legem*. Ainsi, il semble s'ériger un nouvel élément constitutif de l'unité conceptuelle de la notion de famille: la conformité du lien familial aux droits fondamentaux. Ce constat paraît se confirmer à l'égard des liens de parenté contraires à la loi.

§2 La création et la reconnaissance des liens de parenté contraires à la loi

384. Comme en matière de liens de couple, le juge peut aussi être amené à créer ou à reconnaître un lien de parenté *contra legem*. Ce faisant, le juge révèle qu'un lien de parenté peut exister en dehors des conditions fixées par la règle d'ordre public. Les circonstances de l'espèce, le respect aux droits fondamentaux des parties et la prise en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant peuvent conduire le juge à écarter la règle applicable et à admettre le lien de filiation interdit.

¹⁴⁶⁴ Note, M. Lamarche ss. Civ. 1^{re} 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *JCP G* 2014, n° 93 ; Note, J.-R. Binet ss. Civ. 1^{re} 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Dr. fam.* 2014, comm. 1.

¹⁴⁶⁵ Obs. H. Fulchiron, préc ; Obs., J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

¹⁴⁶⁶ Note F. Chénéde, préc., n° 3 ; Obs. J.-P. Marguénaud ;

¹⁴⁶⁷ En ce sens, TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 121, n° 122 ; Note F. Chénéde, préc., n° 5 ; Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

¹⁴⁶⁸ Note F. Chénéde, préc. n° 4 ; Note, M. Lamarche, préc. ; Obs. J. Hauser, préc.

385. Par l'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto*, le juge peut en effet considérer que la destruction ou l'obstacle à établir un lien de filiation interdit en raison de l'application de la loi porte une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties et à l'intérêt de l'enfant au regard du but poursuivi (A). De même, le droit au respect d'une vie privée et familiale et la considération de l'intérêt de l'enfant peuvent amener le juge à reconnaître l'existence d'un lien de filiation, établi valablement à l'étranger, à l'égard d'un enfant conçu par une technique interdite par la loi française, afin que le lien puisse produire des effets personnels en France (B).

A. La création d'un lien de filiation *contra-legem* à travers l'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto*

386. Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire peut aboutir à accepter la création ou la reconnaissance d'un lien de filiation contraire à la loi. Ce contrôle implique la vérification de la conformité aux droits fondamentaux des parties de l'application de la loi dans l'espèce. La conséquence de ce contrôle peut être l'éviction d'un texte au regard des circonstances de l'espèce et des droits et des intérêts des parties. C'est pourquoi certains considèrent que l'utilisation de ce contrôle donne lieu à des jugements en équité¹⁴⁶⁹. En matière de filiation, l'utilisation du contrôle de proportionnalité permet de prévoir l'affaiblissement des conditions limitant l'établissement d'un lien.

387. Le contrôle de proportionnalité *in concreto* à l'égard des délais en matière d'établissement ou de contestation du lien de filiation. Ainsi, par un arrêt du 10 juin 2015 déjà évoqué¹⁴⁷⁰, la Cour de cassation a imposé la vérification de la conformité de la solution des juges du fond au respect du droit de l'enfant de voir établir sa filiation biologique. Rappelons qu'en l'espèce, un enfant a été inscrit à l'état civil comme étant le fils de l'époux de sa mère. Presque dix-huit ans après, sa mère, divorcée, s'est remariée avec un autre homme. Puis, elle a saisi le ministère public afin qu'il agisse en contestation de la paternité du père de l'enfant. En effet, l'existence d'une possession conforme au titre lui interdisait d'agir elle-même en contestation de la paternité. De plus, la mère et le père ont joint à la demande leur

¹⁴⁶⁹ En ce sens, CADIET (L.), « Introduction », *in Regards universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *JCP G* 2016, spéc. p. 21 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 405, n° 445.

¹⁴⁷⁰ Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; *D.* 2015. 2365, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2015-59/21, obs. T. Garé ; *D.* 2016. 857, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD Civ.* 2015 p.596, obs. J. Hauser ; *RTD Civ.* 2015, p. 825, obs. J.-P. Marguénaud ; v. *supra*. n° 342.

consentement en vue d'une expertise biologique. Puis, le second mari de la femme est décédé, après avoir attesté qu'il était le père biologique de l'enfant et avoir donné son consentement à l'expertise. De ce fait, sur le fondement de l'article 333, alinéa 2 du Code civil, le procureur de la République a fait assigner l'enfant, ses père et mère et les filles du second mari de la mère afin qu'un examen comparé de l'ADN de ces derniers soit ordonné. La cour d'appel Aix-en-Provence, par un arrêt du 15 mai 2014, a rejeté la demande du procureur de la République. En effet, la Cour a retenu d'une part, que ce dernier ne rapportait la preuve ni des indices tirés des actes eux-mêmes rendant invraisemblable la filiation ni d'éléments pouvant caractériser une fraude et, d'autre part, que la contestation de la filiation concerne des intérêts privés familiaux et ne porte pas atteinte à l'ordre public. Un pourvoi était alors formé à l'encontre de l'arrêt. La Cour de cassation, au visa de l'article 455 du Code civil, casse et annule l'arrêt aux motifs que la cour d'appel n'a pas répondu aux conclusions des intéressés, qui faisaient valoir qu'un juste équilibre devrait être ménagé, dans la mise en œuvre de l'article 8 de la CEDH entre le droit revendiqué par l'enfant de voir sa filiation biologique établie et les intérêts des filles du père prétendu, qui opposaient un refus à ce qu'il hérite de ce dernier.

Cet arrêt constitue la première incursion du contrôle de proportionnalité en matière de filiation. La Cour de cassation ouvre ainsi la voie pour permettre l'éviction de la loi applicable à l'espèce en raison de son incompatibilité avec les droits fondamentaux des parties et l'intérêt supérieur de l'enfant.

Ainsi, tous les textes seraient concernés, même les plus précis et clairs¹⁴⁷¹, tels que ceux qui posent le principe chronologique, l'interdiction des filiations incestueuses ou les délais pour pouvoir exercer les actions en recherche de paternité ou de maternité et celles en contestation. Cependant, les décisions rendues par la Haute juridiction où elle exerce ce contrôle en matière de filiation ne sont pas encore allées en ce sens. Pour l'instant, les atteintes aux droits fondamentaux - souvent le droit de voir sa filiation établie ou le droit de connaître ses origines - alléguées par les parties et caractérisées essentiellement par l'impossibilité de pouvoir exercer l'action de paternité à cause de sa prescription, ont été considérées comme proportionnées au regard du but poursuivi¹⁴⁷². Cependant, l'abrogation d'un texte relatif à la

¹⁴⁷¹ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 409, n° 445.

¹⁴⁷² V. en ce sens, Civ. 1^{re} 6 juill. 2016, n° 15-19.583, n° 15-19.853, P+B+I : JurisData n° 2016-012927 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, note Y. Bernard ; *D.* 2016, p. 1980, note H. Fulchiron ; *JCP G* 2016, doct. 992, n° 15, obs. A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2016, p. 831, obs. J. Hauser ; v. aussi Civ. 1^{re} 5 oct. 2016, n° 15-25.507 : JurisData n° 2016-019909 ; *D.* 2016, p. 2496, note H. Fulchiron ; *JCP G* 2016, 1276, note Th. Garé ; *RTD civ.* 2016, p. 831, obs. J. Hauser ; v. aussi, Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, P+B+I : JurisData n° 2016-022982 ; *D.* 2016, p. 2337, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2017, p. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.*, p. 729 obs. F. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.* 2017, comm. 9, note H. Fulchiron ; *D.* 2017 ; *RTD civ.* 2017, p. 111, J. Hauser ; *JCP G*

filiation par la Cour de cassation pour des raisons individuelles, bien qu'elle le soit uniquement dans une espèce déterminée, n'est qu'en état de latence. L'un des risques est peut-être « la sédimentation »¹⁴⁷³ d'un ensemble de décisions allant dans le sens d'écarter un texte posant une condition pour établir un lien de filiation. Si ladite condition fait toujours partie du droit positif, son éviction réitérée peut engendrer un affaiblissement considérable. L'autre, plus immédiat, est l'imprévisibilité de la justice, caractérisée par l'hétérogénéité des solutions prises dans des affaires similaires non seulement par des juridictions diverses, mais aussi au sein d'une même juridiction.

Nous pouvons constater que l'utilisation du contrôle de proportionnalité peut avoir pour conséquence la flexibilisation de la règle de droit, laquelle permet au juge de rendre des décisions en matière de filiation plus proches de la réalité des justiciables. En effet, ces décisions prennent en considération à une certaine mesure – pourrait-on parler d'une *juste mesure* ? - les circonstances de fait et les droits fondamentaux et les intérêts des parties. Telle semblerait être la finalité du contrôle de proportionnalité *in concreto* en général. De ce fait, à partir de l'exercice du contrôle de proportionnalité, le juge peut créer ou reconnaître un lien qui, n'étant pas conforme à la règle de droit d'ordre public familial, constitue bien un lien familial, car il concrétise l'exercice du droit au respect à une vie privée et familiale. À cet égard, la fonction *correctrice* des droits fondamentaux sur l'application de la règle de droit paraît se confirmer. Le lien familial, dans ce cas, le lien de parenté, peut être établi quand bien même il serait contraire à la règle qui détermine sa formation. Ainsi, l'établissement du lien demandé par les parties peut être autorisé s'il est considéré comme conforme à leurs droits fondamentaux d'ordre familial. On constate encore une fois que cette conformité semble s'imposer, à travers le contrôle de proportionnalité *in concreto*, comme un élément constitutif supplémentaire de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

388. Un exemple concernant l'interdiction des filiations incestueuses permet alors d'illustrer les justifications et les conséquences du contrôle de proportionnalité *in concreto* en matière familiale.

389. La révélation à travers la validation d'un lien de filiation incestueuse. Le juge du fond a pu, en exerçant un contrôle de proportionnalité, maintenir le lien de filiation d'un enfant

2017, 46, note V. Larribau-Terneyre ; *AJ fam.* 2016. 601, obs. M. Saulier ; v. pour les détails, *supra.* n° 342 ; v. aussi Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2017, n° 15-27.245 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 101, obs. H. Fulchiron ; *D.* 2017, p. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2017, p. 363, obs. J. Hauser.

¹⁴⁷³ V. *supra.* n° 315.

issu des relations incestueuses à l'égard de ses deux parents, afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant. Telle a été la solution retenue par la cour d'appel de Caen dans un arrêt du 8 juin 2017, déjà évoqué¹⁴⁷⁴.

Rappelons qu'en l'espèce, les parents se sont connus à l'âge adulte et ont eu une liaison, de laquelle est né l'enfant. Alors que la filiation paternelle a été établie par une reconnaissance prénatale, la filiation maternelle a été établie par la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. Ce n'est que quelques années plus tard que les parents ont appris qu'ils étaient nés de la même mère. Ainsi, le procureur de République a demandé la nullité de la filiation maternelle, car étant établie en second lieu et ce, sur le fondement de l'article 310-2 du Code civil. Le tribunal de grande instance de Cherbourg, par un jugement du 10 mars 2016, a annulé la filiation maternelle. La mère a alors interjeté appel de ce jugement, en arguant qu'elle s'occupait de l'enfant depuis sa naissance, qu'il y a entre elles des liens affectifs très forts et que ni le père de l'enfant ni les tiers ne remettent en cause sa qualité de mère. Enfin, elle soulevé que l'annulation du lien de filiation maternelle serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention EDH et l'article 7 de la Convention de New York, la cour d'appel a décidé d'infirmer le jugement et de débouter le Ministère public de sa demande en annulation du lien de filiation maternelle. En effet, après avoir invoqué l'interdiction d'établir un second lien de filiation dès lors que cet établissement conduirait à créer une filiation incestueuse et la nullité que l'établissement que cette interdiction absolue entraîne, la cour s'est interrogée sur les conséquences de l'annulation de la seconde filiation sur l'intérêt de l'enfant au regard des circonstances de l'espèce. Ainsi, la cour a soulevé que l'enfant, âgé de huit ans, vivait depuis sa naissance avec sa mère, dont l'engagement dans sa parentalité n'est pas contesté par le père. Ce dernier n'a pas démontré avoir entretenu ni entretenir avec sa fille de liens particulièrement étroits, sans qu'il existe un empêchement avéré pour ce faire. De ce fait, la cour a conclu qu'au regard de l'intérêt particulier de l'enfant, l'annulation du lien de filiation maternelle sur lequel s'est construite jusqu'à présent sa place dans l'histoire familiale, aurait pour lui des conséquences dommageables dans la construction de son identité.

L'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto* est évident en l'espèce. Ce sont les circonstances de fait – la connaissance fortuite et tardive de l'identité de la mère commune des

¹⁴⁷⁴ CA Caen, 3e ch. civ., 8 juin 2017, n° 16/01314 : JurisData n° 2017-012460 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 224, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 546, note J. Houssier ; *D.* 2017. 2107, point de vue A. Batteur ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RJPF* 2017-11/24, obs. T. Garé ; v. *infra*. n° 472.

parents, l'établissement en premier lieu de la filiation paternelle¹⁴⁷⁵ et les liens affectifs et effectifs entre la mère et l'enfant – qui ont conduit le juge à écarter, uniquement en l'espèce¹⁴⁷⁶, l'interdiction de l'article 310-2 du Code civil et à maintenir une filiation incestueuse au nom de l'intérêt de l'enfant. La solution était prévisible en raison de l'incompatibilité manifeste entre l'application de la loi à l'espèce et le droit au respect de la vie privée et familiale de la mère et l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁴⁷⁷. De plus, la finalité consistant à cacher la filiation incestueuse de l'enfant pour des raisons sociales par l'empêchement d'établir un second lien de filiation n'était pas atteinte en l'espèce, car les deux parents n'avaient pas été élevés ensemble et n'avaient pas le même nom de famille¹⁴⁷⁸. Par ailleurs, le fondement de la décision, les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 7 de la Convention de New York ont permis à la cour de réaliser un contrôle de proportionnalité afin d'éviter une discrimination à l'égard de l'enfant incestueux¹⁴⁷⁹ et de garantir son droit à connaître ses origines et à être élevé par ses parents¹⁴⁸⁰. Cependant, le Professeur Hugues Fulchiron considère que la cour n'utilise pas lesdits fondements pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Selon lui, en réalité, la cour a réalisé « un raisonnement en pure équité qui se réduit à une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant »¹⁴⁸¹. Telle serait finalement la fonction du contrôle de proportionnalité *in concreto* : rendre la justice en fonction des circonstances de l'espèce, en mettant en balance l'objectif de la règle de droit et les droits et les intérêts des parties. Le résultat dépend donc de savoir si l'application de la règle de droit entraîne une atteinte disproportionnée aux droits et aux intérêts des parties¹⁴⁸². Les droits fondamentaux agissent dans ce cas comme un véritable *correcteur* de l'application de la règle de droit. Celle-ci doit être écartée dès lors que son application entraînerait une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux. La sauvegarde de ces droits deviendrait, par l'effet du contrôle de proportionnalité *in concreto*, le facteur déterminant de l'application de la loi au cas concret.

¹⁴⁷⁵ Pour le Professeur Hugues Fulchiron, le problème était en réalité que le procureur de la République n'a pas attaqué la filiation paternelle établie par reconnaissance prénatale, laquelle ne prend effet qu'à la naissance de l'enfant. Ainsi, l'auteur en invoquant la règle de l'article 316 du Code civil, qui dispose que « lorsque la filiation n'est établie dans les conditions prévues à la section 1 du présent chapitre » « elle peut l'être par une reconnaissance paternité ou de maternité, faite avant ou après la naissance. », il affirme qu'il existe une hiérarchie entre les modes d'établissement de la filiation : « la filiation qui l'emporte est la filiation établie par l'effet de la loi, *i.e.* la filiation maternelle. Cependant, puisque la Cour n'était saisie que de la filiation maternelle, elle ne pouvait que se prononcer sur le maintien ou l'annulation de cette dernière (Note H. Fulchiron, préc.).

¹⁴⁷⁶ Note H. Fulchiron, préc.

¹⁴⁷⁷ Obs. J. Houssier, préc.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

¹⁴⁷⁹ Note H. Fulchiron, préc.

¹⁴⁸⁰ Obs. J. Houssier, préc.

¹⁴⁸¹ Note H. Fulchiron, préc.

¹⁴⁸² *Ibid.*

Par ailleurs, l'arrêt de la cour d'appel de Caen révèle que le juge peut considérer comme un véritable lien familial un lien contraire à la loi, qui ne présente pas les caractères de la règle de droit, dans ce cas l'exogamie. Et ce, afin de préserver l'intérêt de l'enfant et de respecter ses droits fondamentaux.

Ainsi, le juge révèle qu'un lien a une nature familiale dès lors qu'il établit une union personnelle et affective entre deux individus, qui remplit ses fonctions familiales – en l'espèce, la mère élevait l'enfant – même s'il est contraire à la règle de droit d'ordre public familial. On peut alors constater que la conformité du lien familial aux droits fondamentaux devient un élément constitutif supplémentaire de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

390. La révélation à travers la création de la notion de «parent biologique». Le pouvoir créateur du juge en matière de lien de filiation se manifeste également à travers la notion de «parent biologique», créée par les conseillers de la cour d'appel de Montpellier, dans un arrêt rendu le 14 novembre 2018¹⁴⁸³.

En l'espèce, de l'union matrimoniale d'un homme et d'une femme sont nés deux enfants. Plus tard, l'homme a obtenu du TGI de Montpellier un jugement ordonnant le changement de la mention de son sexe à l'état civil. L'homme devenu femme a toutefois conservé la fonction de ses organes sexuels masculins. Malgré ce changement de sexe, le couple est demeuré marié et la femme est tombée enceinte des œuvres de son épouse, c'est-à-dire son ancien mari. Avant la naissance de l'enfant, l'autre épouse avait souscrit une reconnaissance prénatale de maternité, laquelle a été reçue par un notaire qui a mentionné la particularité de la situation et noté qu'il ne faisait que reprendre la déclaration de l'intéressée : « reconnaissance prénatale... déclarée être de nature maternelle, non gestatrice ». Après avoir accouché de l'enfant, la femme a été désignée comme mère dans l'acte de naissance¹⁴⁸⁴. Ultérieurement, l'épouse de la mère a demandé la transcription, sur l'acte de naissance de l'enfant, de la reconnaissance de maternité par elle souscrite, ce qui lui a été refusé par l'officier de l'état civil au motif que la transcription doterait l'enfant d'une double filiation maternelle. Ainsi, l'épouse de la mère de l'enfant a assigné le procureur de la République devant le TGI de Montpellier.

¹⁴⁸³ CA Montpellier, 3es ch. A et B, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : JurisData n° 2018-019949 ; BINET (J.-R.), « Transsexualisme et filiation : brouillage de (re)pères ! », *Dr. fam.* 2018, repère 11 ; BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), « De la difficulté d'être mère... pour une femme transidentitaire », *JCP G.* 2019, 91 ; PARICARD (S.), « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats combent le silence coupable du législateur », *D.* 2019, p. 110 ; *Dr. fam.* 2019, comm. 6, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2018, p. 684, obs. G. Kessler ; *Procédures* 2019, comm. 19, M. Douchy-Oudot ; *JCP G.* 2019, 95, note F. Violla et J.-P. Vauthier.

¹⁴⁸⁴ C. civ., art. 311-25.

Par jugement du 22 juillet 2016, sa demande de transcription sur les registres de l'état civil de sa reconnaissance de maternité a été rejetée. Le TGI a d'abord affirmé qu'il est impossible que deux personnes de même sexe soient les parents biologiques d'un enfant. Ensuite, il a rappelé que la maternité est une réalité biologique « qui se prouve par la gestation et l'accouchement », alors que la paternité est une réalité sociale « qui résulte soit de la présomption de paternité du mari de la mère, soit de la reconnaissance de paternité ». Enfin, il a considéré que « par l'acte de procréation masculine qu'elle revendique », l'épouse de la mère de l'enfant « a fait le choix de revenir de façon unilatérale sur le fait qu'elle est désormais reconnue comme une personne de sexe féminin, et elle doit en assumer les conséquences, à savoir soit procéder à une reconnaissance de paternité sur l'enfant et revenir dans son sexe masculin d'origine, soit engager une procédure d'adoption plénière de l'enfant de sa conjointe et rester dans son sexe féminin ».

Par la suite, l'épouse de la mère de l'enfant a interjeté appel du jugement. La question posée à la cour d'appel était de savoir si une seconde maternité de l'enfant pouvait être établie au profit de l'épouse transsexuelle de sa mère.

La cour a confirmé le jugement en ce qu'il a rejeté la demande de transcription sur les registres de l'état civil de la reconnaissance de maternité de l'épouse de la mère de l'enfant à l'égard de ce dernier. Toutefois, elle a fait droit à sa demande subsidiaire et ordonné que le second lien de filiation maternelle soit retranscrit sur l'acte de naissance sous la mention de la conjointe de la mère comme « parent biologique ».

Dans les motifs de sa décision, la cour d'appel a soulevé que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, laquelle a consacré la procédure de modification de la mention du sexe à l'état civil¹⁴⁸⁵, ne comporte aucune disposition spéciale relative à la déclaration à l'état civil d'un enfant né après le changement juridique de sexe de son auteur. Ainsi, elle a évoqué un vide juridique quant au droit applicable à l'espèce et l'impossibilité d'établir un double lien de filiation maternelle, au regard du droit de la filiation en vigueur, issu de la loi du 17 mai 2013.

Cependant, les conseillers de la cour d'appel de Montpellier ont considéré le jugement entrepris comme critiquable, car si bien il a interprété et appliqué au cas les dispositions de l'article 316 du Code civil, il n'a pas examiné si ces dispositions étaient contraires d'une part, à l'intérêt supérieur de l'enfant et, d'autre part, au respect du droit de la vie privée des épouses.

¹⁴⁸⁵ C. civ., art. 61-5 à 61-8.

Après avoir rappelé le principe de hiérarchie des normes¹⁴⁸⁶ et s'être référé aux articles 3-1¹⁴⁸⁷ et 7¹⁴⁸⁸ de la Déclaration internationale des droits de l'enfant (CIDE), elle a affirmé qu'il est de l'intérêt supérieur de l'enfant de voir établir la réalité de sa filiation à l'égard de l'épouse de sa mère. Puis, elle a analysé les moyens permettant d'établir ce lien de filiation. L'adoption a dû être écartée, d'une part, car la mère de l'enfant s'y est opposée et, d'autre part, car elle serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant de voir reconnaître à l'égal de ses frères la réalité de sa filiation biologique et non pas la fiction d'une filiation par voie d'adoption. C'est également au regard de l'intérêt de l'enfant de voir reconnaître la vérité de sa filiation biologique qu'il a été refusé de faire droit à la demande de l'épouse de la mère de l'enfant d'être déclarée comme mère non gestatrice, car elle aurait eu pour effet de nier à l'enfant toute filiation paternelle et de brouiller la réalité de sa filiation maternelle.

Dès lors, les conseillers de la cour d'appel de Montpellier ont décidé d'établir judiciairement la filiation entre l'enfant et la requérante en précisant que celle-ci devra être désignée comme « parent biologique » dans l'acte de naissance.

391. L'établissement judiciaire du double lien de filiation maternelle s'explique d'une part, par le vide juridique évoqué par les conseillers de la cour d'appel et, d'autre part, par l'exercice en l'espèce d'un contrôle de proportionnalité *in concreto*¹⁴⁸⁹. Le vide juridique — vide législatif — concerne l'absence des dispositions légales concernant les conséquences du changement de sexe à l'état civil du géniteur ayant conservé ses organes sexuels masculins sur la filiation de l'enfant¹⁴⁹⁰. Une solution législative s'avère alors nécessaire, car la situation de l'espèce a vocation à se répéter¹⁴⁹¹. En effet, si la jurisprudence antérieure exigeait une transformation irréversible pour pouvoir obtenir le changement de sexe à l'état civil¹⁴⁹², le dispositif consacré par la loi du 18 novembre 2016 relatif au changement de sexe ne le subordonne pas au fait d'avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou

¹⁴⁸⁶ Le principe de hiérarchie de normes implique que la loi national ne peut aller en contradiction avec les dispositions des traités internationaux ratifiés par la France.

¹⁴⁸⁷ CIDE, art. 3-1 : « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »

¹⁴⁸⁸ CIDE, art. 7 : « L'enfant est enregistré aussitôt sa naissance et a dès celle-ci le droit à un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. »

¹⁴⁸⁹ V. *contra* PARICARD (S.), art. préc.

¹⁴⁹⁰ BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), art. préc. ; PARICARD (S.), art. préc. ; J.-R. Binet, obs. préc. ; H. Fulchiron, obs. préc. ; F. Violla, Vauthier J.-Ph., obs. préc. ;

¹⁴⁹¹ J.-R. Binet, obs. préc.

¹⁴⁹² Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 10-26.947 et n° 11-22.490 : JurisData n° 2012-012146 et n° 2012-012147 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 131, Ph. Reigné ; Civ. 1^{re}, 13 févr. 2013, n° 11-14.515 et n° 12-11.949 : JurisData n° 2013-002068 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 48, Ph. Reigné.

une stérilisation¹⁴⁹³. Le silence de la loi amène le juge à combler les lacunes de la loi¹⁴⁹⁴ et créer une solution juridique applicable au cas afin de pouvoir accomplir son office¹⁴⁹⁵.

Cependant, ce défaut légal ne justifie pas entièrement la solution adoptée. En effet, la création de ce lien de filiation interdit par autre voie que l'adoption est motivée par la nécessité de garantir tant le droit de l'enfant de voir la réalité de sa filiation reconnue que le droit au respect à la vie privée de l'épouse de sa mère, qui était son géniteur¹⁴⁹⁶. Cela confirme que la conformité du lien familial au respect des droits fondamentaux constitue un élément constitutif supplémentaire de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Toutefois, la décision ne se limite pas à exclure l'application de la loi au cas concret, de manière exceptionnelle, afin de préserver les droits fondamentaux des parties. Elle va effectivement plus loin, car pour justifier le raisonnement adopté, elle invente la notion de « parent biologique » et crée ainsi un nouveau mode d'établissement de la filiation¹⁴⁹⁷.

L'utilisation de la notion neutre de « parent biologique »¹⁴⁹⁸ semble tenter de préserver¹⁴⁹⁹ la notion de maternité retenue par le droit français, contenue dans la maxime *mater semper certa est* : la femme qui accouche est la mère de l'enfant. Cette position est pour autant critiquable, car aujourd'hui le don d'ovocytes a rendu incertaine la maternité, laquelle a fait l'objet d'une dissociation entre celle qui est génétique et celle qui est gestatrice¹⁵⁰⁰. Cette dissociation se voit renforcée par la reconnaissance de la maternité d'intention qui résulte de la réception des conventions de gestation pour autrui conclues à l'étranger afin qu'elles produisent leurs effets en France¹⁵⁰¹. En ce sens, la cour aurait pu accueillir la demande de transcription de reconnaissance de maternité formulée par la femme de la mère de l'enfant¹⁵⁰², et ce, afin de démontrer la diversité de la notion de maternité qui ne semble plus cantonnée à la gestation et à l'accouchement¹⁵⁰³.

¹⁴⁹³ C. civ., art. 61-6 ; v. PARICARD (S.), art. préc.

¹⁴⁹⁴ BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), art. préc.

¹⁴⁹⁵ F. Vialla, Vauthier J.-Ph., obs. préc. ;

¹⁴⁹⁶ PARICARD (S.), art. préc.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.* ; H. Fulchiron, obs. préc.

¹⁴⁹⁸ M. Douchy-Oudot, obs. préc.

¹⁴⁹⁹ PARICARD (S.), art. préc. ; J.-R. Binet, obs. préc.

¹⁵⁰⁰ BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), art. préc.

¹⁵⁰¹ V. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597, n° 16-16.901, n° 16-50.025, n° 16-16.455, n° 16-16.495, n° 16-20.052 : JurisData n° 2017-013704 ; n° 2017-013091 ; n° 2017-013093 ; n° 2017-013095 ; n° 2017-013096 ; *JCP G.* 2017, 984, A. Gouttenoire ; *D.* 2017, p. 1737, note H. Fulchiron ; *Dr. famille* 2017, comm. 13, obs. J.-R. Binet ; *AJ fam.* 2017, p. 375, obs. F. Chenedé.

¹⁵⁰² BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), art. préc.

¹⁵⁰³ *Ibid.*

Par ailleurs, la solution adoptée maintient la notion de paternité¹⁵⁰⁴ retenue par le droit français, laquelle peut être établie par la présomption de paternité dès lors que le couple est marié, par la reconnaissance volontaire et par constatation de la possession d'état. En l'espèce, ces trois modes d'établissement de la filiation n'étaient pas applicables en raison du changement de sexe du mari devenu femme, d'une part, car ils ne sont pas ouverts qu'aux couples de sexe différent et d'autre part, car leur application imposerait à la femme de la mère de l'enfant de revenir à son sexe d'origine, ce qui entraînerait une atteinte à son droit au respect de la vie privée¹⁵⁰⁵. Ainsi, la décision ne dénature pas, en principe, les modes d'établissement de la filiation afin de garantir l'exercice des droits fondamentaux des parties¹⁵⁰⁶ et de protéger l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵⁰⁷.

Cependant, la solution adoptée par la cour d'appel à travers la notion de « parent biologique » n'est pas entièrement satisfaisante¹⁵⁰⁸. En effet, le juge n'a pas déterminé les éléments constitutifs de cette notion. Qu'est-ce qu'on doit comprendre par « parent biologique » ? La seule dimension biologique est prise compte pour désigner une personne comme parent ? Qu'en est-il de la dimension sociale ? Cette notion a-t-elle vocation à substituer celles de père et mère ?¹⁵⁰⁹ Si le choix de créer la notion de « parent biologique » semble vouloir adopter la solution la moins inexacte au regard des circonstances de l'espèce, elle finit par nier le besoin de la rencontre d'un homme et d'une femme pour pouvoir concevoir¹⁵¹⁰. La création de cette notion asexuée semble inviter à une réflexion concernant l'émergence d'une filiation dénuée de caractère sexué¹⁵¹¹ et la suppression de la référence de sexe de la filiation et donc des termes « mère » et « père » afin de les substituer pour celui de « parent »¹⁵¹². Le débat ouvert par la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de même sexe ne serait pas clos.

En réalité, la notion de « parent biologique » est le moyen utilisé par le juge pour parvenir à établir le double lien de filiation maternelle et protéger les droits fondamentaux des parties et l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵¹³. Elle est le biais par lequel le juge arrive à exercer son contrôle de proportionnalité *in concreto*. La création de cette notion est une manifestation de

¹⁵⁰⁴ PARICARD (S.), art. préc.

¹⁵⁰⁵ BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), art. préc. ; F. Vialla, Vauthier J.-Ph., obs. préc.

¹⁵⁰⁶ BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), art. préc. ; H. Fulchiron, obs. préc.

¹⁵⁰⁷ H. Fulchiron, obs. préc.

¹⁵⁰⁸ BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), art. préc. ; J.-R. Binet ; H. Fulchiron, obs. préc. ; F. Vialla, Vauthier J.-Ph., obs. préc.

¹⁵⁰⁹ G. Kessler, obs. préc. ; F. Vialla, Vauthier J.-Ph., obs. préc.

¹⁵¹⁰ M. Douchy-Oudot, obs. préc.

¹⁵¹¹ PARICARD (S.), art. préc. ; G. Kessler, obs. préc.

¹⁵¹² H. Fulchiron, obs. préc.

¹⁵¹³ BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), art. préc. ; PARICARD (S.), art. préc. ; H. Fulchiron, obs. préc.

l'importance du pouvoir créateur du juge, lequel peut même créer des modes d'établissement de la filiation afin de garantir les droits fondamentaux des personnes¹⁵¹⁴.

Si la validation de cette solution par la Cour de cassation — elle pourrait la consacrer et poser clairement la règle dans un arrêt de principe afin de pallier le vide législatif évoqué par la cour d'appel de Montpellier¹⁵¹⁵ — reste en suspens, elle pourrait servir d'invitation au législateur pour compléter le cadre juridique du changement de sexe, afin qu'il prévoise ses incidences sur la filiation des enfants nés après la modification à l'état civil¹⁵¹⁶.

B. La reconnaissance du lien de parenté à l'égard d'un enfant conçu par GPA

392. La reconnaissance des liens de parenté concernant des enfants conçus à l'étranger par GPA constitue une autre illustration du pouvoir du juge en matière de filiation à partir duquel il peut reconnaître des liens de filiation *contra legem*.

393. L'évolution jurisprudentielle de l'interdiction de la GPA en droit français. Autrefois, le recours à une gestation pour le compte d'autrui caractérisait une fraude à la loi qui empêchait la transcription de l'acte de naissance¹⁵¹⁷ sur les registres de l'état civil français et justifiait la nullité de la reconnaissance réalisée par le père biologique¹⁵¹⁸. Ces solutions, nous l'avons analysé¹⁵¹⁹, ont fait l'objet d'une longue évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle a été profondément influencée par celle de la Cour EDH, notamment depuis les condamnations de la France par les arrêts *Labassée* et *Menesson*¹⁵²⁰, relative à la

¹⁵¹⁴ PARICARD (S.), art. préc. ; H. Fulchiron, obs. préc.

¹⁵¹⁵ PARICARD (S.), art. préc.

¹⁵¹⁶ G. Kessler, obs. préc. ; F. Vialla, Vauthier J.-Ph., obs. préc.

¹⁵¹⁷ Civ. 1re, 6 avr. 2011, no 10-19.053 P : R., p. 400 ; v. aussi, Civ. 1re, 6 avr. 2011, n° 09-66.486 P : R., p. 400 ; *D.* 2011. 1064, obs. X. Labbé ; *ibid.* 1522, note Berthiau, Brunet ; *ibid. Pan.* 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid. Pan.* 1995, obs. A. Gouttenoire ; JCP 2011, n° 441, obs. Vialla, Reynier ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2011. 1489, avis Domingo ; *ibid.* 1512, note Weiss-Gout ; *RLDC* 2011/82, no 4244, obs. Gallois ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722, note Hammje ; *D.* 2011, p. 1064 ; v. aussi Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-17.130 P : R., p. 400 ; *D.* 2011. 1064, obs. X. Labbé ; *ibid.* 1522, note Berthiau, Brunet ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; JCP 2011, n° 441, obs. Vialla, Reynier ; *AJ fam.* 2011, p. 262 ; *RLDC* 2011/83, no 4275, obs. A. Mirkovic.

¹⁵¹⁸ Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 P : R., p. 531 ; *D.* 2013, p. 2170, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2377, avis Petit ; *ibid.* 2384, note Fabre-Magnan ; *AJ fam.* 2013, p. 579, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p. 600, obs. Richard et Berdeaux-Gacogne ; *Rev. crit. DIP* 2013. 909, note Hammje ; *AJCT* 2013, p. 517, obs. Mésa ; *RTD civ.* 2013. 816, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2013. 3040, obs. Deharo ; *Dr. fam.* 2013, comm. 151, obs. C. Neirinck ; *RLDC* 2013/109, n° 5276, obs. C. Brunetti-Pons.

¹⁵¹⁹ V. *supra*. n°s 232 et s.

¹⁵²⁰ CEDH, 5^e sect. 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, *D.* 2014, p. 1797, et les obs., note F. Chénéde ; *ibid.* p. 1773, chron. H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon ; *ibid.* p. 1787, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *ibid.* p. 1806, note L. d'Avout ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.* p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. Hauser.

sauvegarde du droit au respect de la vie privée et familiale. Désormais, en dépit de l'interdiction en droit français de toute convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui¹⁵²¹, l'acte de naissance étranger d'un enfant conçu par GPA est reconnu et peut produire la totalité de ses effets, tels que la délivrance des certificats de nationalité française¹⁵²², la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français¹⁵²³, la reconnaissance de la filiation paternelle des enfants¹⁵²⁴ et la possibilité d'adoption de l'enfant par le parent d'intention¹⁵²⁵.

394. La reconnaissance de la filiation de l'enfant conçu par GPA à l'étranger. Ainsi, la Cour de cassation, à travers les cinq arrêts rendus le 5 juillet 2017¹⁵²⁶, a éclairci la situation des enfants nés par GPA à l'étranger. Dans deux arrêts, la Haute juridiction a réaffirmé¹⁵²⁷ la solution de l'Assemblée plénière du 3 juillet 2015¹⁵²⁸ et admis que la conception de l'enfant par GPA à l'étranger n'empêche pas que son acte de naissance soit reconnu en France, dès lors que les faits qui y sont déclarés correspondent la réalité¹⁵²⁹, afin de reconnaître la filiation paternelle à l'égard du père d'intention, lequel est également le père biologique. Ainsi, la Cour a refusé de subordonner la transcription de la filiation paternelle de l'enfant à la preuve

¹⁵²¹ C. civ., art. 16-7 : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle. » ; C. pén., art. 224-12 : « Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. » « Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. » « Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. » « La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines. »

¹⁵²² Circ. JUSC n° 1301528C du 25 janv. 2013, Délivrance des certificats de nationalité, Convention de mère porteuse ; BINET (J.-R.), « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on hérite les causes », *JCP* 2013. 161 ; CORPART (I.), « La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui », *RJPF* 2013. 3 ; MATHEY (N.), « Entre illusions et contradictions », *JCP* 2013. 162 ; NEIRINCK (C.), « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. fam.* 2013. comm. 42.

¹⁵²³ Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I. Gallmeister, 1481, édito. S. Bollée, et 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2015. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2015. 1773, obs. D. Sindres ; Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597 P ; 5 juill. 2017, n° 16-16.901 P ; 29 nov. 2017, n° 16-50.061.

¹⁵²⁴ Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, déc. préc.

¹⁵²⁵ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597 P, *JurisData* n° 2017-013091 ; 5 juill. 2017, n° 16-16.901 P (pour ce qui est de l'épouse du père) ; Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-16.455 (pour ce qui est du mari du père).

¹⁵²⁶ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597 : *JurisData* n° 2017-013091 ; n° 16-16.901 et 16-50.025 : *JurisData* n° 2017-013093 ; n° 16-16.455 : *JurisData* n° 2017-013095 ; n° 16-16.495 : *JurisData* n° 2017-013096 ; *D.* 2017, p. 1737 H. Fulchiron ; *Ibid.* p. 1727, obs. A. Gouttenoire, P. Bonfils ; *Ibid.* p. 1011, obs. H. Gaudemet, Tallon, F. Jault-Seske ; *AJ fam.* 2017, p. 375 F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017, p. 482, A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G* 2017, 984, note A. Gouttenoire ; *Ibid.* 2017, doct. 1141, note M. Farge ; *Dr. fam.* 2017, étude 17, J.-R. Binet.

¹⁵²⁷ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 824, n° 15-28.59 ; n° 825, n° 16-16.901 et 16-50.025.

¹⁵²⁸ Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, déc. préc.

¹⁵²⁹ C. civ., art. 47.

expresse de la réalité de la filiation biologique. Ce faisant, la Cour a admis une « présomption de vraisemblance de la paternité biologique du père d'intention qui a participé au processus de conception de l'enfant », la preuve contraire pouvant être rapportée¹⁵³⁰.

En revanche, la Cour a refusé la transcription de la filiation paternelle des enfants dont la situation avait été déjà déterminée par une décision devenue définitive avant l'arrêt de l'Assemblée plénière de 2015. En effet, dans ce cas, l'autorité de chose jugée de la décision interdit que la transcription soit admise. Telle a été la situation pour les enfants Mennesson¹⁵³¹.

Par ailleurs, la Cour a décidé que l'acte dressé à l'étranger qui désigne la mère d'intention comme la mère de l'enfant ne peut pas être transcrit sur les registres de l'état civil français, car les faits qu'il déclare ne correspondent pas à la réalité¹⁵³². Afin de justifier sa solution, la Cour a exercé un contrôle de proportionnalité et considéré que ce refus n'entraîne pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de l'enfant né par GPA, au regard du but légitime poursuivi. En effet, le refus est prévu par la loi et poursuit le but légitime de protéger l'enfant et de dissuader les ressortissants français de recourir à une GPA afin d'avoir un enfant. De plus, l'accueil de l'enfant au sein du foyer constitué par son père et sa femme n'est pas remis en cause par les autorités françaises, lesquelles lui délivrent un certificat de nationalité française. Cette solution a été confirmée par la Cour de cassation par un arrêt du 29 novembre 2017, dans lequel elle ordonne la transcription partielle des actes de naissance de enfants nés au Ghana. En effet, la transcription ne concerne que le lien de filiation paternelle dès lors que le père d'intention est le géniteur, mais elle exclut le lien de filiation maternelle car la mère n'a pas accouché des enfants¹⁵³³.

La Haute juridiction autorise par ailleurs le prononcé de l'adoption de ces enfants, sans distinguer entre l'adoption simple et l'adoption plénière, au profit de l'époux¹⁵³⁴ ou de l'épouse¹⁵³⁵ du père dès lors que les conditions légales sont réunies et si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant de créer un lien de filiation entre l'enfant et l'épouse ou l'époux de leur père.

¹⁵³⁰ Note A. Gouttenoire ss. Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017 (5 arrêts), *JCP G* 2017, 984.

¹⁵³¹ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 828, n° 16-20.052.

¹⁵³² Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.59, n° 16-16.901 ; 16-50.025., déc. préc.

¹⁵³³ Civ. 1^{re}, 29 nov. 2017, n° 16-50.061 ; *D.* 2017, p. 2477 ; *ibid.* 2018, p. 528, spéc. 534, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* p. 966, obs. S. Clavel ; *ibid.*, p. 1664, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2018, p. 122, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RJPF* 2018-2/8, obs. I. Corpart ; v. aussi Civ. 1^{er} 14 mars 2018, n° 17-50.021 ; *D.* 2018, p. 1664, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2018, p. 198, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018, p. 377, obs. A.-M. Leroyer.

¹⁵³⁴ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 826, n° 16-16.455, déc. préc.

¹⁵³⁵ Civ. 1^{re} 5 juill. 2017, n° 824, n° 15-28.597 ; n° 825, n° 16-16.901 et 16-50.025.

Les décisions postérieures à ces décisions rendues par les juges du fond nous montrent que l'adoption plénière peut être refusée à cause de la méconnaissance des circonstances relatives à la naissance de l'enfant, de l'identité de la mère biologique et de son consentement à renoncer à la filiation à l'égard de l'enfant et à le remettre sans conditions à son père. Une telle adoption ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant, qui ne pourrait ultérieurement rechercher à établir sa filiation maternelle. Ainsi, la cour d'appel de Paris¹⁵³⁶ a refusé de prononcer une adoption plénière au profit du conjoint de même sexe du père. La cour a considéré que l'intérêt de l'enfant ne pouvait être apprécié qu'à partir des éléments biographiques suffisants. En l'espèce, l'acte de naissance de l'enfant n'indiquait pas le nom de la mère. Dès lors, elle a refusé de prononcer l'adoption au motif que rien ne permettait de savoir si la mère biologique avait renoncé définitivement ou non à l'établissement de sa maternité et consenti à l'adoption par le mari du père dans des conditions rendant « impossibles à l'avenir, et de manière complète et irrévocable, tout établissement légal d'un lien de filiation maternelle et toute relation ». En revanche, dès lors que les informations relatives à ces circonstances sont rapportées au juge, l'adoption plénière peut être accordée, car conforme à l'intérêt de l'enfant. Telle a été la solution adoptée par la cour d'appel de Riom, dans un arrêt du 13 mars 2018¹⁵³⁷. L'espèce concernait l'adoption de l'enfant de l'épouse. L'enfant avait été conçu par le biais d'une insémination artificielle avec don de sperme (IAD) d'un ami. À cet égard, la cour soulève la franchise de la mère et de son épouse, lesquelles ont reconnu que le géniteur de l'enfant appartenait à leur réseau amical. La cour a considéré que le juge ne peut pas refuser d'accorder une adoption plénière aux motifs qu'elle entraînerait un obstacle à une action en recherche de paternité par l'enfant. En effet, pour la cour, retenir cet argument reviendrait « à faire obstacle par principe à de nombreuses requêtes en adoption plénière, alors que la finalité de ce type d'adoption est précisément de conférer à un enfant un nouveau lien de filiation, à titre définitif et irrévocable. »

La décision permet ainsi à la mère de l'enfant et à sa femme d'aboutir dans leur projet parental, finalité recherchée par la loi de 2013, ainsi que de sécuriser et de stabiliser la filiation de l'enfant, en empêchant que son père biologique effectue une reconnaissance volontaire qui serait un obstacle à l'adoption par l'épouse de la mère. Cette décision permet de constater que

¹⁵³⁶ CA Paris, 30 janv. 2018, n° 15/20876 ; *AJ fam.* 2018, p. 139, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2018 comm. 92, note H. Fulchiron ; *RJPF* 2018-3/34, obs. A. Cheynet de Beaupré.

¹⁵³⁷ CA Riom, 13 mars 2018, n° 17/01396 ; *JurisData* n° 2018-006014 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 180, note H. Fulchiron.

l'intérêt de l'enfant est perçu en fonction des circonstances de l'espèce, l'adoption étant dans ce cas considérée comme conforme à l'intérêt de l'enfant¹⁵³⁸.

De même, la cour d'appel de Versailles a prononcé l'adoption plénière des enfants issus d'une insémination avec tiers donneur à l'étranger au profit de l'épouse de la mère. Elle a considéré que « l'éventualité d'une volonté de reconnaissance future de l'enfant par un père biologique est purement hypothétique et n'est étayée par aucun élément concret ; qu'elle ne peut donc être prise en compte pour contredire l'absence de mention d'un père sur l'acte de naissance de l'enfant »¹⁵³⁹.

Par ailleurs, une lecture combinée de ces arrêts permet de déduire que si l'adoption plénière de l'enfant du conjoint est ouverte aux couples de même sexe, même si l'enfant a été conçu en ayant recours à une GPA à l'étranger, son efficacité dépend de la connaissance certaine des circonstances de la naissance de l'enfant et des éléments qui permettent de constater le contentement de la mère porteuse. De ce fait, le prononcé de l'adoption plénière demeure relativement incertain¹⁵⁴⁰, car tout dépend de la manière dont est apprécié l'intérêt de l'enfant.

395. Les dernières évolutions jurisprudentielles concernant la filiation d'un enfant conçu par GPA. La procédure de réexamen des décisions civiles devenues définitives en matière d'état des personnes par la Cour de cassation¹⁵⁴¹, consacrée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle¹⁵⁴², a contribué à nourrir la jurisprudence relative à la filiation d'un enfant conçu par GPA. Il convient de rappeler que cette procédure peut être demandée par toute personne ayant été partie à l'instance et disposant d'un intérêt à le solliciter, lorsqu'il résulte d'un arrêt rendu par la Cour EDH que cette décision a été prononcée en violation de la Convention EDH ou de ses protocoles additionnels, dès lors que, par sa nature et sa gravité, la violation constatée entraîne, pour cette personne, des conséquences dommageables auxquelles la satisfaction équitable accordée en application de l'article 41 de la même Convention ne pourrait mettre un terme. Le réexamen peut être demandé dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour de Strasbourg. Le réexamen d'un pourvoi en cassation peut être demandé dans les mêmes conditions.

¹⁵³⁸ Note. H. Fulchiron, préc.

¹⁵³⁹ CA Versailles, 15 févr. 2018, n° 17/05285 et n° 17/05286 ; *D.* 2018, p. 416 ; *AJ fam.* 2018, p. 139, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2018, p. 371, obs. A.-M. Leroyer ; v. aussi CA Paris, 18 sept. 2018, n° 16/23399 et n° 16/23402 ; *AJ fam.* 2018 ; p. 616 ; *ibid.* p. 497, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *Dr. fam.* 2018 comm. 260, note H. Fulchiron, et Entretien 3, obs. C. Mécarry.

¹⁵⁴⁰ D. act. 14 févr. 2018, note M. Borde.

¹⁵⁴¹ COJ, art. L. 452-1.

¹⁵⁴² L. n° 2016-1547 du 18 nov. 2016, art. 42.

Ainsi, après la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Menesson*¹⁵⁴³ et *Bouvet*¹⁵⁴⁴, les parents d'intention ont engagé la procédure de réexamen des décisions civiles définitives et saisi la Cour de réexamen. Cette dernière a rendu ses deux premières décisions en matière de gestation pour autrui et fait droit aux demandes. La Cour de réexamen des décisions civiles a alors décidé¹⁵⁴⁵ que la procédure devait poursuivre sur renvoi devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation¹⁵⁴⁶. Par la suite, cette assemblée plénière a rendu deux arrêts du 5 octobre 2018¹⁵⁴⁷ dont l'importance est différente.

Pour ce qui concerne l'affaire *Bouvet*, en l'espèce, un homme français a conclu une convention de maternité pour autrui en Inde. L'homme avait reconnu préalablement en France les deux enfants conçus par GPA. Puis, il avait demandé la transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance étrangers, lesquels indiquaient le père d'intention comme étant le père et la mère porteuse comme étant la mère des enfants. Si en première instance et en appel la demande a été accueillie, la Cour de cassation¹⁵⁴⁸ a censuré l'arrêt de la cour d'appel, en raison de « l'existence d'un processus frauduleux comportant une convention de gestation pour le compte d'autrui ». Elle avait conclu que « les actes de naissance des enfants ne pouvaient être transcrits sur les registres de l'état civil français. ». Cette décision a valu une condamnation à l'État français par la Cour de Strasbourg qui a donné lieu au processus de réexamen. Dans son arrêt du 5 octobre 2018, l'assemblée plénière de la Cour de cassation applique sa jurisprudence de 2015 relative à la filiation des enfants conçus à l'étranger par GPA. Dès lors, elle ordonne la transcription intégrale sur les registres de l'état civil français des actes de naissance litigieux, car ils étaient conformes à la réalité.

S'agissant de l'affaire *Menesson*, l'assemblée plénière a rendu un arrêt d'une importance majeure, car elle a décidé de surseoir à statuer et d'adresser, pour la première fois, une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme, comme l'autorise le

¹⁵⁴³ CEDH, 5^e sect. 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France*, déc. préc.

¹⁵⁴⁴ CEDH, 5^e sect. 21 juill. 2016, n° 9063/14 et 10410/14, *Bouvet c/ France*, déc. préc.

¹⁵⁴⁵ Cass., c. réexamen, 16 févr. 2018, n° 17-RDH-001 (*affaire Menesson*), n° 17-RDH-002 (*affaire Bouvet*) ; *D.* 2018, p. 825, note J. Guillaumé ; *ibid.* p. 1664, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2018, p. 178, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D. actu.* 20 févr. 2018, obs. F. Mélin ; *RJPF* 2018-3/33, obs. M.-C. Le Boursicot.

¹⁵⁴⁶ C. proc. civ., art. 1031-22.

¹⁵⁴⁷ Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30.138 et n° 10-19.053 ; *D.* 2018, p. 1912 ; *AJ fam.* 2018, p. 613, obs. M. Saulier ; *ibid.* p. 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p. 640 ; *D. act.* 10 oct. 2018, obs. T. Coustet ; *RTD civ.* 2018, p. 847, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2018-11/26, obs. M.-C. Le Boursicot.

¹⁵⁴⁸ Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138, *AJ fam.* 2013, p. 579 ; *ibid.* p. 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p. 600, obs. C. Richard, F. Berdeaux-Gacogne ; *D.* 2013, p. 2383 ; *ibid.* p. 2349, chron. H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon ; *ibid.* p. 2377, avis C. Petit ; *ibid.* p. 2384, note M. Fabre-Magnan ; *ibid.* 2014. P. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* p. 954, obs. REGINE ; *ibid.* p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* p. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* p. 1516, obs. N. Jacquinet, A. Mangiavillano ; *ibid.* p. 1787, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *AJCT* 2013. 517, obs. R. Méssa ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 909, note P. Hammje ; *RTD civ.* 2013, p. 816, obs. J. Hauser ; *JDI* 2014, p. 133, note J. Guillaumé ; v. aussi, DEUMIER (P.), FULCHIRON (H.), « Première demande d'avis à la CEDH : vers une jurisprudence "augmentée" ? », *D.* 2019, p. 228.

Protocole n° 16 de la Convention EDH ratifié par la France le 12 avril et entré en vigueur le 1^{er} août 2018¹⁵⁴⁹. L'assemblée plénière a posé à la Cour de Strasbourg les questions suivantes :

« 1°). En refusant de transcrire sur les registres de l'état civil l'acte de naissance d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui en ce qu'il désigne comme étant sa "mère légale" la "mère d'intention", alors que la transcription de l'acte a été admise en tant qu'il désigne le "père d'intention", père biologique de l'enfant, un État-partie excède-t-il la marge d'appréciation dont il dispose au regard de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? À cet égard, y a-t-il lieu de distinguer selon que l'enfant est conçu ou non avec les gamètes de la "mère d'intention" ? »

« 2°). Dans l'hypothèse d'une réponse positive à l'une des deux questions précédentes, la possibilité pour la mère d'intention d'adopter l'enfant de son conjoint, père biologique, ce qui constitue un mode d'établissement de la filiation à son égard, permet-elle de respecter les exigences de l'article 8 de la Convention ? »

Les circonstances de l'affaire *Menesson* justifient la demande d'avis consultatif réalisée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Contrairement à l'affaire *Bouvet*, dans laquelle les actes de naissance des enfants indiquaient le père d'intention comme père légal et la mère porteuse comme mère légale des enfants, dans l'affaire *Menesson*, les actes de naissance des enfants indiquaient tant le père que la mère d'intention comme étant les parents légaux des enfants. Si la transcription des actes de naissance étrangers mentionnant le père d'intention comme le père légal n'était plus une source d'incertitude¹⁵⁵⁰ depuis la position adoptée par la Cour de cassation le 3 juillet 2015¹⁵⁵¹, la véritable question concernait la filiation maternelle des enfants conçus par GPA à l'étranger¹⁵⁵². La position de la Cour de cassation était de refuser la transcription de l'acte indiquant comme mère légale la mère d'intention de l'enfant, car contraire à la réalité biologique. Elle avait toutefois autorisé la possibilité pour le parent d'intention d'adopter l'enfant¹⁵⁵³. Avec les questions posées à la Cour de Strasbourg, la Haute juridiction mettait sa solution à l'épreuve des droits fondamentaux garantis par la Convention et protégés par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵⁵⁴.

¹⁵⁴⁹ V. SUDRE (F.), « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention EDH ? Aperçu rapide », *JCP G.* 2018, p. 473.

¹⁵⁵⁰ Obs. A. Dionisi-Peyrusse, *A.J. fam.* 2018, p. 613.

¹⁵⁵¹ Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 15-50.002 et n° 14-21.323, déc. préc.

¹⁵⁵² Obs. A. Dionisi-Peyrusse, art. préc.

¹⁵⁵³ Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 16-16.901, n° 16-16.495 et n° 16-20.052, déc. préc.

¹⁵⁵⁴ Obs. A. Dionisi-Peyrusse, art. préc.

396. L'avis consultatif de la CEDH relatif à la filiation maternelle de l'enfant conçu par GPA à l'étranger. Par un arrêt du 10 avril 2019¹⁵⁵⁵, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu son premier avis consultatif « relatif à la reconnaissance en droit interne de la filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, demandé par la Cour de cassation française ». Dans les « considérations préliminaires » de son avis, la Cour identifie bien la situation litigieuse : elle porte sur « la reconnaissance dans l'ordre juridique français, eu égard au respect de la vie privée des enfants, d'un lien de filiation entre une mère d'intention et des enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui et issus des gamètes du père d'intention et d'une tierce donneuse, dans un cas où l'acte de naissance étranger peut faire l'objet d'une transcription en ce qu'il désigne le père d'intention dès lors qu'il est le père biologique des enfants »¹⁵⁵⁶.

Ainsi, la Cour de Strasbourg a analysé la première question posée par la Cour de cassation, portant sur la nécessité de reconnaître en droit interne le lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance étranger comme étant la « mère légale », dans la situation où l'enfant a été conçu avec les gamètes d'une tierce donneuse, et où le lien de filiation entre l'enfant et le père d'intention a été reconnu en droit interne. Elle a souligné l'accent que sa jurisprudence a mis sur l'existence d'un lien biologique entre l'enfant et au moins l'un des parents d'intention¹⁵⁵⁷. Telle était la situation dans l'affaire *Menesson*, le père d'intention étant en effet le père biologique des enfants. Puis, elle a affirmé que la réponse à la demande d'avis dépendait de deux facteurs ayant un poids particulier : l'intérêt supérieur de l'enfant et l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États-parties¹⁵⁵⁸.

La Cour a rappelé que chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt de l'enfant doit primer¹⁵⁵⁹. Dès lors, elle a soulevé les conséquences concrètes sur plusieurs aspects du droit de l'enfant au respect de sa vie privée qui entraîne l'absence de reconnaissance d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère intention. D'un point de vue général, cette absence place l'enfant dans une forme

¹⁵⁵⁵ CEDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, Avis consultatif ; *AJDA* 2019. 788 ; *D.* 2019, p. 1084, note H. Fulchiron ; *ibid.* p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2019, p. 289, obs. G. Kessler ; *ibid.* p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2019, p. 307, obs. A.-M. Leroyer ; *RTD civ.* 2019, p. 268, J.-P. Marguénaud ; *JCP G.* 2019, 551, note F. Sudre, A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2019, comm. 139, obs. J.-R. Binet ; *ibid.* chron. 3, note A. Gouttenoire, F. Marchadier ; v. aussi SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », *JCP G.* 2019, actu. 430 ; HURPY (H.), « La judiciarisation par défaut du lien de filiation des enfants nés d'une GPA transfrontalière avec la mère d'intention », *Rév. UE* 2019, p. 486.

¹⁵⁵⁶ *Ibid.*, § 27.

¹⁵⁵⁷ *Ibid.* § 36.

¹⁵⁵⁸ *Ibid.* § 37.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.* § 38.

d'incertitude juridique quant à son identité dans la société. Il existe également le risque que l'enfant n'ait pas l'accès à la nationalité de la mère d'intention dans les conditions que garantit la filiation et qu'il ne puisse rester sur le territoire du pays de résidence de cette dernière. De plus, les droits successoraux de l'enfant à l'égard de la mère d'intention peuvent être amoindris. En cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention, la relation entre l'enfant et la mère d'intention peut aussi être fragilisée. Enfin, l'enfant n'est pas protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge¹⁵⁶⁰. De ce fait, après avoir considéré que l'intérêt de l'enfant inclut le droit de connaître ses origines¹⁵⁶¹, l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable, la Cour EDH a considéré que « l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁵⁶².

Concernant la marge d'appréciation dont disposent les États membres, la Cour a rappelé que lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des États contractants, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, cette marge d'appréciation est large¹⁵⁶³. Toutefois, lorsqu'un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu — tel que la filiation —, la marge d'appréciation laissée à l'État est limitée¹⁵⁶⁴. En l'espèce, ce qui est en jeu est l'identité des enfants nés par GPA à l'étranger¹⁵⁶⁵. Ainsi, la Cour a considéré que le droit au respect de la vie privée de ces enfants requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre eux et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance étranger comme étant la « mère légale »¹⁵⁶⁶. Il est précisé que cette solution vaut *a fortiori* lorsque l'enfant a été conçu avec les gamètes de la mère d'intention¹⁵⁶⁷.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a étudié la seconde question posée par la Cour de cassation de savoir si le droit au respect de la vie privée de l'enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger et conçu avec les gamètes d'une tierce donneuse, requiert que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance

¹⁵⁶⁰ *Ibid.* § 39.

¹⁵⁶¹ *Ibid.* § 41.

¹⁵⁶² *Ibid.* § 42.

¹⁵⁶³ *Ibid.* § 43.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.* § 44.

¹⁵⁶⁵ *Ibid.* § 45.

¹⁵⁶⁶ *Ibid.* § 46.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.* § 47.

étranger, ou s'il admet qu'elle puisse se faire par d'autres moyens, tels que l'adoption de l'enfant par la mère d'intention¹⁵⁶⁸. Elle a alors considéré qu'il est dans l'intérêt de l'enfant qui est dans cette situation que la durée de l'incertitude dans laquelle se trouve quant à sa filiation à l'égard de la mère d'intention soit brève¹⁵⁶⁹. Cependant, cette nécessité n'impliquerait pas que les États membres soient tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger¹⁵⁷⁰. En effet, la Cour a constaté qu'il n'y a pas de consensus européen sur cette question et que l'identité de l'individu est moins directement en jeu lorsqu'il s'agit des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien de filiation¹⁵⁷¹. Ces moyens tombent alors dans la marge d'appréciation des États. L'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États membres de reconnaître *ab initio* un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. L'intérêt de l'enfant requiert en réalité que le lien de filiation établi légalement à l'étranger puisse être reconnu au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé¹⁵⁷². Dès lors, la Cour a affirmé que d'autres modalités peuvent servir l'intérêt de l'enfant, dont l'adoption, laquelle produit les mêmes effets que la transcription de l'acte de naissance afin de reconnaître le lien de filiation¹⁵⁷³. L'adoption peut alors répondre à cette nécessité dès lors que ses conditions sont adaptées et que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien¹⁵⁷⁴.

Finalement, la Cour européenne des droits de l'homme a été d'avis que le droit au respect de la vie privée de l'enfant requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance du lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention désignée comme la « mère légale » dans l'acte de naissance étranger. Toutefois, l'article 8 de la Convention EDH n'exige pas que cette reconnaissance se fasse par la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance légalement établi à l'étranger. Cette reconnaissance peut alors être effectuée par le biais de l'adoption de l'enfant par la mère d'intention, et ce, à condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

¹⁵⁶⁸ *Ibid.* § 48.

¹⁵⁶⁹ *Ibid.* § 49.

¹⁵⁷⁰ *Ibid.* § 50.

¹⁵⁷¹ *Ibid.* § 51.

¹⁵⁷² *Ibid.* § 52.

¹⁵⁷³ *Ibid.* § 53.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.* § 54-55.

Ainsi, la solution de la Cour de Strasbourg semble confirmer la conventionnalité¹⁵⁷⁵ de la solution adoptée par la Cour de cassation en 2015 et 2017, relative à la filiation maternelle de l'enfant conçu par GPA à l'étranger, caractérisée par la transcription partielle de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil français. La CEDH a considéré que si la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention désignée comme mère légale dans l'acte de naissance étranger est nécessaire afin de garantir le droit au respect de la vie privée de l'enfant, cette reconnaissance n'implique pas obligatoirement la transcription de l'acte de naissance étranger sur les registres de l'état civil. La reconnaissance *ab initio* du lien de filiation maternelle n'est donc pas imposée, mais elle doit avoir lieu lorsqu'il s'est concrétisé. L'adoption peut alors constituer le mécanisme permettant cette reconnaissance, à condition que son prononcé soit rapide et effectif, conformément à l'intérêt de l'enfant.

L'avis rendu par la CEDH, considéré comme « convaincant parce que solidement motivé »¹⁵⁷⁶, intègre plusieurs aspects de droit comparé afin de mesurer le consensus européen sur l'autorisation de la gestation pour autrui et sur les modalités tant d'établissement que de la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant conçu par GPA à l'étranger et ses parents d'intention¹⁵⁷⁷. Ainsi, la Cour soulève le caractère complexe, délicat et évolutif de la question et prend le soin d'avertir que sa jurisprudence pourrait être appelée à l'avenir à se développer.

La première partie de l'avis, consacrée au principe de la reconnaissance du lien de filiation,¹⁵⁷⁸ est clairement construite autour de l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁵⁷⁹, lequel constitue un véritable « critère de conventionnalité »¹⁵⁸⁰. Dans cette partie, la Cour crée une obligation positive à la charge de l'État : offrir une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention¹⁵⁸¹. Si le fondement de l'avis est l'article 8 de la Convention EDH, lequel garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, la Cour dissocie ces éléments et ne traite que le droit au respect de vie privée de l'enfant. En ce sens, la

¹⁵⁷⁵ FULCHIRON (H.), « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *D.* 2019, p. 1084 ; obs. A.-M. Leroyer, *RTD civ.* 2019, p. 307 ; SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », art. préc. ; note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

¹⁵⁷⁶ SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », art. préc.

¹⁵⁷⁷ Note J.-R. Binet, préc. ; obs. J.-P. Marguénaud, préc. ; v. aussi FULCHIRON (H.), « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », art. préc.

¹⁵⁷⁸ SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », art. préc.

¹⁵⁷⁹ Note J.-R. Binet, préc. ; FULCHIRON (H.), « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », art. préc. ; HURPY (H.), art. préc. ; SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », art. préc. ; note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

¹⁵⁸⁰ Note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

¹⁵⁸¹ Note J.-R. Binet, préc. ; SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », art. préc. ; note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

portée de l'avis s'avère réduite, car il ne se prononce pas sur l'existence d'une vie familiale¹⁵⁸². Afin d'apprécier l'intérêt de l'enfant, la Cour privilégie une approche concrète¹⁵⁸³ et considère qu'il doit primer « chaque fois que la situation de l'enfant est en cause ». Pour ce faire, elle considère plusieurs conséquences résultant de l'absence de reconnaissance du lien de filiation maternelle sur le droit au respect de la vie privée de l'enfant : l'incertitude juridique quant à son identité dans la société, l'impossibilité pour l'enfant d'obtenir la nationalité de la mère d'intention, la réduction des droits successoraux à l'égard de la mère d'intention, la fragilisation des relations entre l'enfant et la mère d'intention, notamment en cas de séparation des parents d'intention ou de décès du père d'intention, ainsi que le risque pour l'enfant de ne pas être protégé contre un refus ou une renonciation de la mère d'intention de le prendre en charge.

L'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant a motivé la réduction de la marge d'appréciation des États sur la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant conçu à l'étranger par GPA et la mère d'intention, malgré l'absence de consensus européen¹⁵⁸⁴. Contrairement à sa position traditionnelle de reconnaître une marge d'appréciation large lorsque l'affaire concernée soulève des questions morales ou éthiques délicates, dans son avis, la Cour opte pour réduire la marge nationale d'appréciation de manière inédite¹⁵⁸⁵. Jusque là, la Cour parlait d'atténuation de la marge d'appréciation. Ce choix est justifié par la nature et les effets du lien de filiation entre l'enfant conçu par GPA et la mère d'intention, la filiation concernant non seulement l'identité de l'enfant, mais également « d'autres aspects essentiels [sa] vie privée ». Ainsi, l'analyse *in concreto* de l'intérêt de l'enfant et la réduction de la marge d'appréciation laissée aux États membres a conduit à affirmer que le respect de la vie privée de l'enfant les oblige à reconnaître en droit interne le lien de filiation entre l'enfant né à l'étranger par GPA et la mère d'intention désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale »¹⁵⁸⁶. L'apport principal de l'avis est d'affirmer que le respect au droit de la vie privée de l'enfant exige la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention¹⁵⁸⁷.

¹⁵⁸² HURPY (H.), art. préc.

¹⁵⁸³ Note J.-R. Binet, préc. ; FULCHIRON (H.), « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », art. préc. ; HURPY (H.), art. préc.

¹⁵⁸⁴ HURPY (H.), art. préc. ; SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », art. préc.

¹⁵⁸⁵ Obs. J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2019, p. 286.

¹⁵⁸⁶ HURPY (H.), art. préc.

¹⁵⁸⁷ Obs. A.-M. Leroyer, préc.

Toutefois, dans la seconde partie de son avis, consacrée aux modalités de la reconnaissance du lien de filiation¹⁵⁸⁸, la Cour laisse aux États membres le choix des modalités de reconnaissance de l'existence du lien de filiation maternelle de l'enfant conçu par GPA à l'étranger, car elle n'impose pas la transcription sur les registres de l'état civil de l'acte de naissance étranger mentionnant la mère d'intention comme mère légale de l'enfant¹⁵⁸⁹. La Cour estime que le choix des moyens pour permettre cette reconnaissance « tombe dans la marge d'appréciation des États » en raison de l'absence de consensus européen concernant la transcription de l'acte de naissance étranger¹⁵⁹⁰. La Cour retient aussi que « l'identité de l'individu est moins directement en jeu lorsqu'il s'agit non du principe même de l'établissement ou de la reconnaissance de sa filiation mais des moyens à mettre en œuvre à cette fin ». Ce faisant, la CEDH manifeste les limites de l'office subsidiaire du juge européen, lequel doit prendre en compte l'absence de consensus européen à l'égard des modalités de reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention¹⁵⁹¹. De plus, elle circonscrit l'obligation de reconnaître ce lien de filiation lorsqu'elle affirme que « l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître *ab initio* un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention ». En effet, le lien établi à l'étranger doit être reconnu seulement lorsqu'il s'est « concrétisé ». La Cour impose alors un examen *in concreto* de chaque espèce pour déterminer s'il y a lieu à reconnaître le lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant¹⁵⁹². Le recours à cette notion est pour certains critiquable en raison de son imprécision¹⁵⁹³, de son manque de clarté¹⁵⁹⁴ et de son ambiguïté¹⁵⁹⁵. Quels sont les critères pour apprécier la « concrétisation » du lien de filiation ? La résidence de l'enfant en France avec la mère constituerait-elle un critère pour apprécier cette concrétisation ?¹⁵⁹⁶ La possession d'état entre la mère d'intention et l'enfant constituerait-elle un autre critère d'appréciation ?¹⁵⁹⁷ N'est-il pas nécessaire de l'apprécier à travers le prisme de la notion de vie familiale ?¹⁵⁹⁸ L'appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant, à partir des circonstances de

¹⁵⁸⁸ SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », art. préc.

¹⁵⁸⁹ Note J.-R. Binet, préc. ; note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

¹⁵⁹⁰ Note J.-R. Binet, préc.

¹⁵⁹¹ HURPY (H.), art. préc.

¹⁵⁹² FULCHIRON (H.), « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », art. préc.

¹⁵⁹³ Obs. A.-M. Leroyer, préc.

¹⁵⁹⁴ Note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

¹⁵⁹⁵ FULCHIRON (H.), « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », art. préc.

¹⁵⁹⁶ *Ibid.*

¹⁵⁹⁷ Obs. A.-M. Leroyer, préc.

¹⁵⁹⁸ HURPY (H.), art. préc.

l'espèce, pourrait en apporter la réponse, car la CEDH renvoie à « l'incertitude » dans laquelle se trouve l'enfant, cette incertitude devant être abrégée par une décision rapide¹⁵⁹⁹. En ce sens, la seule naissance de l'enfant pourrait permettre l'appréciation de la concrétisation du lien de filiation maternelle¹⁶⁰⁰.

Ainsi, la Cour n'impose pas la transcription de l'acte de naissance de l'enfant. La transcription partielle de l'acte de naissance ne serait donc pas contraire à l'article 8 de la Convention EDH¹⁶⁰¹. Dès lors, elle a considéré que l'adoption peut être le mode de reconnaissance du lien de filiation maternelle, à condition que la décision soit rapide et efficace. Cependant, le choix de l'adoption est une source d'incertitudes à plusieurs égards. Cette solution serait créatrice d'une discrimination entre la mère et le père d'intention¹⁶⁰². En effet, si la reconnaissance du lien de filiation paternelle semble acquise par transcription, l'établissement du lien de filiation maternelle ne serait possible que par le biais de l'adoption, y compris lorsque la mère d'intention est la mère biologique. Par ailleurs, l'adoption de l'enfant du conjoint, qui n'est pas ouverte qu'aux couples mariés, est subordonnée au consentement préalable de la mère porteuse — en réalité, le consentement de la mère porteuse serait inutile, car en principe elle a renoncé à tous ses droits¹⁶⁰³ —, ainsi qu'au consentement du père¹⁶⁰⁴. De plus, les conditions d'efficacité et de célérité pourraient ne pas être réunies en droit français¹⁶⁰⁵ : si l'adoption de l'enfant du conjoint ne nécessite ni d'agrément ni de placement, elle nécessite d'un jugement¹⁶⁰⁶ qui exige l'écoulement d'un délai de plusieurs mois¹⁶⁰⁷. L'adoption serait alors une source d'incertitude pour l'enfant, car durant l'instance, la mère d'intention n'aurait aucun droit sur lui.

397. L'épilogue de l'affaire *Menesson*. L'arrêt rendu par l'assemblée plénière de la Cour de cassation le 4 octobre 2019¹⁶⁰⁸ a mis fin non seulement à la procédure de réexamen commencée le 16 février 2016 par la décision de la Cour de réexamen, mais également à l'affaire *Menesson* après près de vingt ans de procès. La décision rédigée conformément à la

¹⁵⁹⁹ HURPY (H.), art. préc.

¹⁶⁰⁰ Obs. A.-M. Leroyer, préc. ; note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

¹⁶⁰¹ Obs. A.-M. Leroyer, préc.

¹⁶⁰² HURPY (H.), art. préc.

¹⁶⁰³ FULCHIRON (H.), « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », art. préc. ; note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.* ; obs. A.-M. Leroyer, préc.

¹⁶⁰⁵ Obs. A. Dionisi-Peyrusse, préc.

¹⁶⁰⁶ Obs. A.-M. Leroyer, préc.

¹⁶⁰⁷ Note F. Sudre, A. Gouttenoire, préc.

¹⁶⁰⁸ Ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, P+B+R+I : JurisData n° 2019-016985 ; *D.* 2019, p. 1985, obs. G. Loiseau ; *ibid.* p. 2000, obs. J. Guillaumé ; *ibid.* p. 2228, obs. H. Fulchiron, C. Bidaud ; *AJ fam.* 2019, p. 481, obs. L. Brunet ; *ibid.* p. 487, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p. 592, obs. G. Kessler ; *ibid.* p. 2019, obs. J. Houssier ; *JCP G.* 2019, 1044 ; *ibid.* 1184, note A. Gouttenoire, F. Sudre ; *Dr. fam.* 2019, comm. 219, note A. Philippot.

nouvelle physionomie des arrêts de la Cour de cassation — sans attendus, en distinguant les faits et la procédure, l'examen du moyen, le règlement au fond et le dispositif — était très attendue. Dans son avis du 10 avril 2019¹⁶⁰⁹, la Cour européenne des droits de l'homme avait confirmé la conventionnalité de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la filiation maternelle de l'enfant conçu par GPA à l'étranger. En effet, nous l'avons vu¹⁶¹⁰, la Cour de Strasbourg a affirmé que le respect du droit à la vie privée de l'enfant requiert que les États membres offrent la possibilité de reconnaître en droit interne le lien de filiation entre la mère d'intention et l'enfant. Toutefois, elle a considéré que cette reconnaissance n'implique pas une obligation de transcrire, sur les registres de l'état civil, l'acte de naissance étranger indiquant comme mère légale la mère d'intention. La reconnaissance peut être faite par autre voie, telle que l'adoption, à la condition que les modalités prévues par le droit interne garantissent l'effectivité et la célérité de sa mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant.

Rappelons qu'en l'espèce, les actes de naissance américains des jumelles Mennesson, dressés dans le comté de San Diego conformément à un jugement de la Cour suprême de l'État de Californie du 14 juillet 2008, indiquaient qu'elles étaient nées de leurs parents de nationalité française. Le 25 novembre 2002, le ministère public a fait transcrire ces actes de naissance par le consulat général de France à Los Angeles. Par acte du 16 mai 2003, le procureur de la République a assigné les parents d'intention en annulation de cette transcription. Si en première instance et en appel, l'action du procureur de la République a été déclarée irrecevable, la Cour de cassation, par une décision du 17 décembre 2008, a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel. Puis, la cour d'appel de renvoi, par un arrêt du 18 mars 2010, a annulé la transcription des actes de naissance sur les registres de l'état civil français. Puis, par un arrêt du 6 avril 2011, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par les parents d'intention. Plus tard, l'État français a été condamné par la Cour européenne de droits de l'homme par une décision du 26 juin 2014, au motif de la violation du droit au respect de la vie privée des jumelles.

Ainsi, les jumelles Mennesson ont fait valoir qu'elles entendaient reprendre l'instance qui avait été initiée par leurs parents. Elles ont alors formé un pourvoi unique, objet de leur demande de réexamen, contestant l'arrêt ayant annulé la transcription des leurs actes de naissance.

Aux visas de l'article 55 de la Constitution, de l'article 8 de la Convention EDH, de l'article 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant et de l'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a fini par

¹⁶⁰⁹ CEDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n° P16-2018-001, Avis consultatif, déc. préc.

¹⁶¹⁰ V. *supra*. n° 396.

constater la transcription intégrale sur les registres de l'état civil français des actes de naissance américains des jumelles. Ce faisant, elle reconnaît tant la filiation paternelle que la filiation maternelle de ces dernières. Dans ses motifs, la Cour de cassation ne s'attarde pas sur la reconnaissance du lien de filiation entre le père biologique et les jumelles nées par GPA à l'étranger. En revanche, l'analyse relative à la demande du ministère public en annulation de la transcription de l'acte de naissance à l'égard de la mère d'intention est beaucoup plus étoffée.

Dans sa motivation, l'assemblée plénière affirme d'emblée qu'il se déduit de l'article 8 de la Convention EDH qu'au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant, la circonstance que la naissance d'un enfant à l'étranger ait pour origine une convention de GPA, prohibée par les articles 16-7 et 16-9 du Code civil, ne peut, à elle seule, sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de l'enfant, faire obstacle à la transcription de l'acte de naissance établi par les autorités de l'État étranger, en ce qui concerne le père biologique de l'enfant, ni la reconnaissance du lien de filiation à l'égard de la mère d'intention mentionnée dans l'acte étranger, laquelle doit intervenir au plus tard lorsque ce lien entre l'enfant et la mère d'intention s'est concrétisé.

Puis, elle se réfère directement à l'avis consultatif de la CEDH, en ce qu'il a considéré d'une part, que les États membres ne sont pas tenus d'opter pour la transcription des actes de naissance légalement établis à l'étranger et, d'autre part, que le choix des moyens permettant la reconnaissance du lien de filiation entre les parents d'intention et l'enfant tombe dans la marge d'appréciation des États. Elle soulève aussi que, selon l'avis consultatif, l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une GPA pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise, ces conditions devant inclure une appréciation *in concreto* par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ensuite, après avoir exposé les modes d'établissement du lien de filiation en droit français, la Cour rappelle que l'adoption permet de créer un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, épouse du père biologique. À cet égard, l'avis consultatif de la CEDH avait considéré que l'adoption répond aux exigences du droit au respect de la vie privée, dès lors que ses modalités permettent une décision rapide, de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à ce lien, le juge devant tenir compte de la situation fragilisée des enfants tant que la procédure est pendante. Si la Cour rappelle que les conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui sont nulles en droit français, elle retient, eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, qu'il convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler

la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement, et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant.

Par la suite, la Cour réalise un contrôle de proportionnalité *in concreto* des circonstances de l'espèce. En effet, elle soulève que le prononcé d'une adoption suppose l'introduction d'une nouvelle instance à l'initiative de la mère d'intention. Ainsi, elle considère que le renvoi des parents des jumelles à recourir à la procédure d'adoption, alors que l'acte de naissance de ces dernières a été établi en Californie, dans un cadre légal, conformément au droit de cet État, après intervention d'un juge qui a déclaré le père d'intention comme le biologique et la mère d'intention comme « mère légale » des enfants, aurait, au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention, des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée des jumelles.

Ainsi, si les requérantes considéraient que la concrétisation du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention pourrait trouver une traduction en droit interne avec la possession d'état, l'avis consultatif rendu par la CEDH insiste sur la nécessité de ne pas fragiliser la situation de l'enfant dès lors que la GPA a été réalisée dans les conditions légales du pays étranger et que le lien avec la mère d'intention s'est concrétisé. La Cour affirme alors que l'acte de notoriété constatant le lien de filiation par la constatation de la possession d'état établi par le juge d'instance ne présente pas les garanties de sécurité juridique suffisantes dès lors qu'un tel lien de filiation peut être contesté. De ce fait, elle a rejeté la demande formée par les jumelles tendant à faire constater le fait juridique reconnu dans l'acte de notoriété.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation conclut qu'en l'espèce, s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des jumelles, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil des actes de naissance établis à l'étranger ne saurait être annulée.

Plusieurs observations peuvent être formulées de cet arrêt, tant de sa motivation aussi riche que de la solution adoptée. Concernant la motivation, il est évident que la Cour de cassation a suivi à la lettre l'avis consultatif rendu par la CEDH. En effet, l'arrêt est rendu aux vises de l'article 55 de la Constitution, de l'article 8 de la Convention EDH et de l'article 3, §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) et de l'avis consultatif de la Cour EDH, auquel l'assemblée plénière prend le soin de se référer d'une manière extensive tout au

long de sa motivation¹⁶¹¹. Cela démontre que l'objectif de la procédure d'avis consultatif auprès de la Cour européenne, consacrée par le Protocole 16 de la Convention, de renforcer le dialogue¹⁶¹² entre le juge européen et le juge national semble atteint. De même, il est possible de constater la forte emprise de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, y compris de l'avis consultatif qui est en principe dépourvu de toute force obligatoire, sur la jurisprudence nationale¹⁶¹³. Le rôle¹⁶¹⁴ de la CEDH en tant que dernier juge de la conventionnalité semble alors renforcé par la nouvelle procédure issue du protocole 16 de la Convention. De son côté, la Cour de cassation, en respectant soigneusement la position de la CEDH¹⁶¹⁵, révèle son intention d'éviter une nouvelle condamnation de l'État français et de vouloir mettre définitivement fin à l'affaire *Menesson*.

Par ailleurs, l'assemblée plénière construit son arrêt en suivant la structure de cet avis consultatif de la CEDH, car elle distingue le principe de la reconnaissance du lien de filiation des modalités permettant cette reconnaissance¹⁶¹⁶. Ainsi, elle rappelle l'absence d'obligation¹⁶¹⁷ de transcrire l'acte de naissance étranger de l'enfant conçu à l'étranger par GPA mentionnant la mère d'intention comme « mère légale ». Le choix des moyens pour reconnaître la filiation maternelle de l'enfant tombe dans la marge d'appréciation des États membres. Toutefois, elle soulève aussi l'existence d'une obligation de reconnaître le lien de filiation maternelle afin de protéger l'intérêt de l'enfant, lequel exige un examen de chaque espèce au regard de ses circonstances particulières, ces conditions devant inclure une appréciation *in concreto* par le juge de l'intérêt supérieur de l'enfant. L'apport principal de l'arrêt est l'intégration de l'obligation de reconnaître en droit interne la filiation à l'égard de la mère d'intention¹⁶¹⁸. L'assemblée plénière affirme qu'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger ne fait pas, à elle seule, obstacle à la reconnaissance en France d'un lien de filiation d'intention¹⁶¹⁹. Si le litige concernait l'annulation de la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger des jumelles, la reconnaissance de la filiation paternelle ne constituait plus un problème, car elle était déjà admise depuis 2015¹⁶²⁰. L'assemblée plénière continue sa motivation en signalant que l'adoption permet la reconnaissance du lien de filiation entre

¹⁶¹¹ Obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶¹² Note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶¹³ Obs. J. Guillaumé, préc. ; note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶¹⁴ Note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶¹⁵ Obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶¹⁶ Obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶¹⁷ Note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶¹⁸ Note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶¹⁹ Note A. Philippot, préc.

¹⁶²⁰ Note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

l'enfant et la mère d'intention. Puis, elle rappelle que la CEDH a considéré que l'adoption répond aux exigences de l'article 8 de la Convention EDH et aux conditions d'effectivité et de célérité de manière à éviter que l'enfant soit maintenu longtemps dans l'incertitude juridique quant à sa filiation maternelle. À ce stade, la demande des requérantes tendant à faire constater le lien de filiation maternelle par le biais de la possession d'état risquait d'être rejetée : la mère aurait pu être invitée à tenter une instance d'adoption afin de voir reconnu le lien de filiation litigieux. En effet, par son avis consultatif, la CEDH a validé la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la filiation des enfants conçus par GPA à l'étranger, laquelle permet l'adoption plénière de l'enfant par le conjoint du père biologique.

Cependant, après avoir rappelé que les conventions portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui sont nulles, l'assemblée plénière exerce un contrôle de proportionnalité *in concreto* afin de vérifier la validité de l'acte d'état civil étranger et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouvaient les jumelles. Elle considère d'abord que le renvoi des parents d'intention à recourir à la procédure d'adoption, laquelle devait être introduite par la mère, aurait, au regard du temps écoulé depuis la concrétisation du lien entre les enfants et la mère d'intention, des conséquences manifestement excessives en ce qui concerne le droit au respect de la vie privée des jumelles. L'assemblée plénière soulève que l'acte de naissance des jumelles a été établi dans un cadre légal, après l'intervention d'un juge, lequel a déclaré le père d'intention, père génétique et la mère d'intention, mère légale des enfants. L'existence de cet acte d'état civil étranger valide, établissant le lien de filiation des enfants à l'égard de leur père et mère d'intention suffit alors pour reconnaître en France leur filiation. Ce faisant, elle écarte l'application en l'espèce de la solution adoptée dans sa jurisprudence de 2015 et 2017. L'adoption ne permettrait pas une reconnaissance de la filiation maternelle sans porter une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des enfants. Le risque de voir prolonger l'affaire *Mennesson* soit par le refus des requérantes de l'adoption en tant que seule voie pour établir le lien de filiation maternelle, soit par une nouvelle procédure d'adoption, dont la durée reste incertaine, a été évité. Par ailleurs, il convient de souligner que la *concrétisation* du lien de filiation entre la mère d'intention et les jumelles a été appréciée par l'assemblée plénière en fonction *du temps écoulé*, telle une prescription positive acquisitive¹⁶²¹.

Quelle autre voie restait pour pouvoir accomplir l'obligation de reconnaître le lien de filiation entre les jumelles et leur mère d'intention ? Si les requérantes avaient avancé la

¹⁶²¹ Obs. G. Kessler, préc.

possibilité de réaliser cette reconnaissance à travers par la constatation de la possession d'état dans un acte de notoriété établi par un juge d'instance, l'assemblée plénière rejette cette demande, en rappelant que la CEDH a insisté dans son avis consultatif sur la nécessité de ne pas fragiliser la situation de l'enfant conçu par GPA à l'étranger. Elle considère que la reconnaissance du lien de filiation par la constatation de la possession d'état ne présente pas les garanties de sécurités suffisantes, ce lien pouvant être contesté.

Tous les modes possibles d'établissement du lien de filiation ayant été écartés, l'assemblée plénière décide exceptionnellement¹⁶²² que la transcription totale sur les registres de l'état civil français des actes de naissance étrangers des jumelles ne saurait être annulée.

Cette solution n'allait pas de soi, car l'assemblée plénière avait la possibilité, selon l'avis consultatif, de choisir les modalités de la reconnaissance du lien de filiation litigieux. Elle avait la possibilité de renforcer sa position jurisprudentielle, conventionnelle selon la CEDH, de refuser la transcription de la filiation maternelle¹⁶²³ et imposer comme seule voie l'adoption. En optant pour la transcription intégrale de l'acte de naissance étranger, l'assemblée plénière dépasse les prescriptions de l'avis consultatif de la CEDH¹⁶²⁴. Cependant, le résultat du contrôle de proportionnalité *in concreto* semble avoir déterminé la solution adoptée en l'espèce : le contentieux avait duré plus de quinze ans, durant lesquels le lien de filiation maternelle s'était concrétisé¹⁶²⁵ et l'absence de reconnaissance du lien de filiation maternelle entraînait une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée des jumelles. L'adoption n'avait pas vocation à pallier cette atteinte. Pour certains, cette solution constitue une victoire du fait sur le droit justifiée par la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel est « à même de renverser l'ordre public international, la fraude à la loi, la loi elle-même et, nouveauté de cet arrêt, la jurisprudence la plus récente, pourtant censée protéger ce même intérêt »¹⁶²⁶. La solution la plus simple et la plus immédiate était la transcription de l'acte de naissance étranger¹⁶²⁷. Toutefois, il faut considérer d'une part, que la transcription ne constitue pas une action en établissement de filiation¹⁶²⁸ et, d'autre part, que la filiation résultant de cette transcription pourrait éventuellement être contestée¹⁶²⁹. La possession d'état n'était-elle pas la solution la plus adaptée pour *concrétiser* la filiation maternelle ? L'utilisation de l'écoulement du temps pour apprécier cette *concrétisation* par l'assemblée plénière semblait aller en ce sens.

¹⁶²² Obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; obs. J. Guillaumé, préc. ; note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶²³ Obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; obs. J. Guillaumé, préc.

¹⁶²⁴ Obs. L. Brunet, préc. ; obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; obs. J. Guillaumé, préc. ; obs. G. Kessler, préc.

¹⁶²⁵ Obs. J. Guillaumé, préc.

¹⁶²⁶ Obs. J. Houssier, préc.

¹⁶²⁷ Obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; obs. J. Guillaumé, préc.

¹⁶²⁸ Obs. L. Brunet, préc.

¹⁶²⁹ Obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; obs. J. Guillaumé, préc.

L'objectif d'écarter la possession d'état serait d'éviter l'ouverture d'une voie concurrente à l'adoption afin de faire reconnaître la filiation des enfants conçus par GPA¹⁶³⁰.

Si la portée de cet arrêt semble limitée¹⁶³¹ en raison des circonstances de l'espèce, ses conséquences seraient tout de même considérables. La décision contribue au démantèlement de l'ordre public international français, car le recours à la GPA ne justifie plus le refus de transcription d'un acte de naissance établi à l'étranger en raison de la fraude à la loi française, peu important que la légalité du processus dans le pays où elle est réalisée¹⁶³². De plus, si l'assemblée plénière a pris le soin de rappeler que les conventions portant sur la gestion pour le compte d'autrui¹⁶³³, la solution retenue ne fait qu'affaiblir¹⁶³⁴ davantage cette interdiction et de souligner l'hypocrisie du dispositif¹⁶³⁵. Si la GPA est interdite en droit français et sur le territoire français, dès lors qu'elle a été légalement pratiquée à l'étranger, elle peut produire tous ses effets en France, sans qu'aucune sanction s'applique. La transcription intégrale des actes de naissance étrangers se manifeste comme une profonde fissure dans l'édifice de l'interdiction de la GPA, laquelle semble devoir être repensée, au moins en ce qui concerne les effets sur la filiation des enfants qu'elle génère, afin de la mettre en conformité à la réalité.

398. Ainsi, par ces décisions, la Cour de cassation révèle qu'un lien de parenté contraire à la loi française, car résultant d'un procédé interdit, tel que la GPA, peut être considéré comme un véritable lien familial, en vertu du droit au respect d'une vie privée et familiale. La fraude à la loi fondée sur le recours à la GPA, qui devrait affecter la filiation paternelle établie à l'étranger et rendre impossible l'adoption de l'enfant par l'époux du père, est alors écartée. Si une telle solution n'enlève pas l'interdiction, posée tant par le Code civil que par le Code pénal, du recours à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, elle a pour conséquence de reconnaître une telle convention et de lui faire produire des effets sur le territoire français. L'interdiction se voit sans doute affaiblie par cette position.

Il en va de même pour ce qui est de l'empêchement de reconnaître purement et simplement l'acte de naissance dressé à l'étranger désignant comme mère de l'enfant la mère d'intention, afin de dissuader la pratique de la GPA par les couples français de sexe différent et de même sexe. Toutefois, la présence d'un enfant en France, conçu par GPA à l'étranger, dont les parents sont français impose cette solution, au nom du droit au respect de la vie privée et

¹⁶³⁰ Obs. L. Brunet, préc.

¹⁶³¹ Obs. A. Dionisi-Peyrusse, préc. ; obs. J. Guillaumé, préc.

¹⁶³² Obs. G. Loiseau, préc.

¹⁶³³ Note A. Gouttenoire, F. Sudre, préc.

¹⁶³⁴ Obs. H. Fulchiron, C. Bidaud, préc. ; obs. G. Loiseau, préc.

¹⁶³⁵ Obs. G. Loiseau, préc.

familiale. Dès lors, il est possible d'affirmer qu'un autre caractère du lien familial serait qu'il soit conforme aux droits fondamentaux des parties, et plus précisément au droit au respect de la vie privée et familiale et à l'intérêt de l'enfant.

Conclusion du chapitre II

399. La révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille peut amener le juge à construire ou à compléter le concept de lien familial en créant ou en reconnaissant des liens familiaux qui ne remplissent pas les conditions de formation fixées par la loi. La question se posait alors de la part de liberté dont dispose le juge ou qu'il se reconnaît dans la construction du concept de lien familial.

400. La révélation par le juge dans les motifs de sa décision des sources de droit du lien familial nous avait déjà permis de constater qu'il est régi principalement par la loi. En effet, elle détermine les liens existant dans l'ordonnement juridique et fixe les conditions de leur formation et la règle jurisprudentielle n'est jamais qu'une source alternative et surtout exceptionnelle du lien familial. Nous avons confirmé ce caractère exceptionnel en constatant que le juge révèle effectivement la limite de sa marge de manœuvre dans la construction du lien familial lorsqu'il refuse de créer ou de maintenir des liens contraires à la loi. Le juge réalise cette révélation lorsqu'il refuse de maintenir un mariage incestueux célébré entre alliés. Il en va de même lorsqu'il refuse d'admettre l'adoption d'un enfant par son père biologique, dès lors que ce dernier est lié par un lien de parenté à la mère de l'enfant ou lorsqu'il refuse d'accepter l'adoption de l'enfant du concubin ou du partenaire pacsé.

401. Toutefois, malgré un pouvoir limité, lorsque le juge intervient dans la construction du concept de lien familial, les conséquences sont considérables. En effet, en exerçant son pouvoir créateur à travers un acte jurisprudentiel, il peut admettre la création ou la reconnaissance d'un lien familial *contra-legem* afin d'éviter notamment une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de nature familiale des parties. Ainsi, le juge peut considérer que malgré la contrariété à la loi de ce lien, il constitue un véritable lien familial.

Si le caractère exceptionnel de l'admission de ces liens *contra-legem* rend difficile la conceptualisation ou la généralisation de ce procédé, l'analyse des circonstances de l'espèce permet de constater que la conformité du lien aux droits fondamentaux des parties justifie dans la plupart des cas leur création ou leur reconnaissance. Cette conformité semble alors constituer un nouvel élément de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

Ainsi, en matière de liens de couple, et plus précisément à l'égard du lien matrimonial, le juge peut écarter l'application du caractère de bilatéralité et d'exclusivité dans le cas d'espèce, lorsque le lien a été valablement créé à l'étranger entre personnes dont la loi personnelle admet

ce type d'union. De même, il peut ordonner le maintien du mariage incestueux entre alliés lorsque l'union a été célébrée sans opposition et a eu une durée significative. Quant aux liens de parenté, le juge a validé, au moins une fois, au nom de l'intérêt de l'enfant, le double lien de filiation à l'égard d'un enfant dont les parents étaient frère et sœur. De même, à l'égard d'un enfant né par GPA, le juge a d'une part, reconnu la validité du lien de filiation établi entre l'enfant conçu par GPA à l'étranger et le père désigné par l'acte de naissance étranger, et ce, afin d'ordonner sa transcription sur les registres de l'état civil français et, d'autre part, autorisé l'adoption de l'enfant par l'époux du père ou par la mère d'intention. Mais cet élément supplémentaire qu'est la conformité du lien aux droits fondamentaux des parties, n'est qu'un correcteur, qui ne peut jouer que de façon exceptionnelle.

Conclusion du titre 2

402. Lorsque le juge exerce la phase déductive de l'acte juridictionnel, caractérisée par le prononcé de la décision, il révèle aux autres, aux justiciables et, en général, à la collectivité, l'unité conceptuelle de la notion de famille, laquelle réside dans le lien familial. Cette révélation apparaît dans les motifs de son jugement. C'est à travers les motifs que le juge explique les raisons qui l'ont amené à juger de la sorte. Les motifs permettent alors d'appréhender le jugement non seulement comme un acte juridique, mais aussi comme un acte discursif et cognitif.

403. La révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille peut amener le juge à le construire ou à le compléter en admettant la création ou la reconnaissance des liens familiaux qui ne remplissent pas les conditions de formation fixées par la loi. Dès lors, se posait la question de l'étendue de la marge de manœuvre du juge pour construire ou compléter le concept de lien familial. Cette question a trouvé une réponse grâce à la révélation par le juge des sources de droit du lien familial. Nous avons alors constaté que si le lien familial est principalement déterminé par la loi, la jurisprudence joue cependant un rôle essentiel dans sa construction et dans son évolution.

404. La loi constitue la source en principe exclusive du lien familial : l'analyse des motifs des décisions rendues par les juges du fond et de la Cour de cassation nous a permis de constater qu'ils reconnaissent la compétence exclusive du législateur en matière familiale. Cette reconnaissance est confirmée par d'autres Cours suprêmes, dont le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Tous les juges respectent la compétence en matière familiale réservée au législateur. Ce faisant, ils acceptent et déterminent la limite de leur pouvoir, laquelle semble plus stable lorsqu'il s'agit des juges nationaux que du juge européen. La loi est donc la source principale du lien familial, car la Constitution attribue cette compétence exclusive au législateur. La loi, notamment le Code civil, détermine les catégories de liens familiaux existant dans l'ordonnement juridique et régit les conditions de leur formation.

405. Néanmoins, la règle jurisprudentielle constitue une source alternative non négligeable du lien familial, car nous avons constaté que le juge peut exceptionnellement admettre la création ou la reconnaissance d'un lien familial contraire à la loi. En effet, il peut considérer

que le lien demandé par les parties est un véritable lien familial, même s'il ne remplit pas les conditions de formation fixées par la loi et s'il ne présente pas les caractères issus de la règle de droit d'ordre public familial. Pour ordonner la réalisation de ce lien, le juge doit exercer un acte jurisprudentiel, lequel a lieu dans les motifs de sa décision. L'exercice de cet acte s'avère exceptionnel, parce qu'il n'est exercé que si la loi est inexistante ou insuffisante, car obscure ou incomplète ou inéquitable dans le cadre nouveau du contrôle de conventionnalité *in concreto*. Le juge exerce donc cet acte, car il doit juger, malgré la défaillance de la loi. Ainsi, le juge a la nécessité de créer la règle de droit afin de pouvoir rendre sa décision et accomplir son office. Il exerce ce pouvoir créateur lorsqu'il complète, éclaircit ou crée de toute pièce la règle de droit sur laquelle il fondera sa décision.

406. Dès lors, lorsque le juge accepte la création d'un lien familial contraire à la loi ou la reconnaissance en France d'un lien familial *contra-legem établi à l'étranger*, il révèle là encore dans les motifs de sa décision sa source.

407. La source du lien familial *contra-legem* serait ainsi d'origine jurisprudentielle. En effet, le juge peut créer ou reconnaître un lien familial contraire à la loi lorsqu'il exerce un acte jurisprudentiel. Dans ce cas, il adapte l'application de loi aux circonstances de l'espèce. De même, le juge peut déclarer que la loi applicable est in conventionnelle, ainsi que l'écarter du cas concret lorsqu'il considère que son application entraînerait une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime poursuivi.

408. La règle jurisprudentielle constitue donc une source alternative ou subsidiaire du lien familial. Cette règle présente la structure et les attributs de toute règle de droit : elle est constituée d'un présumé et d'un effet juridique, sanctionnée par une autorité habilitée, en l'occurrence par le juge et sa généralisation a lieu à travers sa *sédimentation* et sa *stratification*, à travers des décisions fondées sur la même règle, rendues tantôt par la juridiction suprême tantôt par les juridictions inférieures. Cependant, l'absence de contrainte d'adopter cette règle jurisprudentielle par les juges judiciaires est un facteur d'incertitude concernant son emprise.

409. Par ailleurs, il faut souligner que l'établissement de ces liens familiaux *contra legem* s'avère exceptionnel. Si ces liens sont de véritables liens familiaux, les situations de fait dans lesquelles ils se trouvent devant alors être qualifiées de familiales, ils ne sont que des liens accidentels, qui ne remettent pas en cause la source principale, d'origine légale, du lien familial

410. La marge de manœuvre du juge dans la construction du concept de lien familial reste donc limitée. Elle est déterminée par la hiérarchie des sources de droit qui régissent le lien familial. Puisque la source principale –et en principe exclusive- est la loi, le juge dispose d’une marge de manœuvre limitée dans la construction du concept de lien familial lorsqu’il crée ou reconnaît des liens familiaux contraires à la loi. Un lien juridique ne peut normalement être qualifié de familial que s’il remplit les conditions de formation fixées par la loi. Ainsi, la tâche du juge implique, en principe, la vérification de ces conditions de formation du lien familial dans le cas d’espèce. Ce faisant, il préserve la notion de famille retenue par le législateur. Il révèle effectivement la limite de sa marge de manœuvre dans la construction du concept de lien familial lorsqu’il refuse de maintenir un mariage incestueux entre alliés, lorsqu’il refuse l’adoption d’un enfant par son père biologique, quand ce dernier est uni à la mère par un lien de parenté. Le juge révèle également cette limite lorsqu’il refuse d’accepter l’adoption de l’enfant du partenaire pacsé ou du concubin.

411. Cependant, lorsque le juge intervient dans la construction du concept de lien familial, les conséquences sont considérables. En effet, le juge peut, exceptionnellement, à travers l’exercice d’un acte jurisprudentiel, créer ou reconnaître un lien familial *contra-legem*, qui ne remplit pas les conditions de formation fixées par la loi.

L’étude des motifs des décisions rendues par les juges judiciaires nous a montré la difficulté de généraliser et de conceptualiser la réalisation de ces liens *contra-legem*. En effet, puisque la création de ces liens s’avère exceptionnelle, à l’instar de l’exercice de l’acte jurisprudentiel, seule la prise en compte des circonstances de l’espèce et de l’appréhension des droits fondamentaux peut nous permettre de systématiser ce procédé. Ainsi, un lien *contra-legem* peut être reconnu en droit français, dès lors qu’il a été valablement établi à l’étranger entre personnes dont la loi personnelle admet ce type de lien. De même, le lien contraire à la loi peut être admis dès lors que le juge considère que l’application de la loi entraîne une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime recherché par cette disposition. De ce fait, l’exercice de ces techniques et méthodes a permis au juge de réceptionner les mariages bigames étrangers afin qu’ils produisent ses effets patrimoniaux en France. De même, le juge a pu valider un mariage incestueux célébré entre la bru et son beau-père sans opposition et ayant duré vingt ans. En outre, le juge a pu mettre à l’écart le délai pour contester la filiation paternelle en vue d’en établir une nouvelle, comme maintenir, au nom de l’intérêt de l’enfant, le double lien de filiation incestueux à l’égard d’un enfant dont les parents sont frère et sœur. Enfin, le juge a pu valider la réception de l’acte de naissance d’un enfant né

à l'étranger par gestation pour autrui qui désigne le père d'intention en tant que père biologique. De même, il a pu permettre l'adoption de cet enfant par l'époux ou l'épouse de son père biologique.

412. La conformité du lien aux droits fondamentaux des parties justifie dans la plupart des cas leur création ou leur reconnaissance. Cette conformité semble donc constituer un nouvel élément de l'unité conceptuelle de la notion de famille mais il ne joue qu'exceptionnellement, comme une variable d'ajustement, un élément correcteur.

413. Il reste maintenant à déterminer, à partir de la révélation que l'unité conceptuelle de la notion de famille réside dans le lien familial, dont la substance est principalement déterminée par la loi d'ordre public familial, avec une correction possible par le juge, s'il est possible de connaître les éléments constitutifs du concept de lien familial.

Conclusion de la première partie

414. Lorsqu'i réalise la phase inductive de l'acte juridictionnel, le juge dans sa démarche intellectuelle, découvre pour lui-même l'unité conceptuelle de la notion de famille. Cette découverte implique la perception de l'élément irréductible de la notion de famille, le lien familial, dans lequel résiderait son unité conceptuelle.

415. La première étape de la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille implique la perception des situations de fait revendiquées par les parties comme des situations familiales. Le juge judiciaire peut réaliser cette perception, en tant que sujet connaissant de l'unité conceptuelle de la notion de famille, objet à connaître, grâce aux moyens techniques dont il dispose pour juger.

Le premier moyen est la compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale, laquelle est attribuée à une pluralité de juges. Ainsi, nous avons constaté que le juge aux affaires familiales, le juge des tutelles et même le tribunal d'instance sont aptes à réaliser cette perception, mais seulement lorsqu'ils interviennent dans l'établissement du lien familial. La perception de l'unité conceptuelle réalisée par ces juges n'est que ponctuelle et partielle. En revanche, la loi confère au tribunal de grande instance une compétence exclusive en matière d'état des personnes, de mariage, de filiation et d'adoption qui fait de lui le juge de l'établissement et de l'anéantissement du lien familial. C'est en raison de toutes ces compétences que nous avons considéré le TGI comme le juge le plus apte à appréhender et apercevoir la notion de famille et son unité conceptuelle.

Le second moyen est la prétention des parties, qui déclenche l'acte juridictionnel et, de ce fait, le processus de découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, c'est à travers leur prétention que les parties posent au juge la question suivante : *les circonstances de fait justifient-elles la levée de l'obstacle qui empêche la création ou la reconnaissance du lien familial demandé ?* Le juge est alors systématiquement confronté au concept de lien familial et il doit toujours déterminer si le lien demandé par les parties est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Il découvre ainsi que le lien familial est l'élément irréductible, commun à toutes les situations familiales, qui constituerait à ce titre l'unité conceptuelle de la notion de famille.

La prétention des parties et, plus précisément les faits sur lesquels elle est fondée, permet au juge d'apprécier les situations de fait vécues par les parties comme des situations familiales,

lesquelles, une fois qu'elles seront effectivement qualifiées comme telles par le juge, lui permettront de constater la manière dont la famille se manifeste dans la vie réelle. Ainsi, toute situation de fait se traduisant par un lien familial peut être qualifiée de situation familiale. Le lien familial constitue donc la base de la famille. C'est donc grâce à la prétention des parties que le juge peut identifier dans le lien familial l'unité conceptuelle de la notion de famille.

Nous avons distingué les prétentions qui permettent au juge de percevoir les différentes situations de fait revendiquées par les parties comme des situations familiales. Ainsi, nous avons retenu une première catégorie, constituée de prétentions ayant pour objet la création d'un lien familial. Ces prétentions impliquent l'inexistence du lien familial, la volonté des parties de le créer et l'obstacle qui empêche sa création. Puis nous avons retenu une seconde catégorie, composée de prétentions ayant pour finalité la reconnaissance d'un lien familial. Ces prétentions impliquent l'existence d'un lien familial créé à l'étranger, la volonté des parties de le faire reconnaître en droit français et l'obstacle qui empêche sa reconnaissance.

Ensuite, ces catégories ont été affinées en prenant en compte la nature de l'obstacle auquel les prétentions se confrontent. Nous avons retenu d'une part, l'obstacle surmontable à l'égard duquel la loi établit les conditions requises afin qu'il soit levé par l'intervention du juge, et d'autre part, l'obstacle insurmontable à l'égard duquel la loi interdit sa levée par l'intervention judiciaire. Ces catégories permettent au juge de percevoir deux types de situations familiales : d'abord les situations familiales *simples*, dans lesquelles le lien familial est conforme à la règle de droit applicable, puis les situations familiales *complexes*, dans lesquelles le lien familial n'est pas conforme à la règle de droit, mais dont la création ou la reconnaissance s'impose essentiellement par respect des droits fondamentaux des demandeurs.

416. Par la suite, il a fallu confirmer ces propositions en les confrontant à la seconde phase de l'acte juridictionnel, la phase déductive, dans laquelle le juge révèle l'unité conceptuelle de la notion de famille. Ainsi, nous avons démontré que le juge révèle pour les autres, pour les justiciables et, en général, pour la collectivité, l'unité conceptuelle de la notion de famille, lorsqu'il opère la démarche déductive de l'acte juridictionnel.

417. La démarche déductive de l'acte juridictionnel est caractérisée par le prononcé du jugement par lequel le juge met fin à l'instance. Le jugement est constitué des motifs, à travers lesquels le juge explique le raisonnement qu'il a adopté pour trancher le litige de la sorte. De ce fait, le jugement peut être apprécié non seulement comme un acte juridique, mais également comme un acte discursif et cognitif.

La révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille apparaît dans les motifs du jugement. En effet, lorsque le juge est saisi d'une demande portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, il doit déterminer si le lien demandé est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Le juge explique dans les motifs du jugement si le lien demandé remplit les conditions fixées par la loi.

418. La révélation du concept de lien familial peut amener le juge à le construire ou à le compléter. Ainsi, plusieurs questions ont été posées : quelle est la marge de manœuvre du juge dans la construction du concept de lien familial ? Peut-il créer des liens contraires à la loi qui ne remplissent pas les conditions fixées par la loi ? Nous avons trouvé les réponses à ces questions grâce à la révélation par le juge des sources de droit du lien familial. En effet, dans les motifs de sa décision, le juge énonce la règle sur la base de laquelle il a rendu son jugement.

Nous avons constaté que les juges judiciaires reconnaissent la compétence exclusive du législateur en matière familiale. Cette reconnaissance est confirmée tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme. Tous les juges acceptent donc la compétence en matière familiale réservée au législateur. Dès lors, nous avons constaté que la loi est la source principale du lien familial. En effet, le Code civil détermine les liens familiaux existant dans l'ordonnement juridique et fixe les conditions de leur formation.

Cependant, nous avons aussi constaté que la jurisprudence joue un rôle essentiel dans la construction et dans l'évolution du concept de lien familial. En effet, le juge peut, exceptionnellement, créer ou reconnaître des liens familiaux *contra-legem* qui ne remplissent pas les conditions légales de sa formation. Pour ce faire, le juge doit exercer un acte jurisprudentiel. Ce dernier n'est réalisé que si la loi est inexistante ou insuffisante, car obscure ou incomplète ou inéquitable dans le cadre nouveau du contrôle de conventionnalité *in concreto*. L'exercice de cet acte jurisprudentiel est donc de créer ou de compléter la règle de droit afin de pouvoir rendre son jugement et accomplir son office.

Le juge peut, en utilisant l'effet atténué de l'ordre public international, reconnaître des liens familiaux contraires à la loi française, dès lors qu'ils ont été valablement établis à l'étranger, et ce, afin qu'ils produisent certains effets en France. De même, il peut créer des liens familiaux *contra-legem*, en exerçant un contrôle de conventionnalité concret, s'il considère, en fonction des circonstances du cas d'espèce, que leur refus entraînerait une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime recherché. Ces liens contraires à la loi trouvent alors leur source dans la règle jurisprudentielle, laquelle présente les mêmes attributs que ceux de toute règle de droit.

419. La révélation des sources de droit du lien familial nous a permis de constater que la marge de manœuvre du juge dans la construction du concept de lien familial s'avère limitée. La tâche du juge implique, en principe, la vérification des conditions légales de formation du lien dans l'espèce. La limite de la marge de manœuvre du juge a été constatée par le refus de maintenir des liens familiaux contraires à la loi ou d'admettre leur établissement. Cependant, lorsque le juge intervient dans la construction du concept de lien familial à travers l'exercice d'un acte jurisprudentiel, les conséquences sont considérables. En effet, le juge peut admettre la création ou la reconnaissance des liens familiaux *contra-legem*. La création ou la reconnaissance de ces liens est justifiée dans la plupart des cas par la conformité du lien aux droits fondamentaux des parties. Ainsi, un élément constitutif de l'unité conceptuelle de la notion de famille semble émerger : la conformité du lien familial aux droits fondamentaux des parties.

420. Si l'analyse de la démarche inductive et déductive de l'acte juridictionnel nous a permis de constater la manière dont le juge découvre pour lui-même, puis révèle pour les autres, au sein des motifs de sa décision, l'unité conceptuelle de la notion de famille dans le concept de lien familial, il convient maintenant de connaître les éléments constitutifs de ce concept.

SECONDE PARTIE : La révélation des éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille

421. Nous allons désormais nous attacher à montrer comment le juge révèle aux autres, aux justiciables et, en général, à la collectivité, les éléments constitutifs du concept de lien familial et la façon dont ils s'articulent.

422. La révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille à travers le concept de lien familial impliquait sa perception par le juge et la révélation de ses sources. Nous avons montré que le juge réalisait cette découverte lorsqu'il perçoit l'unité conceptuelle de la notion de famille à travers une prétention qui porte sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial. De même, nous avons montré que le juge révèle les sources du lien familial dans les motifs de sa décision lorsqu'il prononce son jugement. À ce stade, nous avons constaté la part active prise éventuellement par le juge dans la construction du concept de lien familial.

423. Mais l'examen, mené jusqu'ici, de la phase inductive et de la phase déductive n'a pas conduit à identifier les différents éléments qui constituent le concept de lien familial ni à étudier la manière dont ils s'articulent, car il n'avait pas cet objet. Pourtant, c'est dans le cadre de la phase inductive de l'acte juridictionnel¹⁶³⁶ que le juge judiciaire est capable de mettre en évidence les éléments qui constituent l'unité conceptuelle de la notion de famille et c'est dans le cadre de la démarche déductive et plus précisément dans les motifs de sa décision qu'il les révèle aux autres. Il faut donc maintenant poursuivre l'examen pour mettre en évidence ces éléments constitutifs du lien familial.

424. L'identification des éléments constitutifs du concept de lien familial repose sur l'opération de qualification, laquelle caractérise la démarche inductive de l'acte juridictionnel¹⁶³⁷.

La fonction¹⁶³⁸ du juge est de dire le droit¹⁶³⁹ — *jurisdictio*¹⁶⁴⁰ — applicable à l'espèce dont il est saisi à travers son jugement, lequel est une conséquence logique de la constatation

¹⁶³⁶ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 88, n°79.

¹⁶³⁷ *Ibid.*

¹⁶³⁸ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 347, n° 277 : « Rendre la justice suppose deux pouvoirs issus de l'autorité de l'Etat : le pouvoir de dire le droit et de mettre fin dès lors à une contestation (*jurisdictio*) et le pouvoir de commandement (*imperium*), consistant en des injonctions destinées à l'exécution des décisions. » ; MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 6 et s., spéc. n° 13.

juridictionnelle¹⁶⁴¹. Celle-ci implique la détermination de la règle applicable¹⁶⁴², puis la confrontation des faits de l'espèce aux présupposés de la règle retenue¹⁶⁴³. Ces étapes constituent l'opération de qualification¹⁶⁴⁴, au bout de laquelle le juge construit sa décision¹⁶⁴⁵. Dès lors, la qualification implique le rapprochement¹⁶⁴⁶ des faits de l'espèce¹⁶⁴⁷ et de la règle de droit applicable¹⁶⁴⁸ afin de déterminer le régime de la situation de fait et d'en tirer les conséquences juridiques¹⁶⁴⁹. Ainsi, la qualification exercée par le juge suppose une traduction en langage juridique des faits sur lesquels les parties fondent leur demande¹⁶⁵⁰. En effet, pour que les faits de la situation puissent être considérés par le droit, il faut qu'ils soient exprimés dans des termes juridiques et conceptualisés à partir de l'appareil notionnel propre au droit¹⁶⁵¹.

425. Le juge peut ainsi identifier les éléments de l'unité conceptuelle de la notion de famille grâce à l'opération de qualification et à la nature et à la structure de son raisonnement. En effet, lorsque le juge réalise l'opération de qualification, il «juridicise le fait»¹⁶⁵² en lui faisant subir «un traitement s'inspirant d'un modèle variable d'une espèce à l'autre et qu'il aura imaginé lui-même en tout ou en partie»¹⁶⁵³, afin de le rattacher «à une catégorie juridique

¹⁶³⁹ CROZE (H.), « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mel. S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 225 et s., spéc. n° 10.

¹⁶⁴⁰ MOURY (J.), « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit privé) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mél. R. Perrot, Dalloz, 1996, p. 299 : « À la *jurisdictio* correspond le pouvoir qui appartient au juge, saisi d'une constatation qui s'élève sur un cas concret, d'y mettre un terme en constatant le droit qui est applicable à la situation litigieuse et en ordonnant les mesures propres à en assurer le respect. » ; OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « 'Juris-dictio' et définition du droit », *Droits*, 1989, p. 53.

¹⁶⁴¹ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 39, n° 62.

¹⁶⁴² *Ibid.*, p. 32, n° 53.

¹⁶⁴³ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 88, n° 79.

¹⁶⁴⁴ La qualification est comprise comme une démarche intellectuelle (A. Sérieux, « Qualifier ou l'entre-deux du droit », *La diversité du droit. Mél. J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1267) qui permet la circulation entre l'univers des symboles (*Sollen*), où l'on retrouve la règle de droit, et l'univers du réel (*Sein*), où les êtres humains interagissent et manifestent leur comportement (P. Wachsmann, art. préc.). Si la distinction entre réalité et norme, *Sein* et *Sollen*, a pu être contestée car elle empêcherait de appréhender l'acte du juge qui consiste à concrétiser la règle de droit (V. en ce sens F. Müller, « Discours de la méthode », PUF, 1998, p. 45 et s.), l'opération de qualification ne peut exister que si on accepte cette bilatéralité (P. Wachsmann, art. préc.).

¹⁶⁴⁵ MALPEL-BOYJOU (C.), *op. cit.*, p. 39 et s., spéc. n°63 et s.

¹⁶⁴⁶ WACHSMANN (P.), « Qualification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 1277

¹⁶⁴⁷ Ceux-ci lui sont parvenus principalement à travers la demande des parties, mais il se peut qu'il les connaisse par les constatations qu'il peut réaliser ou ordonner, par exemple à travers des mesures d'instruction (V. *supra*. n° 98 et s.).

¹⁶⁴⁸ Celle-ci est créée par le législateur, où il fixe les conditions pour exercer un droit subjectif.

¹⁶⁴⁹ BERGEL (J.-L.), « Variétés. Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255 ; BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 102 ; SÉRIEUX (A.), « Qualifier ou l'entre-deux du droit », *La diversité du droit. Mél. J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, spéc. n° 16.

¹⁶⁵⁰ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 102 ; BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 334, n° 265 ; CAYLA (O.), « La qualification », art. préc. ; JESTAZ (PH.), « La qualification en droit civil », *Droits*, 1993, p. 47 ; SÉRIAUX (A.), « Qualifier ou l'entre-deux du droit », art. préc., p. 1273, n° 9.

¹⁶⁵¹ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 104.

¹⁶⁵² BERGEL (J.-L.), « Variétés. Différence de nature (égale) différence de régime », art. préc.

¹⁶⁵³ IVANIER (TH.), « L'interprétation des faits en droit », *JCP G*, 1986, I 3235, n° 4.

existante parce qu'il en a la nature et en emprunt le régime »¹⁶⁵⁴. Le raisonnement du juge est donc caractérisé par un constant va-et-vient entre fait et droit, dont l'objet est la subsumption du phénomène factuel en un concept du droit afin de déterminer son régime¹⁶⁵⁵. Le raisonnement du juge reflète ainsi une dynamique particulière, qui implique de partir du cas concret vers la règle de droit abstraite afin de trouver une solution applicable au cas d'espèce¹⁶⁵⁶. La fonction du juge implique le traitement d'un fait à la lumière du droit, qui aboutit à la concrétisation de la règle de droit¹⁶⁵⁷.

426. L'identification des éléments constitutifs du lien familial suppose ainsi la réalisation d'un exercice dialectique qui conjugue la nature juridique et factuelle de la notion. La nature juridique est impliquée par le caractère institutionnel de la famille, qui suppose un ensemble systémique et organique de règles de droit créé par le législateur¹⁶⁵⁸. C'est ce caractère institutionnel qui détermine les éléments qui composent la famille, à travers les règles qui régissent le mariage, les modes de vie de couple, la filiation, l'autorité parentale, etc. Quant à la nature factuelle, elle implique la manière dont la famille se matérialise dans la réalité, ainsi que la façon dont elle évolue, selon les changements des principes, des mœurs et des pratiques propres au caractère privé et intime de la famille. Ce caractère factuel de l'unité conceptuelle de la notion de famille est saisi par le juge à partir des faits de l'espèce, qui lui sont apportés par les parties au travers de leur demande¹⁶⁵⁹.

427. Par ailleurs, la réalisation de la démarche déductive, qui consiste à prononcer la décision et à faire produire ou non l'effet juridique attaché au présupposé de la règle de droit¹⁶⁶⁰, permet au juge de révéler, c'est-à-dire de faire connaître aux autres, le résultat de l'identification des éléments constitutifs du concept de lien familial dans les motifs de son jugement, ainsi que la manière dont il appréhende le sens de la notion de famille, laquelle n'est pas définie par le législateur.

428. Etapes de la qualification et mise en évidence d'un élément objectif et d'un élément subjectif. L'identification des éléments de l'unité conceptuelle de la notion de famille a donc lieu dans l'opération de qualification du lien familial, laquelle est constituée de deux

¹⁶⁵⁴ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 239, n° 181.

¹⁶⁵⁵ BERGEL (J.-L.), « Différence de nature égal différence de régime », art. préc., n° 1 et s.

¹⁶⁵⁶ BERGEL (J.-L.), « Méthodologie juridique », *op. cit.*, p. 135.

¹⁶⁵⁷ IVANIER (TH.), « L'interprétation des faits en droit », *JCP G*, 1986, I 3235, n° 4.

¹⁶⁵⁸ BERGEL (J.-L.), « Théorie générale du droit », *op. cit.*, p. 212, n° 158 et s.

¹⁶⁵⁹ V. *supra*. n° 102.

¹⁶⁶⁰ CADIET (L.), JEULAND (E.), *op. cit.*, p. 88, n° 79.

étapes qui permettent de mettre en évidence l'existence d'un élément objectif et d'un élément subjectif : dans la première étape, le juge détermine la règle applicable au cas d'espèce. À ce stade, il identifie l'élément objectif constitué par un ensemble de caractères issus de la règle d'ordre public familial qui déterminent les conditions de formation du lien familial, reflètent la conception de la famille retenue par le droit et modèlent le lien familial (Titre 1). Dans la seconde étape, le juge interprète les faits de l'espèce à la lumière de la règle de droit retenue. À ce stade, il identifie l'élément subjectif qui réside dans la volonté caractérisée de constituer une famille, en acceptant tous ses effets et ses conséquences et que nous appellerons *animus familiae*, lequel constitue le fondement du lien familial (Titre 2).

- Titre I Un lien familial modelé par les caractères issus de la règle d'ordre public familial

- Titre II Un lien familial fondé sur la volonté caractérisée de constituer une famille ou *animus familiae*

Titre 1 Un lien juridique modelé par les caractères issus de la règle d'ordre public familial

429. Le lien familial doit être considéré comme un lien juridique¹⁶⁶¹, puisqu'il est déterminé par des conditions de formation fixées par la loi pour établir une situation juridique de nature familiale.

¹⁶⁶¹ V. sur la notion de « lien de droit », JEULAND (E.), « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455 ; Selon le *Vocabulaire juridique*, un lien est un « rapport juridique unissant deux ou plusieurs personnes en vertu d'un acte ou d'un fait juridique (lien conjugal, lien de parenté ou d'alliance, etc.) qui est à la fois effet de droit (ex. l'obligation lien de droit, *vinculum juris*, entre créancier et débiteur, né d'un contrat ou d'un délit) et situation juridique, source de droits et d'obligations (ex. droits et devoirs attachés au lien de filiation ou au lien d'instance)».

Cette définition nous permet d'identifier plusieurs éléments caractéristiques du lien juridique. D'abord, il est reconnu et régi par le droit, car il naît à partir d'un acte ou d'un fait juridique. Le lien serait ainsi leur conséquence. De plus, le lien a pour fonction de créer une situation juridique nouvelle en unissant deux ou plusieurs personnes ou une chose qui sont désormais liées pour une durée déterminée ou indéterminée. Ces personnes ou la chose ne sont plus considérées uniquement dans leur individualité, car elles font désormais partie d'un ensemble. Les personnes unies par un lien ont donc un rôle dans une situation juridique : elles sont créancier et débiteur, parent et enfant, époux, parties à l'instance, cocontractants, employé et employeur, etc. De plus, cette union établie par le lien juridique entraîne des conséquences qui modifient l'ordonnement juridique des personnes concernées. En effet, il produit des effets juridiques, tels que des droits – le créancier a un droit de créance à l'égard de son débiteur - et des obligations – le débiteur doit s'acquitter de son obligation à l'égard du créancier -, et peut aussi entraîner des modifications dans leur état civil – l'inscription du nom de la mère sur l'acte de naissance de l'enfant.

Dès lors, le lien juridique est omniprésent dans le droit et permet d'expliquer d'autres notions (E. Jeuland., « L'énigme du lien de droit », art. préc., n° 1), telles que l'obligation et l'instance. L'analyse de ces définitions pourrait nous faire croire que la notion de lien juridique est une notion générique, dépendante et secondaire (*Ibid.*, n° 2). Si elle permet d'expliquer d'autres notions, il ne serait pas nécessaire de la définir en raison de son sens évident. Toutefois, des efforts pour connaître sa substance afin de dégager une définition ont été réalisés. En ce sens, le Professeur Emmanuel Jeuland a pu dégager une définition de lien de droit. Pour ce faire, il a tout d'abord constaté la pluralité des liens juridiques existants : il y a des liens qui unissent des choses – le lien de causalité ou le lien de l'accessoire au principal-, et des liens qui unissent des personnes – l'obligation, la filiation, le contrat- et des liens qui unissent une personne et une chose – le droit réel (*Ibid.*, n° 3). Ensuite, il a identifié les caractères du lien juridique.

Ainsi, le lien serait un attachement incorporel, car il unit deux ou plusieurs personnes ou choses. C'est pourquoi l'image du lien renvoie à une corde et même parfois à une chaîne. Elle matérialise le *vinculum juris* de la définition de l'obligation de Gaius. Cependant, le lien qui unit des personnes n'est pas le même lien qui unit des choses. L'adage de Loysel « on lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles » prend alors tout son sens. En effet, le lien qui unit des personnes résulte de la manifestation de leur volonté, alors que le lien qui unit des choses serait un simple accrochage (*Ibid.*, n° 6). Selon l'expression du Professeur Jeuland, la reconnaissance d'une altérité constitue l'autre caractère du lien de droit. Le lien existerait entre deux personnes dès lors qu'il y a une reconnaissance de leurs différences. Le lien implique alors l'union de deux personnes séparées, écartées ou différentes « qui ne se laissent pas indifférentes » (*Ibid.*, n° 8). Il implique donc l'union de personnes différentes qui reçoivent des appellations différentes – le créancier, le débiteur ; le demandeur, le défendeur, le juge ; le père, le fils, etc. – et exercent un rôle différent en fonction de la situation juridique à laquelle elles sont rattachées (*Ibid.*, n° 9).

C'est donc à partir de l'attachement ou l'accrochage et de l'altérité ou la distance, critères sans doute opposés, que l'auteur essaie d'établir une synthèse : « le lien de droit unit des personnes qui se reconnaissent différentes tout en ayant des points d'accrochage, de ressemblance et de dépendance » (*Ibid.*, n° 12). Si la distance et la différence sont nécessaires, car le lien unit deux personnes qui restent des individus différenciés après la constitution du lien, ce dernier suppose un attachement qui peut être personnel et/ou matériel. C'est ainsi que l'auteur propose la définition suivante du lien de droit : « il s'agit d'une distance de reconnaissance entre deux personnes comprenant un accrochage qui se maintient dans le temps. Ces éléments d'accrochages doivent être

L'étude des sources du lien familial menée précédemment a montré que ce lien était principalement régi par la loi, laquelle détermine les liens familiaux existant dans l'ordonnement juridique et fixe les conditions de leur formation. La loi détermine ainsi la famille à travers des conditions de formation de fond qui permettent d'identifier des caractères spécifiques issus de la règle d'ordre public familial. Ces caractères, qui modèlent le lien familial, révèlent l'emprise de l'ordre public de direction sur l'établissement ou la reconnaissance du lien familial et constituent un premier élément du concept de lien familial.

430. Cependant, nous l'avons vu aussi¹⁶⁶², la jurisprudence joue un rôle considérable, notamment lorsque le juge décide d'admettre la création ou la reconnaissance d'un lien contraire à la loi. Si ce lien ne remplit pas les conditions de formation fixées par la loi, le juge peut tout de même considérer qu'il s'agit d'un véritable lien familial. L'établissement de ce lien familial *contra-legem* est toutefois exceptionnel. Il résulte de l'exercice d'un acte jurisprudentiel, lequel est lui aussi exceptionnel¹⁶⁶³. Ainsi, le juge est amené à outrepasser les conditions de formation du lien familial fixées par la loi en raison des caractéristiques propres au cas concret, telles que la présence d'un élément d'extranéité¹⁶⁶⁴ ou l'appréciation, à partir des circonstances de fait de l'espèce, d'une atteinte disproportionnée, engendrée par l'application de la règle de droit, aux droits fondamentaux des parties au regard du but légitime poursuivi par la disposition qui interdit le lien familial¹⁶⁶⁵. L'admission exceptionnelle de ces liens *contra-legem* a permis de constater l'existence d'un second élément de l'unité conceptuelle de la notion de famille : la conformité du lien familial aux droits fondamentaux des parties. Mais il n'est pas au même niveau que le précédent : il ne s'agit jamais que d'une variable d'ajustement. Si ces liens ainsi reconnus sont de véritables liens familiaux, ils sont des liens accidentels ou exceptionnels.

431. La création ou la reconnaissance de ces liens ne remet pas en cause les conditions et les caractères du lien familial posés par la règle de droit d'ordre public familial, bien qu'ils puissent être écartés au nom du respect des droits fondamentaux.

observés dans chaque lien de droit particulier » (*Ibid.*, n° 13). Les droits et les obligations qui caractérisent une situation juridique résultent du fait que les personnes sont liées par un lien de droit. Le lien serait alors antérieur à ces droits et obligations. Ces derniers peuvent avoir lieu en raison du lien de droit (*Ibid.*, n° 25). Le lien de droit aurait lieu avant l'établissement des droits et des obligations.

¹⁶⁶² V. *supra.* n° 374 et s.

¹⁶⁶³ V. *supra.* n° 301 et s.

¹⁶⁶⁴ C'est notamment le cas lorsque le juge doit reconnaître un mariage bigame célébré valablement à l'étranger entre deux personnes dont la loi personnelle admet ce type de lien ; v. *supra.* n° 378.

¹⁶⁶⁵ C'est le cas lorsque le juge exerce un contrôle de proportionnalité *in concreto* (V. *supra.*, n°s 336 et s.). Le juge judiciaire a pu valider le mariage célébré entre la bru et le beau-père sans opposition ayant duré vingt ans (V. *supra.* n°381), ainsi que la double filiation incestueuse au nom de l'intérêt de l'enfant (V. *supra.* n°389), etc.

432. Ainsi, lorsque le juge réalise l'opération de qualification, il identifie les caractères issus de la règle d'ordre public familial (Chapitre I) et vérifie que le lien familial demandé présente ces caractères, lesquels sont révélés dans les motifs de sa décision (Chapitre II).

Chapitre I L'identification des caractères issus de la règle d'ordre public familial

433. L'opération de qualification permet au juge d'identifier l'élément objectif de l'unité conceptuelle de la notion de famille qui comprend l'ensemble des caractères issus de la règle d'ordre public familial. Le juge identifie cet élément lorsqu'il réalise la première étape de l'opération de qualification, laquelle consiste à déterminer la règle de droit applicable à l'espèce, qui constitue la majeure du syllogisme. Il est alors confronté à la nature d'ordre public de cette règle (section préliminaire) de laquelle découlent des caractères constants : la bilatéralité et l'exclusivité (Section 1), l'interdiction de l'inceste (Section 2) et l'indifférence de l'altérité sexuelle (Section 3)

Section préliminaire – La règle d'ordre public familial, majeure du syllogisme et élément objectif de l'unité conceptuelle

434. Une fois que le juge est saisi de la prétention des parties, il doit déterminer la règle de droit applicable en l'espèce afin d'être en mesure de rendre son jugement. La détermination de la règle de droit implique la recherche de la prémisse majeure du syllogisme dans l'ensemble de l'ordre juridique positif¹⁶⁶⁶. Le juge se livre alors à des expériences qui consistent à produire et à analyser des hypothèses de « règles possibles »¹⁶⁶⁷. La règle ne deviendra *précise* et définitive qu'une fois qu'il aura opéré la seconde étape de la qualification, impliquant l'interprétation des faits de l'espèce¹⁶⁶⁸.

La recherche de la « règle possible » est facilitée par les catégories juridiques existantes¹⁶⁶⁹. Cette recherche se fait de façon inductive, du général au particulier, en partant de grands groupes de règles concernant une matière vers une catégorie juridique plus restreinte,

¹⁶⁶⁶ D'après Henry Motulsky, cette recherche commence à partir de l'application d'un « syncrétisme juridique » (H. Motulsky, « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », *op. cit.*, n°52 ; v. aussi, Th. Ivanier, art. préc., n° 14 et s.) qui implique partir de la « connaissance immédiate » du juge, qui comprend les faits de l'espèce, des éléments de droit qu'il maîtrise en raison de sa formation, de son expérience et en général, de ses forces intuitives, vers une « connaissance discursive » qui contiendra la règle applicable (*ibid*).

MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », *op. cit.*, p. 50, n° 51 ; V. aussi IVANIER (TH.), art. préc., spéc. n° 28 et s.

¹⁶⁶⁷ MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », *op. cit.*, p. 50, n° 54.

¹⁶⁶⁸ V. *infra*. n° 610.

¹⁶⁶⁹ MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », *op. cit.*, p. 50, n° 54.

afin de trouver la « règle possible »¹⁶⁷⁰. L'application du « syncrétisme juridique » permet de raccourcir l'analyse, car il circonscrit le domaine où se trouve la « règle possible » par le biais de l'intuition¹⁶⁷¹. En effet, le juge peut déterminer la « règle possible » à partir de l'effet juridique recherché par les parties¹⁶⁷². Le juge part donc du cas concret pour aller vers la règle de droit abstraite¹⁶⁷³. Si le juge constate que l'effet juridique demandé par les parties n'est contenu au sein d'aucune règle, il peut les débouter.

435. Si la règle de droit constitue la prémisse majeure du syllogisme, elle est également l'élément normatif de l'unité conceptuelle de la notion de famille. En effet, elle reflète la conception de la famille retenue par le Droit et détermine la structure du lien familial¹⁶⁷⁴. Cependant, la règle qui compose l'élément juridique de l'unité conceptuelle de la notion de famille est une règle spéciale, à laquelle il ne peut pas être dérogée par une convention¹⁶⁷⁵. Il s'agit en effet d'une règle d'ordre public, laquelle reflète la dimension institutionnelle et sociale de la famille.

L'ordre public est une notion fuyante et indéterminée qui échappe à une définition¹⁶⁷⁶ rigide¹⁶⁷⁷. Envisagé par l'article 6¹⁶⁷⁸, ainsi que par l'article 1162¹⁶⁷⁹ du Code civil, l'ordre public est compris comme un standard¹⁶⁸⁰ du droit, dont la finalité est de limiter l'autonomie de la liberté des personnes¹⁶⁸¹. Le but de l'ordre public serait donc de garantir l'intérêt général¹⁶⁸²

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 54, n° 56.

¹⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 53, n° 56.

¹⁶⁷² *Ibid.*, p. 54, n° 57.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, p. 55, n° 57.

¹⁶⁷⁴ En ce sens, LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 10 et s.

¹⁶⁷⁵ C. civ., art. 6.

¹⁶⁷⁶ HAUSER (J.), « L'ordre public dans les relations de la famille », *Rapport français, in L'ordre public. Travaux de l'association H. Capitant*, Journées libanaises, tome XLIX, LGDJ, 1998, p. 475 et s.

¹⁶⁷⁷ M. Malaurie, dans sa thèse « L'ordre public et le contrat », a pu recenser près de vingt définitions de l'ordre public et y a ajouté la sienne : « l'ordre public représente le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité » (Thèse Paris, préface P. Esmein, p. 69, n° 99) ; CARBONNIER (J.), « Droit civil. Les biens. Les obligations », *op. cit.*, p. 2037, n° 984 ; GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », *in Les notions à contenu variable*, PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.) (Dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 77 ; CARBONNIER (J.), « Exorde », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle, op. cit.*, p. 2 ; TERRÉ (F.), « Rapport introductif », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle, op. cit.*, p. 3 ; MALAURIE (PH.), « Rapport de synthèse », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle, op. cit.*, p. 105 ; RACINE (J.-B.), « La diversité de l'ordre public », *in La diversité du droit. Mél. J. Sainte-Rose*, PUIGELIER (C.) (Dir.), Préf. F. TERRÉ, Bruylant, 2012, p. 1201 ; FAUVARQUE-COSSON (B.), « L'ordre public », *in 1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473.

¹⁶⁷⁸ « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹⁶⁷⁹ « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

¹⁶⁸⁰ GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », art. préc.

¹⁶⁸¹ V. Ordre public *in Vocabulaire juridique* ; DELEBECQUE (PH.), PANSIER (F.-J.), « Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat », 7^e éd., LexisNexis, Paris, 2016, p. 158, n° 189 ; GHESTIN (J.), « Traité de droit civil. La formation du contrat », T. I, 4^e éd., LGDJ, Lextenso Paris, 2013, p. 379, n° 515 et s ; BUFFELAN-LANORE

par la recherche continue d'un équilibre¹⁶⁸³ qui garantit le bon fonctionnement de la société¹⁶⁸⁴. De ce fait, l'ordre public englobe toutes les règles de droit de nature impérative, auxquelles les parties ne peuvent pas déroger à travers une convention¹⁶⁸⁵.

436. À cet égard, la famille, en tant qu'institution sociale¹⁶⁸⁶ et juridique¹⁶⁸⁷, est traditionnellement associée à un ordre public politique, lequel constitue l'ordre public classique¹⁶⁸⁸. Dès lors, les règles qui régissent la structure de la famille, c'est-à-dire les règles qui régissent le statut familial, sont d'ordre public et il ne peut y être dérogé par une convention¹⁶⁸⁹. En ce sens, trois auteurs ont pu relever que « les bases mêmes de la société seraient atteintes si les hommes pouvaient aménager les structures familiales autrement que le législateur ne l'a voulu »¹⁶⁹⁰. L'ordre public en matière familiale est donc éminemment directif¹⁶⁹¹. Toutefois, les rapports patrimoniaux entre les membres de la famille ne sont pas entièrement d'ordre public, car il est possible de passer des conventions afin de les

(Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Droit des obligations », 16 éd., édition par Virginie Larribau-Terneyre, Sirey, Université, Dalloz, 2018, p. 455, n° 1348.

¹⁶⁸² CARBONNIER (J.), « Droit civil. Droit des biens. Droit des obligations », *op. cit.*, p. 2037, n° 984 : L'idée générale est celle de la suprématie de la collectivité sur l'individu. L'ordre public exprime le vouloir-vivre de la nation qui menacerait certaines initiatives individuelles en forme de contrats. » ; GHESTIN (J.), « Traite de droit civil », *op. cit.*, p. 378, n° 513 : « Sa fonction essentielle est celle qui résulte de l'article 6 du Code civil, c'est-à-dire la limitation de la liberté contractuelle au nom de l'intérêt de la société » ; GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », art. préc., p. 82 : « L'ordre public a toujours pour fonction de faire prévaloir l'intérêt général. » ; MALAURIE (PH.), « Rapport de synthèse », p. 107 ; FABRE-MAGNAN (M.), « Droit des obligations », *Vol. I – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2016, p. 77, n° 66 ; PLANIOL (M.), cité in l'ordre public et le contrat, p. 263 : « une disposition est d'ordre public toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi » ; V. critique RACINE (J.-B.), « La diversité de l'ordre public », art. préc., p. 1212 : « L'ordre public ne se contente pas de protéger l'intérêt général... » « Il protège une multitude d'intérêts à géométrie variable. Limiter le rôle de l'ordre public à la protection de l'intérêt général, c'est une fois encore le cantonner à un mécanisme exceptionnel de préservation des principes essentiels de la société. L'ordre public protège également des intérêts collectifs ou catégoriels. Il protège aussi des intérêts privés ou individuels. »

¹⁶⁸³ TERRÉ (F.), « Rapport introductif », *op. cit.*, p. 9 et s., spéc. p. 12 : « L'ordre public, c'est d'abord, et avant tout, 'ce point central d'organisme' » ; DELEBECQUE (PH.), PANSIER (F.-J.), « Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat », *op. cit.*, p. 158, n° 189 : « [la notion d'ordre public] traduit la nécessité d'assurer un certain équilibre dans la société, voire d'imposer une certaine forme de société. »

¹⁶⁸⁴ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Les obligations », *op. cit.*, p. 455, n° 1348 ; MALAURIE (PH.), « L'ordre public et le contrat », *op. cit.*, p. 69, n° 99 « l'ordre public représente le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité ».

¹⁶⁸⁵ GHESTIN (J.), « Traité de droit civil. La formation du contrat », *op. cit.*, p. 379, n° 513 ; GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », art. préc., p. 82.

¹⁶⁸⁶ CARBONNIER (J.), « Droit civil. Droit des biens. Droit des obligations », *op. cit.*, p. 2038, n° 985.

¹⁶⁸⁷ *Ibid.*, p. 2039, n° 986 ; BÉNABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, TH. REVET (*Dir.*), Dalloz, 1996, p. 28.

¹⁶⁸⁸ CARBONNIER (J.), « Droit civil. Droit des biens. Droit des obligations », *op. cit.*, p. 2038, n° 985.

¹⁶⁸⁹ En ce sens, l'article 1387 du Code civil dispose que « les époux ne peuvent déroger ni aux devoirs ni aux droits qui résultent pour eux du mariage, ni aux règles de l'autorité parentale, de l'administration légale et de la tutelle » ; HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *op. cit.* n° 3 et 42.

¹⁶⁹⁰ AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É), FLOUR (J.), « Droit civil. Les obligations. T. 1 L'acte juridique », 16 éd., Université, Sirey, Dalloz, 2014, p. 292, n° 284.

¹⁶⁹¹ BÉNABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », art. préc., p. 30 ; LEMOULAND (J.-J.), HAUSER (J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *op. cit.*, n° 115.

organiser¹⁶⁹². Si ces rapports n'ont qu'une incidence indirecte sur ce que le législateur considère comme le statut familial et comme la famille¹⁶⁹³, il existe des règles régissant certaines institutions familiales, dont la réserve héréditaire, la prohibition des pactes sur succession future ou la renonciation à une créance alimentaire, qui sont d'ordre public¹⁶⁹⁴.

437. La libéralisation des règles du droit de la famille, ainsi que la faveur faite aux conventions pour régler les conflits intrafamiliaux et la recherche d'égalité entre ses membres, que ce soit entre les époux ainsi qu'entre les enfants¹⁶⁹⁵, ont affaibli la fonction de direction de l'ordre public familial et développé une fonction de protection des personnes vulnérables¹⁶⁹⁶. Pourtant, la fonction de direction de l'ordre public familial est toujours bien présente¹⁶⁹⁷ et l'intervention du ministère public dans le contentieux relatif au mariage ou à la filiation en témoigne¹⁶⁹⁸. De ce fait, certains auteurs considèrent que l'ordre public familial ne fait plus partie de l'ordre public politique, mais qu'il constitue un ordre public propre, relatif aux personnes et à la famille¹⁶⁹⁹. Ainsi, l'ordre public de la famille impliquerait une recherche continue d'équilibre entre d'une part, l'ordre public de direction, qui concerne les intérêts collectifs et vise au maintien et à la stabilité des institutions sociales et, d'autre part, l'ordre public de protection ; qui protège les intérêts privés des personnes, notamment ceux des personnes vulnérables, tels que les majeurs protégés et l'enfant.

438. Ainsi, la règle d'ordre public constitue l'essence de la famille : elle détermine ce qu'elle est, elle compose son fond, ses caractères et ses qualités. La famille est effectivement une institution, dont les contours sont déterminés par la règle d'ordre public familial¹⁷⁰⁰. Cette règle limite la volonté de *faire famille* et façonne donc la structure du lien familial afin de

¹⁶⁹² GHESTIN (J.), « Traite de droit civil », T. II « La formation du contrat », *op. cit.*, p. 103, n° 122.

¹⁶⁹³ GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », art. préc., p. 85.

¹⁶⁹⁴ CARBONNIER (J.), « Droit civil. Droit des biens. Droit des obligations », *op. cit.*, p. 2039, n° 985 ; BEUBRUN (M.), « Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006, in *Mél. G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 1 et s.

¹⁶⁹⁵ BÉNABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », art. préc. ; TERRÉ (F.), « Rapport introductif », art. préc., spéc. p. 4 ; MALAURIE (PH.), « Rapport de synthèse », art. préc., spéc. p. 111 ; GHESTIN (J.), « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », art. préc., spéc. p. 85 ; LEMOULAND (J.-J.), « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in *La diversité du droit. Mél. J. Sainte-Rose*, *op. cit.*, p. 729 ; FENOUILLET (D.), DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « La contractualisation de la famille », 2001, *Economica*.

¹⁶⁹⁶ BÉNABENT (A.), « L'ordre public en droit de la famille », art. préc., spéc. p. 31.

¹⁶⁹⁷ LEMOULAND (J.-J.), « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », art. préc.

¹⁶⁹⁸ LEBORGNE (A.), « Le ministère public partie principale à un contentieux de la filiation : réflexion sur la montée d'un ordre public de direction ? », in *Mél. J. Hauser*, *op. cit.*, p. 311.

¹⁶⁹⁹ HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *op. cit.*, n° 49.

¹⁷⁰⁰ LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *op. cit.*, n° 7.

préserver l'institution familiale¹⁷⁰¹. La règle de droit régit la structure du lien familial. Cette dernière est construite sur deux types de liens familiaux, les liens de couple et les liens de parenté. De même, l'architecture du lien familial est modelée à travers les conditions de fond, positives et négatives, nécessaires pour sa formation. Dès lors, un lien familial ne *doit* exister juridiquement que s'il est conforme à la règle qui régit sa constitution.

L'analyse des conditions relatives à la constitution du lien familial nous permet de distinguer les trois caractères issus de la règle d'ordre public familial que le juge reconnaît comme tels : la bilatéralité et l'exclusivité, l'interdiction de l'inceste et l'indifférence partielle de l'altérité sexuelle. La stabilité et l'efficacité des liens familiaux reposent sur ces caractères, qui constituent pour la plupart des empêchements à la constitution du lien familial. Ces derniers « émergent dans notre paysage juridique comme des totems. Nous savons que leur histoire remonte à la nuit des civilisations et nombreux sont ceux qui leur attribuent une origine quasi-sacrée »¹⁷⁰². Toutefois, la libéralisation de la famille, le changement des mœurs et l'influence des droits fondamentaux ont affaibli l'emprise de ces empêchements, jusqu'à les transformer et d'inverser leur sens. Si les caractères issus de la règle d'ordre public constituent des constantes des liens familiaux, ils ne sont pas immuables. Tel est le cas de la considération de sexe dans les liens familiaux, qui est passé d'une condition d'altérité sexuelle à une indifférence sexuelle considérée comme d'ordre public.

439. Ainsi, qu'il s'agisse des liens de couple ou des liens de parenté, il existe trois caractères communs, mais adaptés à chaque lien familial concerné : la bilatéralité et l'exclusivité (Section 1), l'interdiction de l'inceste (Section 2) et l'indifférence de l'altérité sexuelle (Section 3).

¹⁷⁰¹ LAMARCHE (M.), « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », *Dr. fam.* 2014, alerte 29.

¹⁷⁰² Pour les empêchements à mariage, V. NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », *in La liberté fondamentale du mariage, op. cit.*, p. 130.

Section 1 La bilatéralité et l'exclusivité dans le lien familial

440. L'analyse des conditions de fond des liens familiaux, régies par des règles d'ordre public familial, permet de considérer la bilatéralité et l'exclusivité comme un premier caractère qui détermine leur architecture et qui s'impose au juge lors de l'opération de qualification.

Ainsi, la bilatéralité¹⁷⁰³ implique qu'un lien familial a vocation à unir seulement deux personnes et son exclusivité suppose que ces deux personnes ne peuvent pas être unies à d'autres par un autre lien familial concurrent. En effet, le lien familial a une fonction généalogique, celle d'attribuer une place unique à un degré bien déterminé à la personne dans la famille¹⁷⁰⁴.

441. La bilatéralité et l'exclusivité des liens familiaux se présentent d'une manière différente selon qu'il s'agit d'un lien de couple (§1) ou d'un lien de parenté (§2).

§1 La bilatéralité et l'exclusivité dans les liens de couple

442. La bilatéralité et l'exclusivité du lien familial sont fondées sur la condition de monogamie applicable au lien matrimonial constitué en France et à l'étranger par un Français. La monogamie¹⁷⁰⁵ constitue un principe dans le lien matrimonial issu de la société et de la tradition juridique occidentale¹⁷⁰⁶. Elle découle plus d'une tradition, dont l'existence peut être déjà constatée en droit romain, que d'une conception religieuse et chrétienne du mariage. Cette condition est assortie d'une interdiction légale et jurisprudentielle de bigamie et de polygamie dans le lien matrimonial (A). La bilatéralité et l'exclusivité constituent aussi un caractère du lien entre partenaires passés et entre concubins (B).

¹⁷⁰³ V. « Bilatéralité » in *TLFi, site du CNRTL* : « Qui a deux cotés. » « Qui se rapporte à deux côtés symétriques; qui présente deux côtés symétriques. »

¹⁷⁰⁴ LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 17.

¹⁷⁰⁵ V. « Monogamie », in *Vocabulaire juridique* : « Système juridique dans lequel un homme ou une femme ne peut avoir plusieurs conjoints en même temps. »

¹⁷⁰⁶ ANDREO (G.), « Bigamie et double ménage », *RTD civ.* 1991, p. 263 ; BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 31, n° 146 ; CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs essais, Flammarion, 1996, p. 268 ; CARBONNIER (J.), « Terre et ciel dans le droit français », in *Écrits*, VERDIER R. (*Dir*), PUF, 2008, p. 219 ; LAMARCHE (M.), LEMOULAND (J.-J.), « Mariage (2^o conditions de formations) », *op. cit.*, n° 34 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 155, n° 218 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 59, n° 51.

A. La condition de monogamie dans le lien matrimonial

443. La monogamie¹⁷⁰⁷ est une condition de formation du lien matrimonial d'ordre social édictée à l'article 147 du Code civil : « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier ». La dissolution peut avoir lieu par divorce, par décès¹⁷⁰⁸ ou par déclaration d'absence de l'un des époux¹⁷⁰⁹. Ainsi, la monogamie apporte la stabilité au couple marié, ainsi qu'à la famille qu'il fonde, car elle garantit l'égalité des enfants et la paix de familles¹⁷¹⁰.

Dès lors, la célébration d'un mariage bigame ou polygame est interdite sur le territoire français. Cette interdiction a un caractère bilatéral¹⁷¹¹, car elle s'impose non seulement aux français, mais également aux étrangers résidant en France, malgré le fait que leur loi personnelle accepte le mariage bigame ou polygame¹⁷¹².

À cet effet, la loi établit des mécanismes pour éviter la réalisation d'un mariage bigame¹⁷¹³ ou polygame, à travers la vérification des actes de naissance des prétendants, dont les copies intégrales qu'ils doivent présenter ne doivent pas dater de plus de trois mois ou de six mois si elles ont été délivrées dans un consulat¹⁷¹⁴ et par l'opposition à mariage qui peut être formée par l'époux marié avec l'une de deux parties contractantes¹⁷¹⁵.

444. Les sanctions du mariage bigame ou polygame. En dépit de l'existence de ces mécanismes préventifs, un mariage bigame ou polygame peut être célébré en France, notamment par négligence de l'officier de l'état civil.

Le mariage contracté en contravention de cette prohibition est alors frappé d'une nullité absolue, dont le délai de prescription est de trente ans¹⁷¹⁶. De ce fait, le droit civil retient une

¹⁷⁰⁷ CARBONNIER (J.), « Terre et ciel dans le droit français », art. préc., p. 217 : « Le mariage français est une union *unique*. » ; NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », art. préc., p. 132.

¹⁷⁰⁸ C. civ. art. 227.

¹⁷⁰⁹ C. civ., art. 128, al. 3 : « Le conjoint de l'absent peut contracter mariage ».

¹⁷¹⁰ NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », art. préc., p. 132 : « La monogamie du couple assure la stabilité de la famille et une meilleure prise en charge des enfants. Elle permet d'éviter que ceux d'une épouse soient mieux traités que ceux d'une autre ; elle réduit les luttes domestiques et les rivalités au sein du foyer familial. »

¹⁷¹¹ ROMANO (G.-P.), art. préc., spéc. n° 22-23.

¹⁷¹² ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 62, n° 92.

¹⁷¹³ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 115, n°s 218 et s. ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 116, n° 118.

¹⁷¹⁴ C. civ., art. 70.

¹⁷¹⁵ C. civ., art. 172.

¹⁷¹⁶ C. civ., art. 184.

conception objective de la bigamie¹⁷¹⁷, laquelle implique une analyse formelle et chronologique de la validité du mariage¹⁷¹⁸. Le premier mariage est valable jusqu'à sa dissolution. Une fois que celui-ci est dissout, le second mariage pourra être célébré et sera valable jusqu'à sa dissolution. Si tel est le cas, le troisième mariage pourra être et sera également valable jusqu'à sa dissolution.

La finalité de cette conception est d'éviter les bigamies successives¹⁷¹⁹. La loi octroie ainsi au premier époux le droit d'agir en nullité du second mariage¹⁷²⁰. L'époux a donc une action en nullité attitrée qu'il devra exercer avant le prononcé de son divorce, car si l'action est intentée postérieurement, il devra justifier d'un intérêt à agir¹⁷²¹. Si la nullité évoquée concerne en principe le second mariage, lorsque les nouveaux époux opposent la nullité du premier mariage, la demande concernant la validité de ce dernier doit être traitée prioritairement¹⁷²². En ce sens, sur le fondement de l'article 189 du Code civil, appliqué pour la première fois depuis 1804¹⁷²³, la Cour de cassation avait prononcé la cassation d'un arrêt d'une cour d'appel qui a rejeté la demande de sursis à statuer de la déclaration de bigamie aux motifs que la nullité du premier mariage ne pouvait pas régulariser *a posteriori* le second. La Cour considère que la question de la nullité du premier mariage devait être jugée préalablement¹⁷²⁴.

La bigamie engendre également des sanctions pénales¹⁷²⁵, non seulement pour la personne liée par un lien du mariage qui en contracte un autre, mais aussi pour l'officier de l'état civil ayant célébré l'union en connaissance de cause¹⁷²⁶.

445. L'affaiblissement de l'interdiction du mariage bigame ou polygame.

L'interdiction du mariage bigame ou polygame fait l'objet d'un affaiblissement, d'une part par la prescription de l'action en nullité, qui est portée à trente ans à partir de la célébration du

¹⁷¹⁷ RAOUL-CORMEIL (G.), «La conception objective de la bigamie, cause de nullité absolue du mariage », *D.* 2012, p. 258.

¹⁷¹⁸ HAUSER (J.), « Où deux fois deux moitiés identiques font un tiers ! », *RTD civ.* 2004, p. 267.

¹⁷¹⁹ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 669, n° 1509.

¹⁷²⁰ C. civ., art. 187.

¹⁷²¹ Civ. 1^{re}, 12 avr. 2012, n° 11-1111, *RLDC* 2012, 40, obs. E. Pouliquen.

¹⁷²² C. civ., art. 189.

¹⁷²³ RAOUL-CORMEIL (G.), «La conception objective de la bigamie, cause de nullité absolue du mariage », art. préc.

¹⁷²⁴ Civ. 1^{re}, 26 oct. 2011 : *Bull. civ. I*, n° 187 ; *JCP* 2012, 1237, obs. M. Bruggeman ; *AJ fam.* 2011, p. 613, obs. F. Chénédy ; *D.* 2012., 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *Dr. fam.* 2012, comm. 2, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2012, Pan. p. 971, obs J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *D.* 2012, p. 258, note G. Raoul-Cormeil.

¹⁷²⁵ BONFILS (PH.), GALLARDO (E.), « Bigamie », *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, Dalloz, n° 4 et s.

¹⁷²⁶ C. pén., art. 433-20 : « Le fait, pour une personne engagée dans les liens du mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. »
« Est puni des mêmes peines l'officier public ayant célébré ce mariage en connaissant l'existence du précédent. »

mariage¹⁷²⁷ et, d'autre part, par la théorie du mariage putatif, qui constitue une exception spécifique¹⁷²⁸ à l'effet rétroactif du jugement de nullité du mariage au profit de l'époux qui a contracté mariage de bonne foi¹⁷²⁹. Dans ce cas, la nullité du mariage ne produira des effets que pour l'avenir, tel un divorce¹⁷³⁰.

De même, l'affaiblissement de la condition de monogamie paraît trouver sa source dans l'évolution du divorce. D'abord, par la conception *in concreto* du manquement au devoir de fidélité entre les époux. En effet, depuis la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975, portant réforme du divorce, l'adultère n'est plus une cause péremptoire et c'est au juge de déterminer si l'adultère constitue une faute grave. Ensuite, par le « droit au divorce »¹⁷³¹ consacré par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004, relative au divorce, à travers le divorce pour altération définitive du lien conjugal¹⁷³². Ce « droit au divorce » paraît aussi conforté par la loi n° 2016-1547 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, laquelle a introduit le divorce par consentement mutuel sans juge. En effet, ces lois ont simplifié – peut-être même banalisé - la dissolution du mariage par le divorce¹⁷³³. Plus récemment, le Conseil constitutionnel semble avoir reconnu

¹⁷²⁷ C. civ., art. 184.

¹⁷²⁸ Il existe des exceptions générales au principe de l'effet rétroactif du jugement de nullité du mariage. En effet, en matière de nationalité, l'article 21-5 du Code civil dispose que la nullité du mariage prononcé par un juge français ou étranger ne rend pas caduque la déclaration de nationalité du conjoint de bonne foi. De même, l'article 21-6 du Code civil écarte l'incidence de la nullité du mariage sur la déclaration de nationalité des enfants du couple. De même, la nullité du mariage ne produit pas ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi (C. civ., art. 202, al. 1^{er}).

¹⁷²⁹ C. civ., art. 201.

¹⁷³⁰ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 694, n° 1577.

¹⁷³¹ V. en ce sens, BRUSORIO (M.), « La nouvelle physionomie du divorce », *JCP N*, 2004, 1451 ; BONNET (V.), GOUTTENOIRE (A.), « Divorce : procédure », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 313 ; FENOUILLET (D.), « La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille ! », *AJ fam.* 2001, p. 82 ; LEMOULAND (J.-J.), « La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.* 2004, p. 1825 ; HAUSER (J.), « Cas de divorce. Généralités », *J. Cl. C. civ.*, art. 229, Fasc. unique, n° 4 ; PIERATTI (G.), « Un point de vue sur la réforme du divorce : le XX^e siècle témoin de l'affaiblissement du mariage et de l'apparition d'un droit au divorce », *LPA* 2004, n° 76, p. 3 ; Si le Conseil constitutionnel, dans une décision du 29 juillet 2016 (Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC : JurisData n° 2016-014798) a consacré « liberté de mettre fin aux liens familiaux » (J.-R. BINET, « Conformité à la Constitution de l'article 274, 1° du Code civil : consécration d'une liberté constitutionnelle de divorcer » *Dr. fam.* 2016, comm. 194 ; A. GOUÉZEL, « Réflexions sur la « liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. fam.* 2017, étude 19), la Cour européenne des droits de l'homme refuse de considérer l'existence d'un droit au divorce au regard des articles 8 et 12 de la Convention (CEDH, 18 déc. 1986, n° 9697/82, Johnston et a. c/ Irlande ; CEDH, 22 nov. 2016, n° 8923/12, Andrzej Piotrowski c/ Pologne ; V. plus récemment CEDH, 10 janv. 2017, n° 1955/10, Babiarz c/ Pologne ; *Dr. fam.* 2017, comm. 58, obs. J.-R. Binet).

¹⁷³² C. civ., art. 237 et 238.

¹⁷³³ En ce sens, NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », art. préc., p. 133 : « Le principe monogamique demeure certes un empêchement fondamental. Cependant il n'empêche plus rien. Il est vidé de sa substance. »

l'existence d'une « liberté de mettre fin aux liens du mariage » en tant que composante de la liberté personnelle¹⁷³⁴.

B. La bilatéralité et l'exclusivité du lien entre partenaires pacsés et entre concubins

446. La bilatéralité et l'exclusivité du lien entre partenaires. La bilatéralité et l'exclusivité constituent également des caractères du lien entre partenaires pacsés¹⁷³⁵. Le Code civil établit une condition d'exclusivité pour la formation du Pacs dans son article 515-2. En effet, à peine de nullité, il ne peut y avoir de Pacs entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage, ainsi qu'entre deux personnes dont l'une au moins est déjà liée par un pacte civil de solidarité. La célébration d'un mariage par une personne unie par un partenaire pacsé entraîne la dissolution du Pacs à la date de l'événement¹⁷³⁶. En revanche, la conclusion d'un Pacs par un époux n'entraîne pas la dissolution du mariage, ce dernier ne pouvant être dissout que par le divorce, par décès¹⁷³⁷ ou par déclaration d'absence de l'un des époux¹⁷³⁸.

Ces dispositions sont une transposition des règles relatives à l'interdiction de la bigamie dans le mariage, qui constituent des empêchements d'ordre moral et social¹⁷³⁹, lesquels démontrent bel et bien la nature personnelle et institutionnelle du Pacs¹⁷⁴⁰.

447. La sanction de la « polypacsie »¹⁷⁴¹. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999, a affirmé que la nullité prévue par l'article 515-2 du Code civil est une

¹⁷³⁴ Cons. const. 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC ; *D.* 2016, p. 1649 ; *AJ fam.* 2016, p. 542, obs. S. David ; *ibid.*, p. 410, obs. A.-R. ; *Constitutions* 2016, p. 534 ; *RTD civ.* 2016, p. 826, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2016, comm. 194, note J.-R. Binet ; v. aussi GOUËZEL (A.), « Réflexions sur la 'liberté de mettre fin aux liens du mariage' », *Dr. fam.* 2017, étude 19.

¹⁷³⁵ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 223, n° 368 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », p. 315, n° 359.

¹⁷³⁶ C. civ., art. 515-6 ; Selon MM. Malaurie et Fulchiron « la loi prohibe la 'polypacsie' ; mais il est facile de répudier son partenaire pour contracter un nouveau Pacs » (Ph. Malaurie, H. Fulchiron, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 223, n° 368).

¹⁷³⁷ C. civ. art. 227.

¹⁷³⁸ C. civ., art. 128, al. 3 : « Le conjoint de l'absent peut contracter mariage ».

¹⁷³⁹ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Le Pacte civil de solidarité », *J. Cl.*, C. civ., art. 515-1 à 515-7, Fasc. unique, LexisNexis, n° 38 et s ; TERRÉ (F.), « Histoire d'une loi », *Dr. fam.* 1999, Hors série, n° 7, p. 29.

¹⁷⁴⁰ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 237, n° 452 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 73 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 223, n° 368 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », p. 315, n° 359.

¹⁷⁴¹ MALAURIE (PH.) FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 223, n° 368.

nullité absolue¹⁷⁴². Dès lors, le délai de prescription, en l'absence de toute disposition, est de cinq ans¹⁷⁴³, alors que celui du mariage est de trente ans.

L'effectivité de cette interdiction a pu être qualifiée de faible¹⁷⁴⁴ en raison du défaut de sanction pénale, contrairement à ce qui est prévu pour le mariage, à l'encontre du partenaire pacsé bigame et de l'officier de l'état civil ou du notaire qui enregistre la convention. Ce défaut est, pour certains, critiquable, notamment car il paraît résulter plus d'une inattention du législateur que d'un choix délibéré. En effet, la « polypacsie » devrait être considérée comme une infraction pénale, peu important le mode de vie du couple concerné¹⁷⁴⁵.

448. La bilatéralité et l'exclusivité dans le lien entre concubins. La définition posée par l'article 515-8 du Code civil, qui implique que le concubinage est une union « entre deux personnes », ne mentionne aucunement une obligation d'exclusivité du concubinage¹⁷⁴⁶. De plus, le concubinage étant une situation de fait, les concubins ne sont tenus d'aucune obligation, telle qu'une obligation de fidélité. Cependant, afin de pouvoir être qualifiée de concubinage, la relation entre les concubins doit être stable et continue.

À cet égard, certains considèrent que la condition de stabilité implique une exclusivité de la relation¹⁷⁴⁷ qui peut s'apparenter à la condition monogamique du mariage¹⁷⁴⁸. La seule sanction envisageable pour la relation de fait non exclusive serait le refus de la qualifier de concubinage par le juge. Telle a été la solution retenue par la cour d'appel de Montpellier, laquelle a refusé de qualifier de concubinage la relation entre un homme et une femme qui

¹⁷⁴² Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419., cons. 27 ; *Dr. fam.* 1999, n° spécial 12 ter, p. 46, obs. G. Drago ; *D.* 2000. Somm. 424, obs. Garneri ; *D.* 1999, chron. p. 483, note J.-J. Lemouland ; *JCP* 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; *ibid.* 26 juill. 2000, obs. Mathieu et Verpeaux ; *JCP N* 2000, 270, comm. N. Molfessis ; *JCP G* 1999, n° 43, act. p. 1909, note J. Rubellin-Devichi ; *LPA* 1999, p. 6, comm. J.-E. Shoettl.

¹⁷⁴³ C. civ., art. 2224 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 79.

¹⁷⁴⁴ SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 60, n° 53.

¹⁷⁴⁵ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 80 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 61, n° 53.

¹⁷⁴⁶ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 73 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 195, n° 315 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 61, n° 54.

¹⁷⁴⁷ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 32, n° 80.

¹⁷⁴⁸ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 45 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 195, n° 315 ; La relation entre deux femmes et un homme et peut pas être qualifiée de concubinage (Crim. 8 janv. 1985, n° 82-92.753 ; *Bull. crim.* n° 12 ; *JCP* 1986. II 20588, note G. Endréo) ; « La cohabitation d'un homme et d'une femme qui sont d'accord pour que chacun ait, en même temps, les maîtresses ou les amants qui lui plaisent, n'est jamais, même si elle dure un certain temps, qu'une aventure et ne peut être considérée comme un concubinage ayant une certaine stabilité » (Montpellier, 8 janv. 1982, *D.* 1983, p. 607, note O. Dhavernas) ; la relation entre l'amant et la maîtresse qui constitue une relation précaire et ne peut pas être qualifiée de concubinage (CA Toulouse, 23 janv. 2001 : *JurisData* n° 2001-137248 ; *Dr. fam.* 2001, comm. 69, H. Lécuyer) ; Toutefois la Cour de cassation a pu prendre une position plus souple, en affirmant « que les rapports que la mère a pu avoir avec d'autres pendant la période légale de la conception sont sans incidence sur la stabilité et la continuité des relations de la mère et du père prétendu ; qu'ils ne sont pas dès lors exclusifs de l'état de concubinage » (Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1986, n° 84-14.200 ; *Bull. civ.* I, n° 189).

étaient d'accord pour que chacun ait, en même temps, les maîtresses ou les amants qui lui plaisent. La cour a alors affirmé qu'une telle relation n'était qu'une aventure¹⁷⁴⁹.

§ 2 La bilatéralité et l'exclusivité dans les liens de parenté

449. Les liens de parenté, qui renvoient aux liens de filiation et rattachent l'enfant soit à sa mère, soit à son père¹⁷⁵⁰, présentent aussi les caractères de bilatéralité et d'exclusivité. Ces derniers permettent d'assurer la stabilité de la filiation, qui, avec l'égalité et la vérité, fait partie de « la devise à inscrire sur le fronton du nouveau droit de la filiation »¹⁷⁵¹, issu de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, portant réforme de la filiation et de la loi n° 2009-61 de ratification du 16 janvier 2009. Dès lors, afin d'éviter les conflits de filiations, caractérisés par l'existence de plusieurs liens de filiation concurrents¹⁷⁵², la loi prévoit une interdiction d'établir à l'égard de l'enfant plus de deux liens de filiation – filiation maternelle et filiation paternelle -, ou d'être adopté par plus de deux personnes, sauf s'il s'agit de deux époux, peu important le sexe de ces derniers.

450. Ainsi, la bilatéralité et l'exclusivité déterminent la structure du lien de filiation fondé sur la procréation (A) et du lien de filiation d'adoptive (B).

A. La bilatéralité et l'exclusivité dans le lien de filiation fondé sur la procréation

451. La bilatéralité et l'exclusivité déterminent la structure du lien de filiation fondé sur la procréation. Ces caractères sont fondés sur l'article 320 du Code civil, qui dispose que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait ». Cet article introduit alors le principe chronologique¹⁷⁵³, qui fait prévaloir le premier lien de filiation établi sur un autre qui le

¹⁷⁴⁹ CA Montpellier, 8 janv. 1982 ; *D.* 1983, p. 607, note O. Dhavernas.

¹⁷⁵⁰ V. « Filiation », in *Vocabulaire juridique*.

¹⁷⁵¹ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 443, n° 941 ; FULCHIRON (H.), « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035 ; FULCHIRON (H.), « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.* 2013, p. 2958 ; En ce sens LE GUIDE (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 10.

¹⁷⁵² BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 337, n° 821.

¹⁷⁵³ V. Circ. ministère de la Justice, 30 juin 2006, de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, CIV 2006-13 C1/30-06-2006, B.O. Min. Justice, no 103, 1er juill.-30 sept. 2006, n° 1.2 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 365, n° 1074 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 308 n° 611 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1o généralités) », *op. cit.*, n°

contredirait, peu important la nature du lien de filiation concerné – paternel ou maternel-, le mode d'établissement de la filiation – par effet de la loi, par reconnaissance volontaire, par constatation de la possession d'état ou par un jugement résultant de l'exercice d'une action en établissement du lien de filiation – ou le mode de preuve – acte de naissance, acte de reconnaissance, acte de notoriété ou jugement¹⁷⁵⁴. Le principe de priorité de l'article 320 du Code civil est confirmé par l'article 314 du Code civil, en ce que la présomption de paternité peut être rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers¹⁷⁵⁵. Ainsi, le principe chronologique établit une parfaite articulation entre l'établissement de la filiation et la contestation du lien de filiation¹⁷⁵⁶.

452. Les difficultés d'application du principe chronologique. Cependant, si la finalité du principe chronologique est de stabiliser la filiation de l'enfant et de lui apporter une certaine sécurité juridique¹⁷⁵⁷, son application peut s'avérer compliquée, notamment au regard de la date du premier lien de filiation établi. Ainsi, plusieurs hypothèses sont signalées : lorsqu'il y a deux reconnaissances contraires survenues à des dates différentes, lorsqu'une reconnaissance prénatale a été effectuée et que le déclarant de la naissance donne des informations contradictoires sur la paternité ou la maternité et lorsqu'un acte de notoriété a été dressé alors qu'une reconnaissance contraire est réalisée. Dans ces cas, quelle est la date qu'il faut retenir ? À cet égard, pour assurer l'application du principe chronologique, il a été préconisé de mettre à l'écart le caractère déclaratif des actes fondant la filiation et de privilégier la date de leur transcription en marge de l'acte de naissance. C'est donc cette date qui déterminerait le lien prioritaire de filiation¹⁷⁵⁸.

453. Les sanctions du principe chronologique. Le manquement au principe chronologique impose, bien que de façon implicite, des sanctions. La première filiation établie rend irrecevable l'établissement d'une autre filiation. En effet, si une seconde filiation était

149 ; LE GUIDE (R.), CHABOT (G.), « Filiation (4^o contestation), *Rép. dr. civ.*, Dalloz, nos 11 à 17 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 480, n^o 601 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 491, n^o 551.

¹⁷⁵⁴ V. Circ. ministère de la Justice, 30 juin 2006, préc., n^o 1.2 ; LE GUIDE (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2^o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n^o 10 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 522, n^o 571 ; *ibid.* p. 684, n^o 714.

¹⁷⁵⁵ C. civ., art. 314.

¹⁷⁵⁶ LE GUIDE (R.), CHABOT (G.), « Filiation (4^o contestation), *op. cit.*, n^o 11.

¹⁷⁵⁷ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 452, n^o 962 et s.

¹⁷⁵⁸ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 690, n^o 720.

malgré tout établie, cette dernière serait alors nulle¹⁷⁵⁹. À cet égard, la circulaire du 30 juin 2006¹⁷⁶⁰ a apporté des éclairages sur cette sanction. Ainsi, lorsque la filiation est établie de façon extrajudiciaire, il se peut qu'un enfant dont la filiation a déjà été établie fasse l'objet d'une reconnaissance postérieure. Dans ce cas, l'officier de l'état civil doit la recevoir et établir l'acte de reconnaissance. Cependant, elle ne sera pas mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant, tant que la première filiation ne sera pas annulée. L'officier de l'état civil doit aviser le procureur de la République de l'existence de ce conflit de filiation. Ce dernier devra informer l'auteur de la reconnaissance de l'impossibilité de la mentionner en marge de l'acte de naissance de l'enfant, tant que le premier lien de filiation ne sera pas annulé par une décision devenue définitive.

De même, il se peut que le lien de filiation établi dans l'acte de naissance soit postérieur à une autre filiation contraire comme par exemple, une reconnaissance prénatale antérieure à la déclaration par le mari de la mère ou par un tiers. Dans ce cas, l'article 336-1 du Code civil dispose que lorsque l'officier de l'état civil a recueilli une reconnaissance volontaire prénatale dont les énonciations sont contredites par le déclarant de la naissance de l'enfant, l'officier de l'état civil doit établir l'acte à partir des informations reçues par le déclarant et faire état du conflit de filiation au procureur de la République. Ce dernier peut ainsi contester le lien de filiation dont les indices tirés des actes eux-mêmes rendent la filiation invraisemblable.¹⁷⁶¹

La solution conservatoire de l'acte de reconnaissance est considérée comme conforme à l'intérêt de l'enfant. En effet, si la première filiation est annulée à la suite de l'exercice d'une action en contestation, la reconnaissance pourra alors prendre effet de façon automatique, sans nécessiter de démarche supplémentaire¹⁷⁶².

De même, en cas d'établissement judiciaire de la filiation, l'existence d'un lien de filiation déjà établi constitue une fin de non-recevoir de toute action tendant à établir une filiation contradictoire¹⁷⁶³. En cas de demande de délivrance d'un acte de notoriété constatant la possession d'état, le juge d'instance doit, en vertu de ce principe, vérifier au préalable que l'enfant n'a pas déjà une filiation légalement établie à l'égard d'un tiers. Il peut ainsi se faire communiquer tout élément et notamment le livret de famille sur lequel figure l'extrait de l'acte de naissance de l'enfant¹⁷⁶⁴.

¹⁷⁵⁹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 366, n° 1074 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 686, n° 716.

¹⁷⁶⁰ Circ. ministère de la Justice, 30 juin 2006, préc., n° 1.2.

¹⁷⁶¹ C. civ., art. 336.

¹⁷⁶² TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 686, n° 716.

¹⁷⁶³ *Ibid.*, p. 685, n° 716.

¹⁷⁶⁴ Circ. ministère de la Justice, 30 juin 2006, préc., n° 1.2.

B. La bilatéralité et l'exclusivité dans le lien de filiation adoptive

454. La bilatéralité et l'exclusivité déterminent la structure du lien de filiation adoptive. Ces caractères sont fondés sur l'article 346 du Code civil, qui dispose que « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux ». L'adoption étant réservée en principe¹⁷⁶⁵ à un enfant en situation de vide familial¹⁷⁶⁶, cette règle a pour finalité d'éviter qu'un enfant soit rattaché à des personnes étrangères et de maintenir la lisibilité de sa filiation¹⁷⁶⁷.

455. L'exception de l'adoption de l'enfant du conjoint. La bilatéralité et l'exclusivité du lien de parenté en matière d'adoption sont confirmées par la règle qui autorise l'adoption de l'enfant du conjoint tant par l'adoption plénière¹⁷⁶⁸ que par l'adoption simple¹⁷⁶⁹. Dès lors, cette adoption n'est possible que lorsque l'enfant n'a un lien de filiation qu'à l'égard du conjoint, y compris lorsque ce lien a été établi par le biais d'une adoption plénière, et non pas à l'égard d'un autre parent. De même, lorsque l'autre parent s'est vu retirer totalement l'autorité parentale ou en cas de décès de l'autre parent, sans qu'il ait laissé d'ascendants au premier degré ou lorsque ceux-ci se sont manifestement désintéressés de l'enfant.

La faveur faite au mariage en matière d'adoption s'explique par la conviction de sa supériorité morale et par sa stabilité¹⁷⁷⁰, ainsi que par sa vocation filiale, qui se révèle par l'obligation des époux de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants¹⁷⁷¹, de diriger moralement et matériellement la famille et de pourvoir à l'éducation des enfants et de préparer leur avenir¹⁷⁷², ainsi que par son incidence sur la filiation à travers la présomption de paternité¹⁷⁷³. À cet égard, le *Rapport au nom de la Mission d'information sur la famille et les*

¹⁷⁶⁵ L'adoption de l'enfant du conjoint, appelée aussi adoption co-parentale, n'a pas pour finalité de donner une famille à un enfant, mais à renforcer et institutionnaliser un lien familial préexistant entre l'enfant et le conjoint du parent de ce dernier (H. Bosse-Platière, M. Schulz, « Filiation adoptive. Adoption co-parentale. Adoption de l'enfant du conjoint, *J. Cl.*, C. Civ., Art. 343 à 370-2, Fasc. 24, LexisNexis, n° 3).

¹⁷⁶⁶ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 401, n° 1012 ; Civ. 1^{re}, 13 déc. 1989, n° 88-15.655 ; *Deffrénois* 1990, 743, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1990, 273, rapp. J. Massip ; *RTD civ.* 1990, obs. J. Rubellin-Devichi ; *JCP G* 1990, II, 21526, note A. Sérieux : l'objet véritable de l'adoption est « de donner une famille à un enfant qui en est dépourvu ».

¹⁷⁶⁷ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.* p. 752, n° 776.

¹⁷⁶⁸ C. civ., art. 345-1, *in fine*.

¹⁷⁶⁹ C. civ., art. 360, al. 3.

¹⁷⁷⁰ BOULANGER (F.), « Réflexions sur la requête en adoption de couples de concubins (étude prospective) », *Dr. fam.* 2008, étude 20, n° 2.

¹⁷⁷¹ C. civ., art. 203.

¹⁷⁷² C. civ., art. 223.

¹⁷⁷³ C. civ., art. 312.

droits de l'enfant, déposé le 25 janvier 2006, estimait que le mariage offre un cadre sécurisant et protecteur de l'enfant qui a subi l'abandon de ses parents. Et ce, en raison de sa durabilité et de l'intervention de la justice en cas de dissolution¹⁷⁷⁴. C'est pourquoi l'adoption plénière, qui efface les liens de filiation d'origine de l'enfant, sauf à l'égard du parent lorsqu'il s'agit de l'adoption de l'enfant du conjoint¹⁷⁷⁵, est assimilée à la filiation en mariage¹⁷⁷⁶. Le mariage est alors considéré par le législateur comme le cadre le plus idoine pour l'accueil et l'intégration de l'enfant¹⁷⁷⁷. Il convient néanmoins de signaler que l'instauration du divorce par consentement mutuel sans juge¹⁷⁷⁸ affaiblit cet argument, la dissolution du mariage pouvant être désormais organisée par deux avocats et enregistrée par un notaire.

Cependant, il faut souligner que la règle édictée par l'article 346 du Code civil établit l'interdiction de l'adoption croisée par les nouveaux conjoints des parents biologiques de l'enfant. En effet, dans une décision du 12 janvier 2011, la première chambre de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel de Montpellier, qui avait fait droit à la demande d'adoption de l'enfant majeur par la nouvelle épouse de son père, car il avait déjà été adopté auparavant par le nouvel époux de sa mère. La Cour confirme la conventionalité de l'article 346 du Code civil en considérant que « le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet ni ne commande de consacrer par une adoption tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis »¹⁷⁷⁹.

456. L'interdiction pour les couples non mariés de recourir à l'adoption co-parentale.

Les autres formes de vie de couple - le Pacs¹⁷⁸⁰ et le concubinage¹⁷⁸¹ -, dont la dissolution est

¹⁷⁷⁴ BLOCHE (P.), Prés., PECRESSE (V.) Rapp., « Rapport au nom de la Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant », déposé le 25 janv. 2006, <http://www.assemblee-nationale.fr/12/pdf/rap-info/i2832.pdf>, p. 150 et s.

¹⁷⁷⁵ C. civ., art. 356.

¹⁷⁷⁶ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 463, n° 1359.

¹⁷⁷⁷ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 754, n° 777.

¹⁷⁷⁸ C. civ., art. 229-1 et s.

¹⁷⁷⁹ Civ. 1^{re}, 12 janv. 2011 n° 09-16.527 (n° 16 FS-P+B+I) ; *AJ fam.* 2011, p. 100, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2011, comm. 20 ; note C. Neirinck ; *JCP G* 2011, 415, H. Bosse-Platière et A. GouttENOIRE ; *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrecht ; *Justice* 2011, p. 149, rapp. F. Monéger ; *ibid.* 158, avis B. Pages ; *AJCT* 2011, p. 188, obs. I. Gallmeister ; *RTD civ.* 2011, p. 337, obs. J. Hauser.

¹⁷⁸⁰ V. Rép. Min. n°s 23886 et RM 26937 ; *JO Sénat*, 21 déc. 2000, p. 4375 ; *JCP N* 2001, p. 546 ; V. Rép. Min. n°s 31370 et 31605 ; *JO Sénat* 3 mai 2001, p. 1537 ; *JCP N* 2001, p. 1203 ; V. aussi Comm. Min. justice, 19 mai 2000 ; *JCP N* 2000, act. p. 979 : « Le pacte civil de solidarité ne modifie en rien le droit de l'adoption ».

¹⁷⁸¹ MONToux (D.), « Adoption. Adoption simple. Adoption plénière », *J. Cl. Notarial Formulaire*, V° Adoption, Fasc. 10, LexisNexis, n° 14 : « aux yeux de la société française, des concubins n'ont aucun lien juridique entre eux et ne peuvent adopter conjointement. »

exempte de contrôle judiciaire¹⁷⁸², ne bénéficient pas d'un régime dérogatoire en matière d'adoption co-parentale¹⁷⁸³. En effet, la règle posée par l'article 346, combinée avec l'article 365 du Code civil, empêche l'adoption simple co-parentale pour les concubins et les partenaires. Ainsi, l'adoption conjugale étant réservée à des personnes mariées, l'adoption de l'enfant par le partenaire ou par le concubin entraîne le transfert de l'autorité parentale au profit de l'adoptant et au détriment du parent biologique de l'enfant. Cette conséquence a alors été jugée non conforme à l'intérêt de l'enfant¹⁷⁸⁴. En ce sens, cette règle interdit aussi l'adoption croisée à l'égard des couples des concubins et des partenaires¹⁷⁸⁵.

L'interdiction d'adopter l'enfant du concubin ou du partenaire pacsé a été considérée comme conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel qui, saisi d'une Question prioritaire de constitutionnalité, a déclaré la constitutionnalité de l'article 365 du Code civil, tel qu'interprété par la Cour de cassation. Ainsi, les *Sages* de la rue Montpensier ont considéré que la disposition attaquée n'engendrait pas un obstacle à ce que le parent de l'enfant « associe son concubin ou son partenaire à l'éducation et la vie de l'enfant ; que le droit de mener une vie familiale normale n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive. »¹⁷⁸⁶

À l'égard de l'adoption co-parentale pour les couples non mariés, la Cour européenne des droits de l'homme paraît adopter deux positions. En effet, la Cour condamne le fait que l'adoption co-parentale autorisée produise comme effet la destruction du lien de filiation entre

¹⁷⁸² M. Pascal Clément, Ministre de la justice et Garde des Sceaux en 2006, avait affirmé qu'« il faut s'en tenir à la vocation fondamentale de l'adoption, qui est de donner un enfant sans famille à une famille qui ne peut elle-même en avoir. Or les concubins forment un couple, ils ne forment pas une famille. Ils peuvent mettre fin à leur vie commune à tout moment, sans que jamais ne s'exerce un quelconque contrôle de l'autorité judiciaire. Ce risque important d'instabilité familiale peut s'avérer particulièrement préjudiciable pour un enfant adopté, qui, du fait de son histoire personnelle, exprime souvent un plus grand besoin de sécurité affective» (« Rapport au nom de la Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant », préc., p. 150-151).

¹⁷⁸³ V. Rép. min. n° 25604, *JO Sénat* Q 3 août 2000, p. 2745 ; EUDIER (F.), « Adoption », *Rép. dr. civ., op. cit.*, n° 89.

¹⁷⁸⁴ V. pour le refus de l'adoption croisée entre deux femmes unies par un Pacs, Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-15.647, FS P+B+R+I, Proc. gén. près CA Bourges : *Juris-data* n° 2007-037456 ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 04-15.676, FS P+B+R+I, X et a. c/ Proc. gén. près CA Paris : *Juris-data* n° 2007-037455 ; *JCP G.* 2007, II 10068, obs. C. Neirinck ; *JCP G.* 2007, act. 109, obs. Y. Favier ; *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs P. Murat ; *D.* 2007, 1047, note D. Vigneau.

¹⁷⁸⁵ Civ. 1^{re} 9 mars 2011, n° 10-10.385, F-P+B+I : *JurisData* n° 2011-003220 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; *D.* act. 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc.

¹⁷⁸⁶ Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : *JO* 7 oct. 2010, p. 18154 ; *AJDA* 2011, p. 705, tribune E. Sagalovitch ; *Constitutions* 2011, p. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.*, p. 361, obs. A. Cappello ; *D.* 2010. Actu. p. 2293, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 2744, note F. Chénéde ; *ibid.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* Pan., p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 487, note F. Chénéde ; *ibid.* p. 489, obs. C. Mécarly ; *JCP G* 2010, n° 1145, obs. A. Gouttenoire, C. Radé ; *ibid.*, n° 1163, § 15, obs. Mathieu ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. Hauser ; *ibid.* 2011, p. 90, obs. P. Deumier ; CHÉNÉDÉ (F.), « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, p. 2744 ; LARRIBAUTERNEYRE (V.), « L'article 365 du Code civil constitutionnel... mais inconstitutionnel ? », *Dr. fam.* 2010, repère 10.

le parent biologique et l'enfant au profit de l'adoptant. En revanche, la Cour ne sanctionne pas le fait de réserver l'adoption co-parentale aux couples mariés.

Ainsi, dans l'arrêt *Emonet*, la Cour européenne des droits de l'homme a sanctionné la Suisse en raison de la rupture du lien de filiation à l'égard du parent biologique qui entraîne, à l'instar du droit français, l'adoption plénière de l'enfant du concubin, alors que l'adoption de l'enfant du conjoint ne produit pas cet effet. La CEDH a considéré qu'un tel effet implique une violation du droit à la vie privée et familiale¹⁷⁸⁷. De même, la Cour de Strasbourg a condamné l'Autriche¹⁷⁸⁸, qui interdit l'adoption co-parentale pour les couples non mariés de même sexe, alors qu'elle est ouverte aux couples des concubins de sexe différent. Ainsi, selon le Code civil autrichien, l'adoption de l'enfant du concubin de même sexe entraîne la destruction du lien de filiation à l'égard du parent biologique. Dans ce cas, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que cette différence entre des couples placés dans une situation juridique identique supposait une différence de traitement discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle, laquelle n'est pas proportionnée et ne poursuit pas de but légitime. Et ce, car le gouvernement autrichien n'a pas rapporté la preuve « établissant qu'il serait préjudiciable pour un enfant d'être élevé par un couple homosexuel ou d'avoir légalement deux mères ou deux pères ».

En revanche, l'interdiction faite aux couples de personnes non mariés d'adopter l'enfant du concubin ou du partenaire pacsé en droit français n'a pas mérité une condamnation de la part de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, dans l'arrêt *Gas et Dubois*¹⁷⁸⁹, la Cour de Strasbourg a considéré que le fait de réserver l'adoption de l'enfant du conjoint aux couples mariés n'entraîne pas une différence de traitement discriminatoire à l'égard des couples non mariés, car ces couples, situés dans des situations juridiques comparables, se voient opposés le même refus. De plus, la Cour a soulevé le défaut de consensus sur ce sujet en Europe.

¹⁷⁸⁷ CEDH, 13 déc. 2007, n° 39051/03, *Emonet c/ Suisse* : JurisData n° 2007-007329 ; *JCP G* 2008, I, 110, F. Sudre ; *RTD civ.* 2008, p. 272, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJ fam.* 2008, p. 76, obs. F. Chénéde.

¹⁷⁸⁸ CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, *X. et a. c/ Autriche* : JurisData n° 2013-004791 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 53, obs. C. Neirinck ; – *AJDA* 2013. 1794, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister ; *Ibid.*, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2013. 227, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2013. p. 329, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.*, p. 363 J. Hauser.

¹⁷⁸⁹ CEDH, sect. 5, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France* : JurisData n° 2012-006488 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 82, C. Neirinck ; *RTD civ.* 2012. 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2012, p. 1241, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, 2013, p. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc ; *D.* 2012. 1241, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2012. 306 J. Hauser ; *JCP G* 2012, 589, obs. A. Gouttenoire, F. Sudre ; *AJDA* 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen

Section 2 L'interdiction de l'inceste dans le lien familial

457. L'interdiction de l'inceste¹⁷⁹⁰ constitue l'autre caractère du lien familial issu de la règle d'ordre public familial. Ce caractère implique l'obligation pour les personnes de trouver leur conjoint en dehors de la famille. Il constitue un tabou¹⁷⁹¹ dans la société française et dans la plupart des civilisations¹⁷⁹². Le mot inceste, emprunt du latin *incestum*, signifie « proprement sacrilège »¹⁷⁹³ et son interdiction constitue « un principe fondateur du droit de la famille »¹⁷⁹⁴ qui régit la formation des liens de couple et des liens de parenté.

458. Plusieurs arguments fondent la condition l'interdiction de l'inceste dans le lien familial sur des considérations biologiques, afin d'éviter certaines maladies consanguines¹⁷⁹⁵. Toutefois, ils sont relativement contestables, car l'interdiction de l'inceste est antérieure à la connaissance de ces tares¹⁷⁹⁶. De même, cette thèse ne justifie pas l'empêchement à mariage entre personnes unies par des liens d'alliance ou entre l'adoptant et l'adopté¹⁷⁹⁷. L'inceste serait ainsi inapplicable pour les couples mariés de même sexe, en raison de leur impossibilité biologique à procréer¹⁷⁹⁸. Un autre argument est de considérer que l'interdiction de l'inceste relève plus de la morale¹⁷⁹⁹ et d'une tradition confortée par les croyances religieuses¹⁸⁰⁰. Cette

¹⁷⁹⁰ V. « Inceste », in *Vocabulaire juridique* : « 1. Union en vue du mariage que la loi interdit entre les parents ou alliés qu'elle détermine. 2. Rapport sexuel entre proches parents incriminé comme agression ou atteinte sexuelle lorsque celle-ci est commise par un ascendant sur un mineur non marié » ; Pour C. Lévi-Strauss : « la prohibition de l'inceste est moins une règle qui interdit d'épouser mère, sœur ou fille qu'une règle qui oblige à donner mère, sœur ou fille, c'est la règle du don par excellence... » « [l'inceste] est socialement absurde avant d'être moralement coupable ». (« Les structures de la parenté », Plon, 1982, p. 76) ; V. pour une approche pluridisciplinaire de l'inceste, GUEVEL (D.), « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 290, p. 2 ; BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759 ; BRETON (A.), « L'enfant incestueux », in *Mél. M. Ancel*, t. 1, éd. Pedone, 1975, p. 309.

¹⁷⁹¹ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 34, n° 149 ; LÉVI-STRAUSS (C.), « Les structures de la parenté », *op. cit.*, p. 76.

¹⁷⁹² LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 148, n° 143.

¹⁷⁹³ V. « Inceste », in *Dictionnaire historique de la langue française Le Robert*.

¹⁷⁹⁴ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.

¹⁷⁹⁵ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste ; principe fondateur du droit de la famille », art. préc., spéc. n° 10 ; FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003, chron. 29, n° 4 ; LAMARCHE (M.), LEMOULAND (J.-J.), « Mariage (2° conditions de formation) », *op. cit.*, n° 341 ; NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », art. préc., p. 136 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 152, n° 215.

¹⁷⁹⁶ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 148, n° 143.

¹⁷⁹⁷ NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », art. préc., p. 136.

¹⁷⁹⁸ V. *contra* DUBUISSON (E.), « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'homme », *D.* 2012, p. 2618.

¹⁷⁹⁹ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 671, n° 1513 ; BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 34, n° 149 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 64, n° 157 ; FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule

interdiction chercherait à éviter un bouleversement des structures familiales, provoqué par l'amalgame entre un lien horizontal – lien de couple-, et un lien vertical – lien de parenté¹⁸⁰¹. L'interdiction de l'inceste permet ainsi de garantir la construction lisible de la famille, en assignant à chacun de ses membres une histoire généalogique et une place¹⁸⁰² dans la famille, qui n'est ni substituable ni cumulable¹⁸⁰³. De ce fait, il est possible de constater le rôle prophylactique du droit civil¹⁸⁰⁴. Il paraît donc que le refus de l'inceste tient notamment à l'interdiction des rapports charnels entre personnes unies par un lien de parenté¹⁸⁰⁵.

459. Toutefois, la manière dont le droit appréhende l'inceste a pu être qualifiée de paradoxale¹⁸⁰⁶. Bien que le droit de la famille réprovoie l'inceste, lequel fait l'objet d'une interdiction tant pour les liens de couple que pour les liens de parenté, le mot « inceste » n'est pas inscrit au sein du Code civil¹⁸⁰⁷. L'inceste est interdit¹⁸⁰⁸ à travers les empêchements à mariage et au Pacs et les interdictions d'établir un lien de filiation incestueuse.

En matière pénale, certains ont contesté l'utilité et la pertinence de l'introduction du terme « inceste » dans le Code pénal¹⁸⁰⁹, car il est déjà puni par les incriminations de viol, les agressions sexuelles et les atteintes sexuelles. Ainsi, l'âge de la victime et la qualité d'ascendant ou de personne exerçant une autorité sur le mineur constituent des éléments de l'infraction elle-même¹⁸¹⁰ et le lien de parenté implique une circonstance aggravante¹⁸¹¹. Toutefois, l'introduction du terme d'inceste a fait l'objet d'une première tentative par loi n° 2010-121 du 8 février 2010 « tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code

règle de droit », *Dr. fam.* 2003, chron. 29, n° 4 ; LAMARCHE (M.), LEMOULAND (J.-J.), « Mariage (2° conditions de formation) », *op. cit.*, n° 342. TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 117, n° 120.

¹⁸⁰⁰ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 152, n° 215.

¹⁸⁰¹ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 63, n° 94.

¹⁸⁰² FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003, chron. 29, n° 4 ; NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », art. préc., p. 137.

¹⁸⁰³ LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1° généralités) », *op. cit.*, n° 18.

¹⁸⁰⁴ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 152, n° 215.

¹⁸⁰⁵ SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 67, n° 58.

¹⁸⁰⁶ LABBEE (X.), « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.* 2012, n° 334, p. 5

¹⁸⁰⁷ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », art. préc., n° 5 et s.

¹⁸⁰⁸ MAYER (D.), « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chron. 213.

¹⁸⁰⁹ BALDES (O.), « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.* 2010, étude 7 ; LEPAGE (A.), « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, doctr. 335 ; GUÉRY (CH.), « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal* 2010, p. 126 ;

¹⁸¹⁰ C. pén., art. 227-25 : « Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. »

¹⁸¹¹ C. pén., art. 222-24 : « Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle : » « 4° Lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ».

pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux »¹⁸¹². En effet, cette loi a inséré au sein du Code pénal les articles 222-31-1 et 227-27-8, lesquels qualifiaient d'incestueux les viols et les agressions sexuelles, ainsi que les atteintes sexuelles lorsqu'ils sont commis « au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute personne y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Cependant, cette définition de l'inceste a été considérée comme trop imprécise par le Conseil constitutionnel, notamment à cause de la désignation du « membre de la famille ». Le Conseil a finalement déclaré cette disposition inconstitutionnelle et l'a abrogée avec effet immédiat, car jugée contraire au principe de légalité des délits et des peines¹⁸¹³. Ainsi, il a fallu attendre la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant¹⁸¹⁴, pour voir l'inceste rétabli au sein du Code pénal, dans son article 222-31-1, qui dispose que les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce, le conjoint, le concubin d'un de ces derniers ou leur partenaire lié par un pacte civil de solidarité, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait. Cette définition de l'inceste a été considérée par la doctrine comme incomplète¹⁸¹⁵, en raison du cercle familial restreint qu'elle retient¹⁸¹⁶.

460. S'il est possible de constater un affaiblissement de l'interdiction de l'inceste, notamment en ce qui concerne le lien matrimonial, elle constitue toujours l'un des piliers du droit de la famille et une condition de constitution des liens familiaux. Ainsi, si l'interdiction

¹⁸¹² BONFILS (PH.), « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC* 2010, p. 462 ; CORPART (I.), « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le code pénal (commentaire de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010) » *D. act.* 13 juill. 2010 ; GERMAIN (D.), « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010, p. 599 ; LEROYER (A.-M.), « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RTD civ.* 2010, p. 381 ; LAVRIC (S.), « Adoption définitive de la proposition de loi sur l'inceste », *D. act.* 29 janv. 2010.

¹⁸¹³ Cons. const., déc. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC : *JO* 17 sept. 2011, p. 15600 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 112, obs. Ph. Bonfils ; *Dr. fam.* 2011, repère 10, C. Neirinck ; *D.* 2011, p. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail, T. Potaszkin ; *JCP G* 2011, 1160, obs. A. Lepage ; *AJ pénal* 2011, p. 588, obs. C. Porteron ; *RTD civ.* 2011, p. 752 J. Hauser ; *Constitutions* 2012, p. 91, obs. P. de Comblès de Nayves ; *RSC* 2011, p. 830, obs. Y. Mayaud ; *EDFP* 2011, n°9, p. 4, obs. A. Cerf-Hollender ; *RSC* 2012, p. 183, obs. J. Danet ; *Dr. pén.* 2011, comm. 130, obs. M. Véron.

¹⁸¹⁴ *JO* 15 mars 2016 ; CORPART (I.), « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. fam.* 2016, étude 14 ; Eudier (F.), A. Gouttenoire, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Une réforme 'impressionniste' », *JCP G* 2016, doct. 479 ; *Procédures* n° 7, Juillet 2016, alerte 35, focus M. Douchy-Oudot ; *Gaz. Pal.* 2016, n° 19, p.19, obs. L. Pelletier.

¹⁸¹⁵ Le grand-oncle, la grand-tante, le cousin et la cousine germains ne font pas partie de la liste de l'article 222-31-1 du Code pénal.

¹⁸¹⁶ LEPAGE (A.), « Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Dr. pén.* 2016, étude 11.

de l'inceste concerne d'abord les liens de couple (§1), cette interdiction s'impose également aux liens de parenté (§2), dans lesquels il existe une interdiction d'établir un lien de filiation incestueuse, quand bien même elle serait conforme à la réalité biologique.

§1 L'interdiction de l'inceste dans les liens de couple

461. L'interdiction de l'inceste est une condition sociale de l'établissement du lien concernant tous les modes de vie de couple. Toutefois, si l'inceste est interdit dans toutes les formes de couple (A), cette interdiction fait l'objet d'un certain affaiblissement (B).

A. Le principe de l'interdiction de l'inceste dans les liens de couple

462. L'inceste est interdit expressément dans la formation du lien matrimonial et dans la formation du lien entre partenaires pacsés. La condition d'exogamie se caractérise par l'interdiction de la célébration du mariage¹⁸¹⁷. Il existe également une interdiction de conclure un Pacs¹⁸¹⁸ entre personnes unies par un lien de parenté, qu'il soit de sang ou d'alliance, à un degré prohibé. Cet empêchement fondé sur la parenté confirme que le Pacs n'est pas un simple contrat, mais un véritable mode de constitution de couple¹⁸¹⁹. Quant au concubinage, si la loi n'interdit pas l'inceste pour le lien entre concubins, la jurisprudence affirmait que l'union libre devait ressembler à la vie matrimoniale¹⁸²⁰. De ce fait, l'exogamie étant une condition de la célébration du mariage, il est alors possible d'affirmer qu'elle s'applique aussi pour les couples de concubins. Le concubinage entre personnes unies par des liens de sang ou d'alliance pourrait alors être considéré comme contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs¹⁸²¹. Le lien de parenté entre les concubins impliquerait l'impossibilité de qualifier leur union de concubinage.

¹⁸¹⁷ C. civ., art. 161 à 163.

¹⁸¹⁸ C. civ., art. 515-2.

¹⁸¹⁹ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 73.

¹⁸²⁰ La Cour de cassation a défini le concubinage dans un premier temps comme la situation « de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, dans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme » (Soc. 11 juill. 1989, n° 86-10.665, *Bull. civ. V*, n° 515 ; *Gaz. Pal.* 14 avr. 1990, p. 217, concl. M. Dorwling-Carter ; *D.* 1990, p. 582 [2^e esp.], note Ph. Malaurie ; *JCP* 1990. II. 21553, note M. Meunier). Puis, dans un second temps, elle a affirmé que le concubinage « ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage » (Civ. 3^e, 17 déc. 1997, n° 95-20.779 ; *D.* 1998, p. 111, concl. J.-F. Weber et note J.-L. Aubert ; *Defrénois* 1998, art. 36765, obs. A. Bénabent ; *JCP* 1998. II. 10093, note A. Djigo ; *Dr. fam.* 1998, n° 38, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1998, p. 347, obs. J. Hauser)

¹⁸²¹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 30, n° 77 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 73 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 68, n° 59.

463. Ainsi, le mariage est interdit en ligne directe, entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne¹⁸²², en ligne collatérale, entre le frère et la sœur, entre frères et entre sœurs¹⁸²³, ainsi qu'entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce¹⁸²⁴. Le même degré de parenté prohibé du mariage est repris par le cadre juridique qui régit le Pacs. En effet, il est prohibé entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus¹⁸²⁵. De même, la célébration du mariage et la conclusion d'un Pacs sont interdites entre l'adoptant et l'adopté sous la forme plénière. Si une telle interdiction n'est pas expressément édictée par la loi, une interprétation des articles 356, alinéa 1^{er}¹⁸²⁶ et 358¹⁸²⁷ du Code civil permet de la déduire.

Toutefois, puisque le Pacs ne constitue pas un lien d'alliance, il serait possible pour un partenaire pacsé de se marier, après dissolution du Pacs, avec l'enfant de l'autre partenaire¹⁸²⁸. Pour ce qui est de l'interdiction du mariage entre ascendants et descendants dont le lien de filiation n'a pas été établi¹⁸²⁹, l'article 342-6 du Code civil dispose que les empêchements à mariage réglés par les articles 161 à 164 du même Code s'appliquent au débiteur et au bénéficiaire des subsides. Cette interdiction ne comprend pas la conclusion du Pacs. De même, alors que l'article 366 du Code civil dispose des empêchements à mariage relatifs à l'adoption simple¹⁸³⁰, aucune disposition semblable ne paraît empêcher la conclusion d'un Pacte civil de solidarité. Il existe à cet égard une discussion doctrinale. En effet, si une partie de la doctrine

¹⁸²² C. civ., art. 161.

¹⁸²³ C. civ., art. 162.

¹⁸²⁴ C. civ., art. 163.

¹⁸²⁵ C. civ., art. 515-2, 1^o.

¹⁸²⁶ C. civ., art. 356, al. 1^{er} : « L'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine ».

¹⁸²⁷ C. civ., art. 358 : « L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie [par le sang] ».

¹⁸²⁸ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 64, n^o 164 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 149, n^o 144 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 68, n^o 59.

¹⁸²⁹ L'interdiction de l'inceste n'exige pas que le lien de filiation soit forcément établi. D'ailleurs, le droit à réclamer des aliments des enfants adultérins et incestueux, reconnu par la loi n^o 55-934 du 15 juillet 1955, relative à la reconnaissance des enfants naturels, n'impose pas la constatation du lien de filiation. Dès lors, si la finalité de l'inceste est d'éviter la célébration du mariage entre personnes unies par un lien de sang, celle-ci devrait s'appliquer sans qu'il y ait besoin de constater le lien de filiation. Cette question soulève un grand intérêt en raison de l'admission de l'accouchement sous X et du développement des procréations médicalement assistées, qui cachent les risques de consanguinité. Ainsi, si le défaut de connaissance de l'existence du lien de filiation complique la possibilité de relever un empêchement à mariage fondé sur la parenté par l'officier de l'état civil, sauf si le lien de filiation est notoire. Cependant, l'intervention du juge et le recours à l'expertise biologique peuvent pallier au risque d'arbitraire (M. Lamarche, J.-J. Lemouland, « Mariage (2^o conditions), *op. cit.*, n^{os} 355 à 359).

¹⁸³⁰ C. civ., art. 366, al. 2 : « Le mariage est prohibé : » « 1^o Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ; » « 2^o Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant ; réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ; » « 3^o Entre les enfants adoptifs du même individu ; » « 4^o Entre l'adopté et les enfants de l'adoptant. »

considère que le défaut d'une telle disposition permet la conclusion du Pacs¹⁸³¹, une autre partie affirme que les empêchements fondés sur les liens adoptifs doivent être pris en compte¹⁸³². En ce sens, les empêchements à mariage sont maintenus tantôt dans le cadre de l'adoption plénière¹⁸³³ tantôt dans le cadre de l'adoption simple¹⁸³⁴, entre l'adopté et sa famille d'origine. Toutefois, aucune disposition n'interdit la conclusion d'un Pacs entre l'adopté et un membre de sa famille d'origine¹⁸³⁵.

464. La différence d'intensité de l'interdiction de l'inceste entre le mariage et le Pacs.

S'il existe des empêchements fondés sur la parenté pour célébrer un mariage ou conclure un Pacs, il est possible de constater que l'intensité de cette interdiction n'est pas la même selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre de ces deux formes de vie de couple. En effet, le Code civil prévoit des dispenses¹⁸³⁶ qui peuvent lever l'empêchement à mariage pour les alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée, ainsi que pour l'oncle et la nièce, la tante et le neveu¹⁸³⁷. De même, l'empêchement à mariage peut être levé par une dispense pour les enfants adoptifs d'un même individu et pour l'adopté et les enfants de l'adoptant, ainsi que pour l'adopté et le conjoint de l'adoptant et l'adoptant et le conjoint de l'adopté, lorsque l'auteur de l'alliance est décédé¹⁸³⁸. Cette dispense est accordée par le président de la République, pour des causes graves, notamment l'état de gravidité de la femme. La jurisprudence a prévu que le refus de dispense peut être contesté devant les juridictions judiciaires¹⁸³⁹. Toutefois, la possibilité d'obtenir une dispense n'est pas reconnue pour la conclusion d'un Pacte civil de solidarité. En contrepartie, le défaut de ces dispenses dans le cadre du Pacs montre que l'interdiction de l'inceste pour le Pacte civil de solidarité s'avère plus stricte que celle pour le mariage¹⁸⁴⁰.

¹⁸³¹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 64, n^{os} 165 et 168 ; BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 286, n^o 622.

¹⁸³² LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n^o 77 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 223, n^o 367 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 68, n^o 59.

¹⁸³³ C. civ., art. 356, al. 1^{er} : « l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine par le sang, sous réserve des prohibitions au mariage visées aux articles 161 à 164 ».

¹⁸³⁴ C. civ., art. 364, al. 2 : « Les prohibitions au mariage prévues aux articles 161 à 164 du présent Code s'appliquent entre l'adopté et sa famille d'origine ».

¹⁸³⁵ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 64, n^o 166 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 68, n^o 59.

¹⁸³⁶ V. *supra*. n^o 143.

¹⁸³⁷ C. civ., art. 164, *in fine*.

¹⁸³⁸ C. civ., art. 366.

¹⁸³⁹ CA Paris, 3 avr. 2008, JurisData n^o 2008-359947 ; *AJ fam.* 2008/6, p. 256, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2008, comm. 81, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2008, 7-8, note A. Leborgne ; *D.* 2010, p. 730, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau

¹⁸⁴⁰ NEIRINCK (C.), « Les empêchements fondamentaux du mariage », art. préc., p. 138 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 223, n^o 367.

Comment justifier la variabilité de l'interdiction de l'inceste entre le mariage et le Pacs ? Pour Mme Bateur « La tolérance de l'ordre social à l'égard des couples homosexuels n'aurait pu aller jusqu'à la légalisation de tels couples... » « il n'était pas question de permettre à deux homosexuels unis par un lien de parenté de saisir le président de la République pour obtenir une autorisation de conclure un PACS. Cette ouverture eût été non seulement dénuée de bon sens, grotesque. Elle aurait surtout été contraire au principe d'interdiction de l'inceste. »¹⁸⁴¹ D'autres considèrent que la conclusion d'un Pacs n'a pas une importance suffisante pour justifier la mise à l'écart de la prohibition de l'inceste¹⁸⁴². En réalité, la justification paraît relever du défaut de dimension filiale¹⁸⁴³ du Pacs : les enfants issus d'une relation incestueuse relative doivent pouvoir être rattachés au mariage et être couverts par la présomption de paternité¹⁸⁴⁴. La question relative aux dispenses dans le cadre du Pacte civil de solidarité n'a pas été posée lors de l'élaboration de la loi¹⁸⁴⁵.

B. L'affaiblissement de l'interdiction du mariage incestueux

465. Il est possible de constater un affaiblissement de l'interdiction de l'inceste à l'égard du lien matrimonial¹⁸⁴⁶. Cet affaiblissement a été opéré d'une part par le législateur et d'autre part par le juge. En effet, l'empêchement à mariage en raison d'un lien de parenté ou d'alliance a été considérablement réduit¹⁸⁴⁷. Aujourd'hui, l'empêchement fondé sur l'inceste est limité à un cercle familial restreint, car il s'applique jusqu'au troisième degré¹⁸⁴⁸ (oncle, tante, nièce et neveu) et l'empêchement fondé sur l'alliance n'inclut plus les collatéraux, permettant le mariage entre oncle/tante et nièce/neveu par alliance, ainsi qu'entre belles-sœurs et beaux-frères¹⁸⁴⁹. De plus, l'autorisation des dispenses pour le mariage entre collatéraux en ligne

¹⁸⁴¹ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », art. préc., n° 12.

¹⁸⁴² GILI (E.), « Le ministère public et le couple », Préf. A. Leborgne, PUAM, 2012, n° 35.

¹⁸⁴³ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 76.

¹⁸⁴⁴ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 63, n° 160.

¹⁸⁴⁵ SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 69, n° 59.

¹⁸⁴⁶ V. *supra*, n° 177.

¹⁸⁴⁷ BARRÈRE (J.), « Le droit du mariage dans la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », in *Mél. Marty*, 1978, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 16.

¹⁸⁴⁸ LAMARCHE (M.), « La réduction des conditions de formation du mariage : une évolution en dents de scie », in *La liberté fondamentale du mariage*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁸⁴⁹ LAMARCHE (M.), « La réduction des conditions de formation du mariage : une évolution en dents de scie », art. préc. ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 149, n° 145 ; TERRÉ (F.), GOLDIEGENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 110, n° 119.

directe et entre alliés est appréciée par certains comme un rétrécissement du contrôle social et familial du mariage¹⁸⁵⁰.

Quant à l'affaiblissement de l'inceste opéré par le juge¹⁸⁵¹, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné, sur le fondement des articles 8 et 12 de la Convention, le Royaume-Uni en raison de l'interdiction du mariage entre alliés posée par la loi britannique, bien qu'il soit possible d'obtenir une dispense de la part du Parlement en cas de décès de l'auteur de l'alliance¹⁸⁵². Depuis le prononcé de cet arrêt, plusieurs auteurs ont considéré que l'empêchement à mariage pour les alliés en droit français n'était pas conventionnel et qu'il était possible de prévoir une condamnation de la Cour de Strasbourg¹⁸⁵³.

Pour se prémunir d'une telle condamnation, la Cour de cassation a pris les devants et a admis la validité d'un mariage célébré entre deux personnes unies par des liens d'alliance, en opérant un contrôle de conventionnalité *in concreto*¹⁸⁵⁴. En effet, la Cour a considéré que la nullité du mariage entraînait, à l'égard de la bru, une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale. Ainsi, elle a pris en compte que le mariage avait été célébré sans opposition et duré plus de vingt ans pour écarter en l'espèce la règle de l'article 161 du Code civil. Et ce, alors qu'aucune dispense n'avait été sollicitée auprès du président de la République et que l'auteur de l'alliance était le demandeur en nullité. Le même raisonnement a été utilisé dans un autre arrêt¹⁸⁵⁵, concernant le mariage entre la belle-fille et l'ancien mari de sa mère – son parâtre -, dont la vie commune n'avait duré que huit ans et dans lequel aucun enfant n'était issu de cette union. Mais à l'inverse, dans ce cas, la Cour de cassation avait confirmé la nullité du mariage et affirmé que l'annulation ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au mariage posé par l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme et au droit au respect de la vie privée et familiale de la belle fille, posé par l'article 8.

¹⁸⁵⁰ LAMARCHE (M.), « La réduction des conditions de formation du mariage : une évolution en dents de scie », art. préc.

¹⁸⁵¹ *Ibid.*

¹⁸⁵² CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni* ; *D.* 2006. *Pan.* 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *JCP* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire, M. Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. Marguénaud ; *ibid.* 758, obs. Hauser ; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M. ; v. *supra.* n° 176.

¹⁸⁵³ GOUTTENOIRE (A.) et LAMARCHE (M.), « Mon grand-père veut épouser ma mère... La Cour européenne des droits de l'homme lui donne raison », *Dr. fam.*, 2005, n° 234.

¹⁸⁵⁴ *Civ. 1^{re}*, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; *Dr. fam.* 2014 comm. 1, note R. Binet ; *D.* 2014, 179, note F. Chénéde ; *AJ fam.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret ; *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser ; *D.* 2014, p. 153, H. Fulchiron ; *RJPF* 2014-2/9, obs. A. Cheynet de Beaupré ; *Rev. dr. civ.*, 2014/122, n° 5308, obs. F. Dekeuwer-Déffosez ; *Gaz. Pal.* 2014, p. 30, obs. J. Casey ; v. *supra.* n° 177.

¹⁸⁵⁵ *Civ. 1^{re}*, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 P ; *D.* 2016, p. 2568, obs. I. Gallmeister ; *Ibid.*, 2017, p. 2568, obs. M. Douchy-Oudot ; *Ibid.*, p. 656, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 71, J. Houssier ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2017, comm. 24, note R. Binet ; v. *supra.* n° 342.

§2 L'interdiction de l'inceste dans les liens de parenté

466. S'agissant des liens de parenté, le Code civil interdit la filiation incestueuse¹⁸⁵⁶, quel que soit le mode d'établissement du lien de filiation (A). Toutefois, il est possible de constater un affaiblissement de cette interdiction en raison notamment du droit au respect de la vie privée et familiale (B).

A. L'interdiction de la filiation incestueuse

467. La Cour de cassation avait établi le principe de l'interdiction de toute sorte de filiations incestueuses. En effet, alors que l'ancien article 334-10 du Code civil¹⁸⁵⁷ interdisait l'établissement de la filiation naturelle en cas d'inceste, la Cour a étendu cette règle à l'adoption simple. Elle a ainsi censuré l'adoption simple de l'enfant par le demi-frère de la mère, cette adoption étant qualifiée d'incestueuse. La Haute cour a affirmé qu'une telle adoption « contrevient aux dispositions d'ordre public édictées par l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu ».¹⁸⁵⁸

Cette solution a été consacrée par l'ordonnance du 4 juillet 2005, qui a opéré l'unification de la filiation en supprimant les qualifications de filiation « légitime » et de filiation « naturelle » et en organisant l'établissement de la filiation, que ce soit de façon extrajudiciaire ou judiciaire, sans prendre en compte le mariage entre les parents¹⁸⁵⁹, tout en maintenant la présomption de paternité et l'interdiction des filiations incestueuses¹⁸⁶⁰. Ainsi, l'article 310-2 du Code civil dispose que « s'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 à 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre – et précise

¹⁸⁵⁶ BRETON (A.), « L'enfant incestueux », in *Mél. M. Ansel*, t. 1, éd. Pedone, 1975, p. 309.

¹⁸⁵⁷ C. civ., art. 334-10 (Abrogé par l'Ord. n°2005-759 du 4 juillet 2005) : « S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre. »

¹⁸⁵⁸ Civ. 1^{re}, 6 janv. 2004, n° 01-01.600 P : *GAJC*, 12^e éd., n° 52; *D.* 2004, p. 362, concl. J. Sainte-Rose, note Th. Vigneau; *ibid.* Somm. 1419, obs. F. Granet-Lambrechts; *JCP* 2004. II. 10064, note Labrusse-Riou; *ibid.* I. 109, n° 2, obs. Rubellin-Devichi; *Defrénois* 2004. 594, obs. Massip; *AJ fam.* 2004, p. 66, obs. Bicheron; *Dr. fam.* 2004, n° 16, note D. Fenouillet; *RJPF* 2004-3/34, note Th. Garé; *RLDC* 2004/3, n° 107, note F. Dekeuwer-Défossez; *LPA* 8 avr. 2004, note Voisin; *RTD civ.* 2004. 75, obs. Hauser; FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003. Chron. 29.

¹⁸⁵⁹ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 377, n° 418.

¹⁸⁶⁰ *Ibid.*, p. 378, n° 421.

l'ordonnance¹⁸⁶¹ - par quelque moyen que ce soit. » Dès lors, le lien de filiation incestueux ne peut être établi que de façon unilinéaire¹⁸⁶², peu importe le mode d'établissement du lien de filiation. La portée de la prohibition est donc générale. Ainsi, le lien de filiation ne sera établi qu'entre l'un des parents, souvent la mère, et l'enfant¹⁸⁶³.

468. La finalité de l'interdiction de l'inceste. L'interdiction de la filiation incestueuse a pour finalité de préserver l'ordre public de direction qui détermine la structure familiale¹⁸⁶⁴, ainsi que l'ordre public de protection, qui pour des raisons morales, évite que la filiation incestueuse de l'enfant lui soit dévoilée¹⁸⁶⁵. L'exigence du secret de la filiation incestueuse¹⁸⁶⁶ donne lieu à un secret de protection¹⁸⁶⁷ qui éviterait des incohérences liées à l'existence du double lien de filiation en matière successorale¹⁸⁶⁸. L'interdiction de l'inceste est alors conçue plus comme un moyen de prévention du trouble social et de protection de l'enfant que comme une punition des auteurs de l'inceste¹⁸⁶⁹. C'est donc la paix des familles et la paix sociale qui sont assurées par le secret de l'inceste¹⁸⁷⁰. Puisque l'union incestueuse est clandestine, elle doit rester secrète¹⁸⁷¹. De ce fait, l'interdiction de la filiation incestueuse, avec l'accouchement sous X, s'avère être une limite au droit d'établir la filiation et donc au droit de l'enfant à connaître ses origines¹⁸⁷².

¹⁸⁶¹ En ce sens, V. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juill. 2005, portant réforme de la filiation, JO 6 juill. 2005 page 11155 texte n° 18, NOR: JUSX0500068P.

¹⁸⁶² LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 37.

¹⁸⁶³ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 547, n° 562 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 451, n° 959.

¹⁸⁶⁴ Circ. 30 juin 2006 (préc.), n° 1.3 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 277, n° 552 ; *ibid.*, p. 281, n° 556 ; EUDIER (F.), « Adoption », *op. cit.*, n° 276 ; FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », art. préc., n° 4 ; PERRIN (S.), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* 2010, étude 16 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 378, n° 421 ; V. sur les doutes de la nature d'ordre public de direction ou de protection de l'interdiction de la filiation incestueuse, HAUSER (J.), « L'adoption simple d'un enfant par son parent incestueux », *RTD civ.* 2000, p. 819 ; V. aussi 2004, LABRUSSE-RIOU (C.), « L'adoption simple ne peut contourner la prohibition de la filiation », *JCP G* 2004, II 10064.

¹⁸⁶⁵ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 340, n° 1001 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 378, n° 421.

¹⁸⁶⁶ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », art. préc., n° 13.

¹⁸⁶⁷ FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », art. préc., n° 5.

¹⁸⁶⁸ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 340, n° 1001 ; FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », art. préc., n° 5.

¹⁸⁶⁹ FENOUILLET (F.), « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2004, comm. 16

¹⁸⁷⁰ MAYER (D.), art. préc.

¹⁸⁷¹ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », art. préc., n° 16.

¹⁸⁷² En ce sens, BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 348, n° 851 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 34.

469. Les conséquences de l'interdiction de la filiation incestueuse. L'interdiction de la filiation incestueuse implique que l'enfant incestueux, « dernier paria »¹⁸⁷³ de la filiation inégale, issu de relations intimes entre parents unis par des liens de parenté en ligne directe à tous les degrés et en ligne collatérale au deuxième degré, ne peut voir sa filiation établie qu'à l'égard d'un seul parent¹⁸⁷⁴. Conformément à la règle *mater semper certa est* de l'article 311-25 du Code civil, laquelle établit la filiation maternelle par désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant, sauf si elle a décidé de préserver son identité¹⁸⁷⁵, cette filiation empêche l'établissement de la filiation paternelle par reconnaissance, par constatation de la possession d'état, par l'exercice de l'action en établissement du lien de filiation ou par adoption.

La circulaire du 30 juin 2006 relative à la filiation indique que lorsque le nom de la mère figure dans l'acte de naissance de l'enfant et que le père vient pour déclarer la naissance de l'enfant et effectuer une reconnaissance volontaire, l'officier de l'état civil doit « refuser de recevoir cette reconnaissance dès lors qu'il a connaissance du lien de parenté existant entre les père et mère. Il en est de même en cas de reconnaissance conjointe. » Toutefois, la circulaire rappelle que l'officier de l'état civil « n'est pas toujours en mesure de connaître l'existence de l'empêchement, notamment si les deux parents ne portent pas le même nom. » Si l'officier de l'état civil le découvre lors de l'opposition de la mention en marge de l'acte de naissance, il doit « en aviser aussitôt le procureur de la République », lequel devra « engager une action aux fins d'annulation de la reconnaissance sur le fondement des dispositions de l'article 423 » du Code de procédure civile. L'action peut être exercée par tout intéressé et par le ministère public, durant un délai de cinq ans¹⁸⁷⁶, bien que la doctrine considère que le délai décennal relatif aux actions en établissement de la filiation (C. civ., art. 321) puisse être appliqué dans ce cas.¹⁸⁷⁷

Par ailleurs, en cas de reconnaissance paternelle prénatale, la circulaire recommande que si l'officier de l'état civil a connaissance de la filiation paternelle, il doit refuser l'inscription du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant. En revanche, si le nom de la mère a été inscrit, en raison de la méconnaissance de la reconnaissance paternelle ou du caractère incestueux de la filiation, et que cette situation est découverte, il doit en aviser le procureur de

¹⁸⁷³ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 451, n° 959.

¹⁸⁷⁴ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », art. préc., n° 15 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Dispositions générales. Modes d'établissement de la filiation. Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *J. Cl. C. civ. Art. 310-1 et 310-2*, Fasc. unique, LexisNexis, n° 33.

¹⁸⁷⁵ C. civ., art. 326.

¹⁸⁷⁶ C. civ., art. 2224.

¹⁸⁷⁷ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 574, n° 1209 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 481, n° 521.

la République afin d'engager une action en annulation de l'acte de naissance et l'établissement d'un nouvel acte, afin que le lien incestueux n'apparaisse pas¹⁸⁷⁸.

470. En outre, au regard de la règle posée par l'article 310-2 du Code civil, l'inceste absolu constitue une fin de non-recevoir à l'action en établissement du lien de filiation¹⁸⁷⁹. Il en va de même pour ce qui est de l'adoption, qu'elle soit plénière ou simple, d'un enfant dont la mère ou le père et l'adoptant seraient unis par un lien de filiation à un degré interdit¹⁸⁸⁰. De même, le lien de filiation de l'enfant incestueux ne peut pas être établi par constatation de la possession d'état, car l'inceste absolu des parents rend la possession d'état équivoque¹⁸⁸¹. Toutefois, si l'acte de notoriété est malgré tout dressé, il est possible de demander sa nullité¹⁸⁸².

Si la règle posée par l'article 310-2 du Code civil empêche l'établissement binaire de la filiation de l'enfant incestueux, cette impossibilité étant aperçue comme une discrimination licite en matière de filiation¹⁸⁸³, la loi lui permet de réclamer des subsides à l'homme avec qui sa mère a eu des relations sexuelles pendant la période légale de conception¹⁸⁸⁴. Elle s'avère donc être un palliatif, certes quelque peu hypocrite¹⁸⁸⁵, aux conséquences patrimoniales qu'implique le refus de la filiation incestueuse¹⁸⁸⁶. En effet, l'action aux fins de subsides assure à l'enfant une protection économique¹⁸⁸⁷. C'est pourquoi la moins mauvaise solution pour l'enfant est d'avoir une filiation maternelle établie¹⁸⁸⁸. Ainsi, cette action permet à l'enfant d'obtenir des aliments de son père biologique et en même temps de préserver le secret de sa filiation incestueuse, l'enfant n'étant pas rattaché au débiteur des subsides par un lien de

¹⁸⁷⁸ Circ. 30 juin 2006, préc., n° 1.3.

¹⁸⁷⁹ *Ibid.* n° 2.2.2 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Dispositions générales. Modes d'établissement de la filiation. Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *op. cit.*, n° 38 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », p. 378, n° 421.

¹⁸⁸⁰ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 341, n° 1002 ; EUDIER (F.), « Adoption », *op. cit.*, n° 276 ; *ibid.*, n° 413 ; FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », art. préc. ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », p. 378, n° 421 ; Civ. 1^{re}, 6 janv. 2004, n° 01-01.600, préc. ; CA Paris, 5 avr. 2005 ; D. 2006. Somm. p. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 8, concl. B. Gizardin ; *Dr. fam.* 2005, comm. 242, note P. Murat.

¹⁸⁸¹ Circ. 30 juin 2006, préc., n° 2.3.2 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », p. 378, n° 421.

¹⁸⁸² GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Dispositions générales. Modes d'établissement de la filiation. Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *op. cit.*, n° 38.

¹⁸⁸³ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », art. préc., n° 15.

¹⁸⁸⁴ C. civ., art. 342 ; LE GUIDEC (R.), CHABOT (G.), « Filiation (30 modes judiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 117 ; MIRABAIL (S.), « Repenser l'action aux fins de subsides », *Dr. fam.* 2011, étude 19.

¹⁸⁸⁵ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Dispositions générales. Modes d'établissement de la filiation. Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *op. cit.*, n° 42.

¹⁸⁸⁶ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 696, n° 727.

¹⁸⁸⁷ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Dispositions générales. Modes d'établissement de la filiation. Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *op. cit.*, n° 42.

¹⁸⁸⁸ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », p. 341, n° 1002.

parenté.¹⁸⁸⁹ En effet, cette action n'est pas fondée sur l'existence, mais sur le risque¹⁸⁹⁰ ou la possibilité du lien de filiation entre le père et l'enfant¹⁸⁹¹. L'action aux fins de subsides aurait pour finalité de responsabiliser le père des conséquences entraînées par la conception de l'enfant¹⁸⁹². Toutefois, l'emprise de la filiation est présente entre l'enfant et son débiteur¹⁸⁹³, car le jugement qui alloue les subsides crée entre eux, ainsi qu'entre chacun d'eux et les parents ou le conjoint de l'autre, un empêchement à mariage fondé sur la parenté¹⁸⁹⁴.

B. L'affaiblissement de l'interdiction des filiations incestueuses

471. L'interdiction de l'établissement du double lien de filiation à l'égard de l'enfant incestueux a fait l'objet de plusieurs critiques de la part de la doctrine. En effet, elle est conçue comme une solution qui ne fait que cacher, voire nier le fait accompli que constitue la filiation réelle de l'enfant¹⁸⁹⁵. De même, cette interdiction est jugée comme une discrimination injuste pour l'enfant, qui ne peut pas exercer pleinement son droit à connaître ses origines et à avoir une filiation établie¹⁸⁹⁶. Dès lors, le doute plane sur la conformité de cette interdiction à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸⁹⁷, notamment après le prononcé de l'arrêt *B. L.* du 13 septembre 2005, dans lequel la Cour de Strasbourg a condamné le Royaume-Uni dont la législation interdit le mariage entre alliés, à l'instar du droit français¹⁸⁹⁸. La conventionalité de la règle de l'article 310-2 du Code civil a été défendue en affirmant que la prohibition poursuit un « but légitime », celui de la protection de la morale, et qu'il existe « un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé », la finalité étant de

¹⁸⁸⁹ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 632, n° 1372.

¹⁸⁹⁰ BATTEUR (A.), « L'interdit de l'inceste : principe fondateur du droit de la famille », art. préc., n° 15.

¹⁸⁹¹ Civ. 1^{re}, 21 oct. 1980, *Bull. civ.* I, n° 262 ; *Gaz. Pal.* 1981.II. 475, note J. Massip ; *Défrenois* 1981, article 32682, obs. J. Massip.

¹⁸⁹² BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 483, n° 1192 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 415, n° 1240 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », p. 695, n° 725 ; V. critique MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 627, n° 1361.

¹⁸⁹³ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », p. 704, n° 734.

¹⁸⁹⁴ C. civ., art. 342-7.

¹⁸⁹⁵ BRETON (A.), « L'enfant incestueux », art. préc ; DALIGAND (L.), « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *LPA* 1995, n° 53, p. 56.

¹⁸⁹⁶ GUEVEL (D.), « Taire les origines : la filiation incestueuse », in *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, BLOCH, DEPADT-SEBAG (*Dir.*), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 73 ; PERRIN (S.), « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* 2010, étude 16 ;

¹⁸⁹⁷ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 348, n° 851 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 340, n° 1002 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 451, n° 959 ; HAUSER (J.), « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. fam.* 2006, étude 1, n° 9 ; PERRIN (S.), art. préc., n° 5 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », p. 380, n° 422.

¹⁸⁹⁸ V. *supra*. n° 462.

protéger l'enfant et de ne pas institutionnaliser et rendre publiques les circonstances de sa conception¹⁸⁹⁹. De plus, l'exercice de l'action aux fins de subsides garantit une sécurité économique de l'enfant, lui permettant ainsi de profiter de certains droits résultant de la filiation, sans que le lien de filiation soit établi¹⁹⁰⁰.

472. Cependant, la Cour européenne des droits de l'homme pourrait considérer que l'établissement du double lien de filiation est dans l'intérêt de l'enfant incestueux et que le refuser porterait atteinte à son droit au respect à la vie privée et familiale¹⁹⁰¹.

Telle a été la solution adoptée par la cour d'appel de Caen dans un arrêt du 8 juin 2017, déjà évoqué¹⁹⁰². En l'espèce, les parents ignoraient qu'ils étaient frère et sœur car, après leur naissance, ils avaient été séparés et avaient fait l'objet de plusieurs placements. Plus tard, ils se sont rencontrés et un enfant est né de cette liaison. La filiation paternelle de l'enfant a été établie par reconnaissance volontaire prénatale, même si la mère avait été désignée dans l'acte de naissance de l'enfant. C'est à l'occasion d'une démarche administrative que les parents ont appris qu'ils avaient la même mère. Ainsi, le procureur de la République a assigné les parents en nullité de la filiation maternelle avec établissement d'un nouvel acte de naissance. En première instance, le lien de filiation attaqué a été détruit. La cour d'appel a opéré un contrôle de proportionnalité *in concreto* et sur le fondement des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi que de l'article 7 de la Convention de New York, elle a infirmé le jugement. Ainsi, elle a considéré que l'enfant, âgé de 8 ans, vivait depuis sa naissance avec sa mère, dont l'engagement dans la parentalité n'avait pas été contesté et n'entretenait pas des relations étroites avec son père. La cour a alors affirmé qu'« au regard de l'intérêt particulier de cette enfant, et des conséquences dommageables qu'aurait pour elle, dans la construction de son identité, l'annulation d'un lien de filiation sur lequel s'est construite jusqu'à présent sa place dans l'histoire familiale », il convenait de maintenir le double lien de filiation.

473. Afin d'améliorer la situation de l'enfant incestueux, sans abroger l'interdiction de la filiation incestueuse, plusieurs propositions ont été faites. Ainsi, certains proposent d'ouvrir

¹⁸⁹⁹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », p. 340, n° 1002.

¹⁹⁰⁰ HAUSER (J.), « Discrimination et filiation », *in Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, MERCAT-BRUNS (M.), Dalloz, 2006

¹⁹⁰¹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », p. 341, n° 1002.

¹⁹⁰² CA Caen, 3e ch. civ., 8 juin 2017, n° 16/01314, n° 16/01314 : JurisData n° 2017-012460 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 224, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 546, note J. Houssier ; *D.* 2017, p. 2107, point de vue A. Bateur ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RJPF* 2017-11/24, obs. T. Garé ; *v. supra.* 389.

l'action en établissement de la filiation à la majorité de l'enfant¹⁹⁰³, alors que d'autres sont favorables pour conférer au juge le pouvoir d'autoriser l'établissement de la filiation lorsqu'il est conforme à l'intérêt de l'enfant, notamment s'il existe des liens affectifs et effectifs entre l'enfant et le parent¹⁹⁰⁴. Enfin, les professeurs Terré, Goldie-Genicon et Fenouillet proposent une extension de l'action aux fins de subsides, afin qu'elle soit aussi ouverte à l'encontre de la mère incestueuse et qu'elle entraîne une obligation alimentaire unilatérale, assumée par le parent de l'enfant au profit de ce dernier. Toutefois, aucun droit successoral et de transmission du nom ne devrait être reconnu à l'enfant incestueux, au risque de vider de son sens l'interdiction de l'inceste¹⁹⁰⁵.

Section 3 L'indifférence de l'altérité sexuelle dans le lien familial

474. Alors que la différence de sexe concernant certains liens familiaux a longtemps été une condition de leur constitution, de façon exactement inverse aujourd'hui, l'indifférence de l'altérité sexuelle est devenue un caractère d'ordre public de ces mêmes liens familiaux. Elle est prévue par un ensemble des dispositions d'ordre public, constitué par les articles 6-1¹⁹⁰⁶, 171-9¹⁹⁰⁷, 202-1¹⁹⁰⁸, 515-1¹⁹⁰⁹ et 515-8¹⁹¹⁰ du Code civil, qui prévoient que le mariage, le Pacs,

¹⁹⁰³ GUEVEL (D.), « Taire les origines : la filiation incestueuse », art. préc.

¹⁹⁰⁴ PERRIN (S.), art. préc., n° 11.

¹⁹⁰⁵ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 380, n° 422.

¹⁹⁰⁶ C. civ., art. 6-1 : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe. »

¹⁹⁰⁷ C. civ., art. 171-9 : « Par dérogation aux articles 74 et 165, lorsque les futurs époux de même sexe, dont l'un au moins a la nationalité française, ont leur domicile ou leur résidence dans un pays qui n'autorise pas le mariage entre deux personnes de même sexe et dans lequel les autorités diplomatiques et consulaires françaises ne peuvent procéder à sa célébration, le mariage est célébré publiquement par l'officier de l'état civil de la commune de naissance ou de dernière résidence de l'un des époux ou de la commune dans laquelle l'un de leurs parents a son domicile ou sa résidence établie dans les conditions prévues à l'article 74. A défaut, le mariage est célébré par l'officier de l'état civil de la commune de leur choix. » « La compétence territoriale de l'officier de l'état civil de la commune choisie par les futurs époux résulte du dépôt par ceux-ci d'un dossier constitué à cette fin au moins un mois avant la publication prévue à l'article 63. L'officier de l'état civil peut demander à l'autorité diplomatique ou consulaire territorialement compétente de procéder à l'audition prévue à ce même article 63. »

¹⁹⁰⁸ C. civ., art. 202-1 : « Les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle. Quelle que soit la loi personnelle applicable, le mariage requiert le consentement des époux, au sens de l'article 146 et du premier alinéa de l'article 180. » « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'Etat sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet. »

¹⁹⁰⁹ C. civ., art. 515-1 : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. »

¹⁹¹⁰ C. civ., art. 515-8 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

le concubinage et l'adoption sont des liens familiaux ouverts aux couples de sexe différent ou de même sexe.

475. L'élévation de l'indifférence de l'altérité sexuelle en caractère d'ordre public¹⁹¹¹ peut paraître paradoxale si l'on pense que la différence de sexe, condition essentielle des liens familiaux dans la tradition juridique du droit de la famille français¹⁹¹² et plus particulièrement de celle du mariage¹⁹¹³, n'a jamais été consacrée dans la loi. Cependant, à l'époque de la rédaction du Code civil, la différence de sexe était évidente¹⁹¹⁴, car le mariage avait une finalité

¹⁹¹¹ SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 73, n° 62.

¹⁹¹² NEIRINCK (C.), « Une famille homosexuelle ? », in *Mariage-conjugalité. Parente-Parentalité*, F. Fulchiron (Dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 143 : « L'expression 'famille homosexuelle' désigne les couples constitués de deux membres de même sexe qui veulent bénéficier des liens familiaux et réclament l'accès à l'alliance et à la parenté. Cependant ces deux types de liens, jusqu'à présent, ont été noués à partir de l'altérité sexuelle parce que la famille s'est construite autour de la génération » ; PIERRE (M.), « Qu'est-ce que la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, NEIRINCK (C.) (Dir.), ÉRÈS, 2003, p. 22 ;

¹⁹¹³ V. Exposé des motifs de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, NOR : JUSC1236338L : « De fait, jusqu'à une époque récente, l'évidence était telle que ni les rédacteurs du code, ni leurs successeurs, n'éprouvèrent le besoin de le dire expressément. La différence de sexe n'en était pas moins une condition fondamentale du mariage en droit français, de sorte que son non respect constituait une cause de nullité absolue du mariage (article 184 du code civil). » ; V. « Couple », in *Vocabulaire juridique* : « Union que forment un homme et une femme entre lesquels existent des relations charnelles (*copula carnalis*) et en général une communauté de vie, soit en mariage, en concubinage ou dans les liens d'un pacs (sous la précision que, depuis la loi du 15 nov. 1999, les partenaires de ces deux sortes d'union peuvent être du même sexe C. civ., art. a. 515-8, 515-1 s.) » ; V. aussi « Mariage », in *Vocabulaire juridique* : « Union légitime d'un homme et d'une femme en vue de vivre en commun et de fonder une famille, un foyer » ; BOYSSON (B.), « Mariage et conjugalité », Préf. H. Fulchiron, Bibliothèque de droit privé, t. 534, LGDJ, 2012, p. 355, n° 631 ; BRUNETTI-PONS (C.), « Après la loi du 17 mai 2013 'ouvrant le mariage aux couples de même sexe', quelles perspectives pour le droit de la famille ? », *Recherches familiales*, 2014/1, n° 11 ; CARBONNIER (J.), « Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », *op. cit.*, p. 1165, n° 530 ; LACROIX (X.), « Un mariage 'homosexuel' : non-discrimination ou confusion ? in *La notion juridique de couple*, *op. cit.*, p. 45 ; LIBCHABER (R.), « La notion de mariage civil », in *Libres propos sur les sources du droit*, Mél. PH. JESTAZ, Dalloz, 2006, p. 326, n° 2 et 3 ; LEBORGNE (A.), « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in *Mél. J. Sainte-Rose*, *op. cit.*, p. 693 ; LEQUETTE (Y.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Éd. Panthéon Assas, Colloques, 2014, p. 13, n° 3.

¹⁹¹⁴ La définition du mariage de Portalis témoigne l'évidence de l'altérité sexuelle comme condition de la formation du mariage : « c'est la société de l'homme et de la femme qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider par des secours mutuels à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée ». De plus, dans la rédaction de 1804 des articles 212 à 226 du Code civil, le terme « mari » apparaissait vingt fois, alors que le terme « femme » était employé seize fois (E. Agostini, « Le mariage homosexuel ? 'Peut-être jamais, peut-être demain ; Mais pas aujourd'hui, c'est certain !' Carmen Acte I, scène III », *D.* 2004, p. 2392). Toutefois, ces termes ont été éliminés et remplacés par le terme « époux » dans un souci d'égalité entre les époux, tantôt par la loi du 23 décembre 1985 tantôt par la loi du 26 mai 2004. La mention des mots « mari » et « femme » demeurait dans l'article 75 du Code civil ; BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 29, n° 141 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 59, n° 148 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 29, n° 45 ; HAUSER (J.), « Couple et différence de sexe », in *La notion juridique de couple*, *op. cit.*, p. 97 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 434, n° 964 ; *ibid.* p. 650, n° 1475 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 134, n° 128 ; MALAURIE (F.), FULCHIRON (F.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 114, n° 163 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), GENICON FENOUILLET (D.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 80, n° 86.

essentiellement procréatrice¹⁹¹⁵. De plus, la jurisprudence judiciaire avait reconnu plus récemment le caractère d'ordre public de la différence de sexe d'abord pour le concubinage¹⁹¹⁶, puis pour le mariage¹⁹¹⁷ et pour les modes d'établissement du lien de filiation¹⁹¹⁸. Cette position a été confirmée par le Conseil constitutionnel¹⁹¹⁹ et par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹²⁰.

476. Depuis la promulgation de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, qui a introduit au sein du Code civil deux formes alternatives au mariage,

¹⁹¹⁵ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 45, n° 71 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 650, n° 1475 ; Pour M. Azavant, le mariage est destiné « à discipliner le désordre naturel de la sexualité et de la procréation » (« L'ordre public et l'état de personnes », Thèse, J.-J. Lemouland (*Dir.*), Pau, 2002.

¹⁹¹⁶ Soc. 11 juill. 1989, n° 86-10.665, *Bull. civ. V*, n° 515 ; *Gaz. Pal.* 14 avr. 1990, p. 217, concl. M. Dorwling-Carter ; *D.* 1990. 582 [2° esp.], note Ph. Malaurie ; *JCP* 1990. II. 21553, note M. Meunier : la chambre sociale de la Cour de cassation retenait que le concubinage était « une situation de fait consistant dans la vie commune de deux personnes ayant décidé de vivre comme des époux, sans pour autant s'unir par le mariage, ce qui ne peut concerner qu'un couple constitué d'un homme et d'une femme ». Cette position a été confirmée ultérieurement afin de refuser des avantages consentis aux époux aux concubins de même sexe (V. pour le refus de réduction d'un billet de transport aérien, Soc. 11 juill. 1989, n° 85-46.008, *Bull. civ. V*, n° 514 ; *D.* 1990. 582 [1° esp.], note Ph. Malaurie ; V. pour le refus d'une réduction d'un billet de transport ferroviaire (CE 4 mai 2001, req. n° 183575 ; *D.* 2002. Somm. 537, obs. J.-J. Lemouland ; *Dr. fam.* 2001, n° 68, note H. Lécuyer ; V. pour le refus de reconnaître au concubin de même sexe le droit au maintien au bail (Paris, 9 juin 1995, *RTD civ.* 1995. 607, obs. J. Hauser ; V. aussi Civ. 3°, 17 déc. 1997, n° 95-20.779 ; *D.* 1998. 111, concl. J.-F. Weber et note J.-L. Aubert ; *Deffrénois* 1998, art. 36765, obs. A. Bénabent ; *JCP* 1998. II. 10093, note A. Djigo ; *Dr. fam.* 1998, n° 38, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1998. 347, obs. J. Hauser : « Le concubinage ne pouvait résulter que d'une relation stable et continue ayant l'apparence du mariage ».

¹⁹¹⁷ Civ. 1^{re}, 13 mars 2007 ; *GAJC*, CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015, p. 224 ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2007, n° 81, p. 10 ; *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud ; *Ibid.*, p. 315, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2007, p. 227, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2007, n° 5, note A. Leborgne ; *RLDC* 2007/5, n° 38, obs. G. Marraud des Grottes ; H. Fulchiron, Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel, *D.* 2007, p. 1375 ; 1389, rapp. G. Pluyette et note E. Agostini ; *ibid.* p. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Dr. fam.* 2007. comm. 76, note M. Azavant ; *JCP* 2007. act. 136, obs. Y. Favier

¹⁹¹⁸ V. pour le refus de l'adoption pour le couple de partenaires de même sexe, Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-15.647, FS P+B+R+I, Proc. gén. près CA Bourges : Juris-data n° 2007-037456 ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 04-15.676, FS P+B+R+I, X et a. c/ Proc. gén. près CA Paris : Juris-data n° 2007-037455 ; *JCP G.* 2007, II 10068, obs. C. Neirinck ; *JCP G.* 2007, act. 109, obs. Y. Favier ; *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs P. Murat ; *D.* 2007, 1047, note D. Vigneau (V. *supra.* n° 456).

¹⁹¹⁹ V. pour le mariage, Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, JO 29 janv. ; *D.* 2011. Pan., p. 1042, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011, p. 157, obs. F. Chénéde ; *JCP* 2011. Chron. 29, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2011. Libres propos 250, obs. A. Mirkovic ; BEIGNIER (B.), « Legis lator Juris dictio », *Dr. fam.* 2011, repère 3 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 32, note R. OUEDRAOGO ; MARTEL (D.), « Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe », *Dr. fam.* 2011, étude 4 ; V. pour l'accès des couples de même sexe à l'adoption, Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC ; JO 7 oct. 2010, p. 18154 ; *AJDA* 2011, p. 705, tribune E. Sagalovitsch ; *Constitutions* 2011, p. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.*, p. 361, obs. A. Cappello ; *D.* 2010. Actu. p. 2293, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 2744, note F. Chénéde ; *ibid.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* Pan., p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 487, note F. Chénéde ; *ibid.* p. 489, obs. C. Mécarry ; *JCP G* 2010, n° 1145, obs. A. Gouttenoire, C. Radé ; *ibid.*, n° 1163, § 15, obs. Mathieu ; *RTD civ.* 2010, p. 776, obs. Hauser ; *ibid.* 2011, p. 90, obs. P. Deumier ; CHÉNÉDE (F.), « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, p. 2744 ; *JCP G* 2010, n° 1145, obs. A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2010, repère 10 ; v. *supra.* n° 456.

¹⁹²⁰ V. pour le mariage, CEDH 24 juin 2010, *Shalck et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04 (déc. préc.) ; V. pour l'accès des couples de même sexe à l'adoption, CEDH, sect. 5, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France* : JurisData n° 2012-006488 (déc. préc.)

ouvertes tantôt aux couples de sexe différent tantôt aux couples de même sexe, l'ordre public de direction du droit de couple s'est transformé pour admettre le couple de même sexe¹⁹²¹. L'indifférence totale de l'altérité sexuelle totale en matière de liens de couple a été instaurée par loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 relative à l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe. Toutefois, en matière de liens de parenté, cette loi n'a écarté la différence de sexe que pour l'adoption, engendrant alors une sorte de cacophonie qui se traduit par une indifférence partielle de l'altérité sexuelle pour ce qui concerne la filiation. Le problème posé par les enfants conçus par procréation médicalement assistée ou par gestation pour autrui à l'étranger et le désir d'enfant des couples de même sexe risquent cependant d'étendre la nouvelle condition de l'indifférence de sexe à l'ensemble de la filiation¹⁹²².

477. De ce fait, il convient de distinguer la manière dont l'indifférence de l'altérité sexuelle est un caractère à part entière des liens de couple (§1) et partiellement, du moins pour l'instant, des liens de parenté (§2).

§1 L'indifférence de l'altérité sexuelle dans les liens de couple

478. Aujourd'hui, tous les modes de vie de couple reconnus en droit français sont ouverts aux couples de sexe différent et de même sexe¹⁹²³. Cette situation est le résultat d'une évolution des mœurs tendant à la reconnaissance sociale du couple de personnes de même sexe, qui a été appréhendée par le droit civil par l'introduction du Pacte civil de solidarité et la définition du concubinage au sein du Code civil (A), ainsi que par l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe¹⁹²⁴ (B).

¹⁹²¹ SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 73, n° 62.

¹⁹²² HAUSER (J.), « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par prétérition et procrastination », *Dr. fam.* 2013, dossier 7

¹⁹²³ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 18, n° 101 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 73, n° 62 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 307, n° 353.

¹⁹²⁴ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 17, n° 100 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 436, n°s 967 à 975 ; *ibid.* p. 629, n°s 1459 à 1460 ; *ibid.* p. 651, n°s 1477 à 1478 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 231, n° 442 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 4 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 213, n° 350.

A. Le couple non-marié de même sexe

479. La reconnaissance du couple de même sexe a d'abord été opérée pour les couples non mariés. Ainsi, si la Cour de cassation avait refusé de reconnaître le concubinage entre personnes de même sexe¹⁹²⁵, le législateur a reconnu le couple entre personnes de même sexe lors de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999. Cette loi a introduit au sein du Code civil le Pacte civil de solidarité¹⁹²⁶ et une définition du concubinage¹⁹²⁷, les deux formes de couple alternatives au mariage étant ouvertes aux couples de sexe différent et de même sexe¹⁹²⁸. La Cour européenne des droits de l'homme, dans sa décision *Oliari et alii*, a reconnu une tendance à la reconnaissance juridique des couples de même sexe à travers les partenariats enregistrés et condamné l'Italie à cause de l'absence d'un cadre juridique différent du mariage, tel que les partenariats enregistrés, qui puisse reconnaître et protéger ces couples¹⁹²⁹.

480. Le Pacs comme réponse aux revendications des homosexuels. La loi du 15 novembre 1999 sur le Pacs avait pour finalité de répondre aux revendications des homosexuels de reconnaître leurs unions et de les sécuriser¹⁹³⁰, tout en fermant aux couples de partenaires et de concubins l'accès à la filiation¹⁹³¹. L'autre finalité de la loi était de préserver la structure traditionnelle du mariage¹⁹³², lequel était conçu comme l'union entre un homme et une femme

¹⁹²⁵ Soc. 11 juill. 1989, n° 86-10.665 (déc. préc.); Soc. 11 juill. 1989, n° 85-46.008 (déc. préc.) ; CE 4 mai 2001, req. n° 183575 (déc. préc.) ; Civ. 3^e, 17 déc. 1997, n° 95-20.779 (déc. préc.).

¹⁹²⁶ C. civ., art. 515-1 : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. »

¹⁹²⁷ C. civ., art. 515-8 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »

¹⁹²⁸ SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 73, n° 62.

¹⁹²⁹ CEDH, 21 juill 2015, nos 18766/11 et 36030/11 ; *D.* 2015, p. 2160 ; *ibid.*, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2016, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2015, p. 615, obs. M. Rouillard.

¹⁹³⁰ Le Doyen Carbonnier considérait que l'ambition des dispositions du Pacs « était de construire un ensemble cohérent de droits et d'obligations – bref d'*offrir* aux concubins – car ce ne jamais que *facultatif* – un *statut*, qui, sans pour autant s'identifier au mariage, leur garantirait une part de la sécurité juridique des gens mariés » (J. Carbonnier, « Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », Vol. I, 1^{re} éd., Quadrige, PUF, 2004, p. 1481, n° 658 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 3 ; *ibid.* n° 18 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 309, n° 354.

¹⁹³¹ V. Cons. const. déc. n° 99-419 DC, 9 nov. 1999 (préc.), cons. 29 : « la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est sans incidence sur les autres titres du livre Ier du code civil, notamment ceux relatifs aux actes d'état civil, à la filiation, à la filiation adoptive et à l'autorité parentale, ensemble de dispositions dont les conditions d'application ne sont pas modifiées par la loi déferée » ; MURAT (P.), « Vers la famille homosexuelle par adoption ? », *Dr. fam.* 2000, chron. 8.

¹⁹³² Afin de affirmer l'indépendance et la différence entre le Pacs et le mariage, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité (Cons. const., déc. n° 99-419 DC, 9 nov. 1999 [préc.]), a précisé que « les dispositions relatives au pacte civil de solidarité ne mettent en cause aucune des règles relatives au mariage » (Cons. 59). De même, « que le pacte civil de solidarité est un contrat étranger au mariage : qu'en conséquence sa rupture unilatérale ne saurait être qualifiée de répudiation » (Cons 67) ; BEIGNIER (B.), « Une nouvelle proposition de la loi relative au contrat d'union sociale, copie à revoir », *Dr.*

dont l'une des finalités était la procréation¹⁹³³. Le Pacte civil de solidarité a finalement été ouvert aux personnes de sexe différent et de même sexe. Toutefois, l'équilibre recherché par la loi de 1999 n'a pas été atteint. En effet, les revendications des homosexuels d'accéder au statut matrimonial et à la filiation n'ont jamais cessé¹⁹³⁴. La célébration du *mariage de Bègles* entre deux hommes par M. Noël Mamère a démontré l'insuffisance du Pacs de 1999 au regard des revendications des couples de même sexe¹⁹³⁵.

De plus, la pratique et la doctrine ont remarqué les défauts du régime du Pacs tant en matière de publicité que de régime patrimonial et de liquidation¹⁹³⁶. Ainsi, le Pacs a fait l'objet d'une amélioration technique par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités¹⁹³⁷, créant un « troisième mode de conjugalité »¹⁹³⁸ et un « vrai contrat de vie commune »¹⁹³⁹, voire un « quasi-mariage »¹⁹⁴⁰. En effet, en ce qui concerne la publicité, le Pacs fait l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance des deux partenaires¹⁹⁴¹, entrant ainsi par la *petite porte* à l'état civil¹⁹⁴². De même, la réforme de 2006 a

fam. 1999, hors-série, 1 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 215, n° 353 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 309, n° 354.

¹⁹³³ V. « Mariage », in *Vocabulaire juridique* ; V. LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Mariage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 996.

¹⁹³⁴ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 19 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 217, n° 356 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 295, n° 339.

¹⁹³⁵ TGI Bordeaux 27 juill. 2004 ; *D.* 2004. 2392, note E. Agostini ; *ibid.* Somm. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP G* 2004. II. 10169, note G. Kessler ; *Gaz. Pal.* 2004. 3250, note de Geouffre de la Pradelle ; *AJ fam.* 2004, p. 407, obs. Attuel-Mendès ; *Dr. fam.* 2004, comm. 166, note V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2004, p. 719, obs. J. Hauser ; CA Bordeaux, 19 avr. 2005 ; *Dr. fam.* 2005, comm. n° 124, note M. Azavant ; *D.* 2005, p. 1687, note E. Agostini ; *ibid.*, 2005, Pan. 1414, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau. CA Bordeaux, 19 avr. 2005 ; Civ. 1^{re}, 13 mars 2007 (déc. préc., v. *supra*. n° 266).

¹⁹³⁶ V. BEIGNIER (B.), « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », *Defrénois* 2000, n° 10, p. 620 ; COURTRAY (F.), « Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », *RDSS* 2000, p. 1 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 18 ; *ibid.*, n° 21 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 871, n° 1907 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 217, n°s 355 et 356.

¹⁹³⁷ BRUSORIO (M.), « Réforme du Pacs. Ce qui a changé le 1^{er} janvier 2007 », *JCP N* 2006, 1042 ; De BENALCAZAR (S.), « Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers », *Dr. fam.* 2007, étude 2 ; FULCHIRON (H.), « Le nouveau Pacs est arrivé », *Defrénois* 2006, n° 21, p. 1621 ; FULCHIRON (H.), « Pacs, mariage, patrimoine : quelques réflexions d'après la réforme », *Dr. et pat.* 2007, n° 163, n° 28 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La réforme du PACS dans du droit des successions ? », *Dr. fam.* 2006, repère 3 ; LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.), *D.* 2007, p. 1569 ; Mauger-Vielpeau (L.), « Le Pacs après la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2007, 1201 ; MULON (E.), « Le pacs : un nouveau mode de conjugalité », *RJPF* 2007/4. 8 ; ROCHFELD (J.), « Réforme du Pacs. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *RTD civ.* 2006, p. 624.

¹⁹³⁸ « Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme », rapport remis au garde des Sceaux le 30 novembre 2004 ; sur lequel GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs », *Dr. fam.* 2005, étude 9 ; FULCHIRON (H.), « Quel avenir pour le Pacs ? », *Defrénois* 2006, p. 1621 ; LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.), *D.* 2005, pan. p. 809.

¹⁹³⁹ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », art. préc.

¹⁹⁴⁰ SIMLER (P.), HILT (P.), « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », art. préc.

¹⁹⁴¹ C. civ. art. 515-3-1.

réalisé une amélioration au niveau du régime patrimonial des partenaires et la séparation de biens est devenue le régime patrimonial des partenaires à défaut de choix lors de la conclusion du Pacs¹⁹⁴³. En outre, le régime de la solidarité a été clarifié, celle-ci opérant pour les dettes contractées par l'un des partenaires pour les besoins de la vie courante, à l'exception des dépenses manifestement excessives¹⁹⁴⁴. Les règles portant sur la liquidation ont aussi été précisées. En effet, les partenaires doivent procéder eux-mêmes à la liquidation résultant pour eux du Pacs et, à défaut d'accord, le juge peut statuer sur les conséquences de la rupture. Sauf convention contraire, les créances dont les partenaires sont titulaires l'un envers l'autre sont évaluées selon les règles prévues à l'article 1469 du Code civil¹⁹⁴⁵. De surcroît, la loi de 2006 a renforcé les effets personnels du Pacs, en consacrant une obligation de vie commune et d'assistance entre les partenaires¹⁹⁴⁶. Le Pacs a ainsi été consacré comme une forme de vie de couple avec une dimension horizontale, mais dépourvue de toute dimension verticale, c'est-à-dire de toute vocation à la procréation¹⁹⁴⁷.

481. Par ailleurs, au fil des réformes successives, le Pacs et le concubinage ont fait l'objet d'un véritable mouvement de « matrimonialisation »¹⁹⁴⁸, c'est-à-dire de rapprochement avec le mariage¹⁹⁴⁹. Ce *danger* avait déjà été prévu par le Professeur Laurent Leveneur lors des discussions du contrat d'union civile ou sociale¹⁹⁵⁰. En effet, des droits et des avantages

¹⁹⁴² BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 872, n° 1907.

¹⁹⁴³ C. civ., art. 515-5 ; C. civ., art. 515-5-1.

¹⁹⁴⁴ C. civ., art. 515-4, al. 2.

¹⁹⁴⁵ C. civ., art. 515-7, al. 10 et 11.

¹⁹⁴⁶ C. civ., art. 515-4, al. 1^{er}.

¹⁹⁴⁷ ROCHFELD (J.), « Réforme du Pacs. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », art. préc.

¹⁹⁴⁸ MOLFESSIS (N.), « La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel » ; *JCP G* 2000, doct. 210, n° 19 ; HAUSER (J.), « Le sexe et le mariage », *RTD civ.* 2011, p. 326 ; MAUGER-VIELPEAU (L.), « L'autonomie du pacs », *Dr. fam.* 2008, étude 22 ; ROCHFELD (J.), art. préc.

¹⁹⁴⁹ LEBORGNE (A.), « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », art. préc. ; V. aussi LEMOULAND (J.-J.), « L'émergence d'un droit commun des couples », art. préc.

¹⁹⁵⁰ LEVENEUR (L.), « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *Dr. fam.* 1999, hors-série, 2 : « L'instauration de ce contrat (le CUC ou le CUCS) présenterait pourtant au moins trois dangers majeurs. Danger d'un engagement dont les rouages ultérieurs seraient l'ouverture de l'adoption et de la PMA aux couples homosexuels, au mépris de l'intérêt des enfants. Danger pour les cocontractants eux-mêmes : susceptible d'être conclu également par un homme et une femme, ce contrat, organisé par l'État, serait l'institutionnalisation d'un sous-mariage dissoluble par répudiation ; la protection du plus faible ne serait pas correctement assurée. Danger pour les personnes mariées : un formidable moyen serait mis à la disposition de tous ceux qui ne cherchent qu'évasion fiscale et fraude en tous genres ; le risque serait de provoquer par la suite la suppression pour tout le monde des droits qu'on aurait voulu étendre quelle que soit la diversité des situations. **Le principe de cette extension est très contestable : l'utilité sociale particulière de l'institution du mariage justifie qu'un statut spécifique soit réservé aux époux et que les avantages qu'il comporte ne soient pas accordés à ceux qui n'en assument pas les contraintes** (c'est nous qui soulignons) ».

réservés autrefois aux époux ont été accordés aux couples de partenaires et de concubins¹⁹⁵¹. À cet égard, le Professeur Hugues Fulchiron posait la question suivante : « le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? »¹⁹⁵² La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 dite de simplification a continué ce mouvement de rapprochement au mariage en faisant du juge aux affaires familiales le juge des affaires patrimoniales et des indivisions des partenaires pacsés et

¹⁹⁵¹ LAMARCHE (M.), « La multiplication des avantages en faveur des partenaires », *Dr. fam.* 2009, alerte 61 ; Parmi les avantages étendus aux partenaires, il est possible de citer l'attribution de la co-titularité du contrat de bail d'habitation, la reprise par le partenaire survivant en cas de décès du titulaire (C. civ., art. 1751) et la possibilité de saisir le juge par l'un des partenaires, en cas de dissolution du Pacs, afin de se voir attribué le bail d'habitation (C. civ., art. 1751-1) établies par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (ALUR) (N. Fricero, A. Tani, V. Avena-Robardet, « Les nouveautés de la loi Macron », *AJ fam.* 2015, p. 430). De même, en matière de protection sociale (V. sur l'ensemble de prestations sociales L. Pécaut-Rivolier, « Avantages et droits sociaux des pacsés », *AJ fam.* 2007, p. 20), le partenaire avait la qualité d'ayant droit, l'affiliation à la sécurité sociale du partenaire de l'assuré social étant admise depuis la loi du 15 novembre 1999 (CSS, art. 161-14 – abrogé par la loi n° 2015-1702 du 21 décembre 2015 de financement de la sécurité sociale pour 2016, qui a fait disparaître la notion d'ayant droit et créé la protection universelle maladie [Puma]).

En droit du travail, la loi n° 2014-873 a conféré quatre jours de congés pour la célébration du mariage et pour conclusion du Pacs (C. trav., art. L. 3142-1, 1°), ainsi que deux jours de congés en cas de décès de l'époux, du partenaire et du concubin (C. trav., art. L. 3142-1, 4°). De même, le Code du travail accorde au salarié ayant au moins un an d'ancienneté dans l'entreprise, un droit à un congé de proche aidant non rémunéré lorsque son conjoint, son partenaire pacsé ou son concubin présente un handicap ou une perte d'autonomie d'une particulière gravité (C. trav. 3142-16). De plus, le conjoint salarié de la femme enceinte ou bénéficiant d'une assistance médicale à la procréation ou la personne salariée liée à elle par un pacte civil de solidarité ou vivant maritalement avec elle bénéficie d'une autorisation d'absence pour se rendre à trois de ces examens médicaux obligatoires ou de ces actes médicaux nécessaires pour chaque protocole du parcours d'assistance médicale au maximum (C. trav. 1225-16, al. 3). L'article L. 3141-14 dispose que « les conjoints et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité travaillant dans une même entreprise ont droit à un congé simultané. » Lorsqu'il définit les congés, l'employeur doit prendre en compte « la situation de famille des bénéficiaires, notamment les possibilités de congé, dans le secteur privé ou la fonction publique, du conjoint ou du partenaire lié par un pacte civil de solidarité » (C. trav. art. L. 3141-16, 1°). Par ailleurs, les dispositions relatives au rapprochement du conjoint dans la fonction publique sont applicables au partenaire pacsé (Loi n° 84-16 du 11 janv. 1984, portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'Etat art. 60 et 62).

En droit fiscal, les époux et les partenaires pacsés bénéficient d'une imposition commune (CGI, art. 6, 1) et le même régime fiscal est applicable pour les époux et les partenaires (CGI, art. 7), étant tenus solidairement au paiement de l'impôt sur le revenu lorsqu'ils font l'objet d'une imposition commune et au paiement de la taxe d'habitation lorsqu'ils vivent sous le même toit (CGI, art. 1691 bis, I). De plus, les époux, les partenaires pacsés et les concubins notoires font l'objet d'une imposition commune au titre de l'impôt sur la fortune immobilière (CGI, art. 964). Ils sont solidaires pour le paiement de l'impôt sur la fortune immobilière (CGI art. 1723 ter-00 B). Concernant les droits de mutation, la loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat (TEPA) a aligné les droits de mutation à titre gratuit des partenaires à ceux des époux (CGI, art. 790 E, 790 F).

En droit pénal, l'article 434-1 du Code pénal prévoit une dispense d'informer les autorités judiciaires ou administratives de la commission d'un crime pour le conjoint et pour la personne qui vit notoirement en situation maritale avec l'auteur ou le complice du crime. De plus, le dispositif de lutte contre les violences au sein du couple instauré par les lois n° 2006-399 du 4 avril 2006 et n° 2010-769 du 9 juillet 2010 s'applique à toutes les formes de vie de couple. Il en va de même pour ce qui est de l'ordonnance de protection l'époux ou le partenaire violent peut faire l'objet d'une véritable expulsion (C. pr. exéc., art. L. 412-8). De même, le juge de condamnation ou d'application de peines peut ordonner au condamné, lorsque l'infraction a été commise contre l'époux, le partenaire pacsé ou le concubin, ainsi que contre les enfants de ces derniers ou du couple, de résider hors du domicile du couple et de s'abstenir de paraître dans ce domicile ou dans ses environs. Cette disposition est aussi applicable pour l'ancien époux, partenaire ou concubin. La loi dispose que l'avis de la victime est prise en compte lorsque sont en cause des faits de violences susceptibles d'être renouvelés et que la victime la sollicite. (C. pén., art. 132-45 ; Comp. C. pr. pén., art. 41-1, 6° ; C. pr. pén., art. 41-2, 14°).

¹⁹⁵² FULCHIRON (H.), « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mél. J. Hauser*, *op. cit.*, p. 125 et s.

des concubins, à l'instar des époux¹⁹⁵³. Puis, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, a modifié les règles d'enregistrement du Pacs, et a remplacé le greffe du tribunal d'instance par l'officier de l'état civil¹⁹⁵⁴.

Ce mouvement de matrimonialisation a pu générer des doutes à l'égard de l'autonomie du Pacs en tant que mode de vie de couple¹⁹⁵⁵ : est-il destiné à devenir le mariage ? Existe-t-il une véritable différence entre le concubinage et le Pacs ? Le rapprochement entre les différents modes de vie de couple permet-il d'affirmer l'existence en droit français d'un *droit des couples* ? Faudrait-il faire disparaître le Pacs, absorbé par le « mariage pour tous », au profit d'un nouveau partenariat neutre qui repose uniquement sur la communauté de vie ?¹⁹⁵⁶

En réalité, si le rapprochement entre les modes de vie de couple continue, il est possible de les différencier, notamment par la dimension verticale qui fait défaut dans le Pacs et le concubinage¹⁹⁵⁷. En effet, les régimes du mariage et du Pacs sont très différents, tant pour les conditions de formation du lien de couple concerné que pour les effets que ce lien entraîne. Le concubinage, lui, demeure une forme factuelle de vie de couple. De plus, malgré ce mouvement, la porte de la parenté et de la filiation aux couples de même sexe est maintenue fermée par la Cour de cassation¹⁹⁵⁸, par le Conseil constitutionnel¹⁹⁵⁹ et par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁶⁰. Dès lors, malgré le succès du Pacs¹⁹⁶¹, les revendications des homosexuels n'ont pas été satisfaites et l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe était alors devenue, pour certains, une véritable nécessité sociale¹⁹⁶².

¹⁹⁵³ V. *supra*. n° 64.

¹⁹⁵⁴ C. civ., art. 515-3, al. 1^{er}.

¹⁹⁵⁵ MAUGER-VIELPEAU (L.), « L'autonomie du pacs », art. préc.

¹⁹⁵⁶ FULCHIRON (H.), « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », art. préc.

¹⁹⁵⁷ MAUGER-VIELPEAU (L.), « L'autonomie du pacs », art. préc. ; ROCHFELD (J.), « Réforme du Pacs. Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », art. préc.

¹⁹⁵⁸ Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007 (déc. préc.) ; v. *supra*, n° 456.

¹⁹⁵⁹ Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC : JO 7 oct. 2010, p. 18154 (déc. préc.) ; v. *supra*. n° 275 ; v. aussi *supra*, n° 456.

¹⁹⁶⁰ CEDH, sect. 5, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France* : JurisData n° 2012-006488 (déc. préc.) ; v. *supra*, n° 456.

¹⁹⁶¹ BÉGUIN (J.), « Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le PACS », *JCP G* 2011, 2

¹⁹⁶² LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *Dr. fam.* 2013, repère 1

B. Le couple marié de même sexe

482. L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe a été refusée par la Cour de cassation¹⁹⁶³, par le Conseil constitutionnel¹⁹⁶⁴ et par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁹⁶⁵. La lecture des décisions de ces juridictions suprêmes permettait de comprendre que seul le législateur avait la bonne clef¹⁹⁶⁶.

483. La position juridique contraire à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe était essentiellement fondée sur la dimension verticale du mariage, c'est-à-dire sa vocation à la procréation et sa relation directe avec la filiation à travers la présomption de paternité¹⁹⁶⁷, qui

¹⁹⁶³ Civ. 1^{re}, 13 mars 2007 (déc. préc.) : « selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ; v. *supra*. n° 266.

¹⁹⁶⁴ Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, JO 29 janv. ; *D.* 2011. Pan., p. 1042, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011, p. 157, obs. F. Chénéde ; *JCP* 2011. Chron. 29, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2011. Libres propos 250, obs. A. Mirkovic ; BEIGNIER (B.), « Legislator Juris dictio », *Dr. fam.* 2011, repère 3 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 32, note R. Ouedraogo ; MARTEL (D.), « Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe », *Dr. fam.* 2011, étude 4 : « qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a, dans l'exercice de la compétence que lui attribue l'art. 34 de la Constitution, estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation » ; v. *supra*. n° 274 ; v. aussi *supra*. n° 456.

¹⁹⁶⁵ CEDH 24 juin 2010, *Shalck et Kopf c/*, req. n° 30141/04 ; *D.* 2011. Pan., p. 1040, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2010, p. 765, obs. J. Hauser ; *Constitutions* 2010, p. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP* 2010. 1013, note H. Fulchiron ; *JCP G* 2010. I. 859, n° 30, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. Lagarde : Pour refuser de condamner l'Autriche, la Cour EDH a considéré le défaut de consensus des pays membres sur la question du mariage homosexuel (§58), ainsi que la marge d'appréciation laissée aux États (§62) et affirmé que l'article 12 de la Convention n'impose pas aux États membres d'ouvrir le mariage aux couples de même sexe (§63).

¹⁹⁶⁶ En ce sens, BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 435, n° 964 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 48, n° 72 ; HAUSER (J.), « Le sexe et le mariage », art. préc. ; LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.), « Droit des couples », *D.* 2011. Pan., p. 1042 ; ROME (F.), « L'outrage aux folles... », *D.* 2011, p. 297.

¹⁹⁶⁷ En ce sens, LACROIX (X.), « Un mariage 'homosexuel' : non-discrimination ou confusion », art. préc. ; LEBORGNE (A.), « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », art. préc. spéc. p. 697 ; LEQUETTE (Y.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions », art. préc. ; LIBCHABER (R.), « La notion du mariage civil », art. préc. ; MALAURIE (PH.), « Le mariage homosexuel et l'union civile. Réponse à Xavier Labbé », *JCP G* 2012, 1096 ; MALAURIE (PH.), « Le mariage pour tous et la "décrétinomanie" contemporaine », *LPA* 2013, n° 69, p. 11 ; MIRKOVIC (A.), « Le mariage, c'est un homme et une femme », *JCP G* 2011, 134 ; V. aussi DE BOYSSON (B.), *op. cit.*, p. 355, n° 631 et s. : « Le refus du droit français d'instaurer un 'mariage homosexuel' s'explique notamment par la volonté de maintenir unie la notion de mariage. » « En ouvrant le mariage aux couples de même sexe, le législateur ferait vraisemblablement entrer dans la notion une composante nouvelle et différente, notamment en matière de procréation et de filiation. » L'auteur considère que l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe pourrait faire perdre l'unicité de la notion de mariage en multipliant les objets auxquels on attribuerait le signifiant « mariage ». Cette multiplication pourrait alors évincer le caractère fédérateur du terme et provoquer le déclin du mariage. Par ailleurs, l'auteur suppose que cette ouverture pourrait entraîner une cause de discrimination entre les couples de sexe différent et ceux de même sexe en matière de procréation et d'accès à la filiation.

était considérée par le Doyen Carbonnier comme le « cœur du mariage »¹⁹⁶⁸. D'ailleurs, ce dernier affirmait que le mariage entre personnes de même sexe serait inexistant, car la finalité de fonder une famille ne serait pas accomplie¹⁹⁶⁹. Ainsi, l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe était perçue comme une dilution de l'institution matrimoniale par l'emprise de la non-discrimination et de la primauté des volontés individuelles¹⁹⁷⁰. Cependant, l'argument contraire à l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe le plus solide a été apporté par les Cours suprêmes : le mariage était réservé aux couples de sexe différent, car tel était le choix du législateur et lui seul pouvait opérer un changement¹⁹⁷¹.

484. L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe. Le candidat à l'élection présidentielle François Hollande a fait de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe une promesse de campagne¹⁹⁷². Le Gouvernement a présenté un projet de loi « ouvrant le mariage aux couples de même sexe »¹⁹⁷³, qui envisageait non seulement le

¹⁹⁶⁸ Phrase que l'auteur ne semble pas avoir écrite, mais prononcée lors d'une conférence à l'ENM en 1994. Rapportée par X. Lacroix, « Un mariage « homosexuel » : non-discrimination ou confusion ?, in *Mariage-Conjugalité, Parenté-Parentalité*, FULCHIRON (H.) (*Dir.*), *op. cit.*, p. 49.

¹⁹⁶⁹ CARBONNIER (J.), « Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », *op. cit.*, p. 1165, n° 530.

¹⁹⁷⁰ LACROIX (X.), « Un mariage 'homosexuel' : non-discrimination ou confusion ? », art. préc ; LEQUETTE (Y.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions », art. préc. ; LIBCHABER (R.), « La notion du mariage civil », art. préc. ; POUSSON-PETIT (J.), « La contractualisation du droit de la famille », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I Lien familial et lien obligationnel*, PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-PH.), SIFFREIN-BLANC (C.) (*Dir.*), PUAM, 2013, p. 115 ; V. aussi pour une analyse et une comparaison des thèses pour et contre le mariage entre personnes de même sexe, LEROYER (A.-M.), « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », *D.* 2013, p. 1697.

¹⁹⁷¹ CHÉNEDÉ (F.), « La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur 'le mariage pour tous' », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, *op. cit.*, p. 27 et s ; En ce sens, LEBEL (A.), « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ fam.* 2013, p. 122 : « le mariage est une institution ; or les institutions sont, par leur nature même, susceptibles d'évolution suivant les besoins et la volonté de la société ».

¹⁹⁷² Engagement 31.

¹⁹⁷³ Projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, AN n° 344, 7 nov. 2012 ; Sénat n° 349 ; AN n° 920 (2^e lecture), 15 avr. 2013 ; AYNÈS (L.), « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.* 2012. Chron., p. 2750 ; LABBÉE (X.), « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP* 2012. 1642 ; BATTEUR (A.), MAUGER-VIELPEAU (L.), RAOUL-CORMEIL (G.), FROSSARD (L.), ROGUE (F.), « À propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le code civil du double sens du mot « parent » est un impératif juridique ! », *Dr. fam.* 2013. Dossier 3 ; MIRKOVIC (A.), « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr. fam.* 2013. Dossier 5 ; MIRKOVIC (A.), « La situation juridique des enfants élevés par des personnes de même sexe », *Dr. fam.* 2013. Dossier 6 ; DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « L'extension du mariage et de la filiation aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille », *RLDC* 2012, p. 98 ; HAUSER (J.), « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe », *JCP* 2012. 2000 ; HAUSER (J.), « Présidentielle : être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question », *JCP* 2012. 466 ; FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013. Chron. p. 100 ; CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), « Mariage pour tous : l'effet papillon », *RJPF* 2013-2/5 ; NEIRINCK (C.), « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.* 2013. Dossier 2 ; LEMOULAND (J.-J.), VIGNEAU (D.), *D.* 2013. Pan., p.1089 ; LEBEL (A.), « Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du

mariage, mais également l'adoption pour ces couples. Cependant, l'ouverture de la procréation médicalement assistée (PMA) et de la gestation pour autrui (GPA) n'a pas été évoquée. Après des débats très intenses et au milieu des manifestations¹⁹⁷⁴ parfois violentes¹⁹⁷⁵, la loi a été approuvée en seconde lecture par le Parlement le 15 avril 2013.

Le texte a été soumis au contrôle du Conseil constitutionnel, qui a rendu une décision de conformité sous réserves le 17 mai 2013¹⁹⁷⁶. Dans le considérant 21 de sa décision, le Conseil a affirmé que « si la législation républicaine antérieure à 1946 et les lois postérieures ont, jusqu'à la loi déferée, regardé le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, cette règle qui n'intéresse ni les droits et libertés fondamentaux, ni la souveraineté nationale, ni l'organisation des pouvoirs publics, ne peut constituer un principe fondamental reconnu par les lois de la République au sens du premier alinéa du Préambule de 1946 ; qu'en outre, doit en tout état de cause être écarté le grief tiré de ce que le mariage serait "naturellement" l'union d'un homme et d'une femme ». De plus, dans le considérant 22, les *Sages* ont inscrit « qu'en ouvrant l'accès à l'institution du mariage aux couples de personnes de même sexe, le législateur a estimé que la différence entre les couples formés d'un homme et d'une femme et les couples de personnes de même sexe ne justifiait plus que ces derniers ne puissent accéder au statut et à la protection juridique attachés au mariage » et ont conclu « qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en matière de mariage, de cette différence de situation ». Dès lors, en suivant le même raisonnement adopté dans la décision QPC du 28 janvier 2011¹⁹⁷⁷, le Conseil a considéré comme conforme à la Constitution la loi déferée, avec des réserves d'interprétation concernant la conformité de l'agrément de l'adoptant¹⁹⁷⁸ et le prononcé de l'adoption à l'intérêt supérieur de l'enfant¹⁹⁷⁹.

droit », *AJ fam.* 2013, p. 122 ; THÉRY (I.), « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation », *Dr. fam.* 2013, Dossier 17.

¹⁹⁷⁴ Représentées essentiellement par le mouvement « Manif pour tous », qui défend limiter le mariage entre un homme et une femme.

¹⁹⁷⁵ V. pour une analyse philosophique brève et très intéressante de l'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, FINKIELKRAUT (A.), « La seule exactitude », Éd. Stock, 2015, p. 15 et s. ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 116, n° 165 et s. ;

¹⁹⁷⁶ Cons. const., déc. n° 669 DC du 17 mai 2013 ; MATHIEU (B.), « Les 'questions de société' échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 : *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet.

¹⁹⁷⁷ V. notamment CHÉNEDÉ (F.), « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *AJ fam.* 2013, p. 332 ; Comp. CHÉNEDÉ (F.), « L'ouverture du mariage aux couples homosexuels n'est pas de la compétence du Conseil constitutionnel », *AJ fam.* 2011, p. 157.

¹⁹⁷⁸ Cons. const., déc. n° 669 DC du 17 mai 2013, déc. préc., cons. 53 ; MATHIEU (B.), « Les 'questions de société' échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 : *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, cons. 54.

Juste après sa validation par le Conseil constitutionnel, la loi « ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » a été promulguée, devenant ainsi la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, publiée au Journal officiel le 18 mai 2013¹⁹⁸⁰. Cette loi a réinséré l'article 143 du Code civil, qui dispose désormais que le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe. De plus, elle a inséré au titre préliminaire du Code civil un dispositif « balai » au sein de l'article 6-1, qui assure l'égalité du mariage pour les couples de sexe différent et de même sexe par une disposition d'ordre public¹⁹⁸¹. Par ailleurs, le législateur a opéré l'adaptation et la coordination de certains articles afin de mettre en conformité le régime du mariage avec le nouveau droit conféré aux personnes de même sexe¹⁹⁸². Qu'il soit célébré entre couples de sexe différent ou de même sexe, le mariage est en principe le même, car il est assujéti aux mêmes conditions de forme et de fond et produit les mêmes effets, du moins entre les époux et leurs enfants. Il faut souligner que le mariage, comme le Pacs et le concubinage de personnes de même sexe, n'a pas entraîné un affaiblissement des autres caractères du lien de couple, contrairement à ce qui a été soulevé par la doctrine réticente à ce type d'unions¹⁹⁸³. L'indifférence de sexe reste effectivement autonome à l'égard d'autres empêchements, tels que la monogamie ou l'exogamie¹⁹⁸⁴.

485. La quasi-unicité du mariage des couples de sexe différent et de même sexe. Une différence a néanmoins été prévue par la loi en ce qui concerne la règle de conflit des lois applicable aux conditions de fond du mariage. En effet, selon l'article 201-1, alinéa 1^{er}, ces conditions sont régies par la loi personnelle des prétendants. Cependant, l'alinéa 2 ajoute une

¹⁹⁸⁰ V. pour analyse globale de la portée de la loi du 17 mai 2013, FENOUILLET (D.), « La portée de la réforme sur le droit des couples », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, *op. cit.*, p. 129 et s. ; V. aussi, HAUSER (J.), « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », *JCP N* 2013. 1164 ; LEROYER (A-M.), « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, au présent et futur », *D.* 2013, p. 1697.

¹⁹⁸¹ C. civ., art. 6-1 : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnues par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre I^{er} du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe » ; Le dispositif balai avait pour finalité d'assurer la coordination entre les textes existant qui mettaient en évidence la différence de sexe du mariage et le nouveau droit conféré aux couples de même sexe de se marier, tout en évitant la disparition des mots « père et mère » ou « femme et mari » ; V. pour une analyse critique du choix d'introduire le dispositif balai, PÉRÈS (C.), « L'article 6-1 du code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, p. 1370 ; V. aussi BINET (J.-R.), « Article 6-1 du Code civil : deux mariages et un enferrement ! », *Dr. fam.* 2013, repère 7.

¹⁹⁸² La différence entre homme et femme de l'article 75 du Code civil a été remplacée par le mot « époux » (« Il [l'officier de l'état civil] recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux). Il en va de même pour ce qui est de l'article 144 du Code civil qui dispose « le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus », ainsi que pour l'article 225-1, qui dispose désormais « chacun des époux peut porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'il choisit ». Concernant l'empêchement à mariage fondé sur l'inceste, la loi a complété les articles 162 (prohibition du mariage entre frères et sœurs), 163 (prohibition du mariage entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce).

¹⁹⁸³ MALAURIE (PH.), « Le mariage pour tous et la "décrétinomanie" contemporaine », *LPA* 2013, n° 69, p. 11.

¹⁹⁸⁴ SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 76, n° 64.

exception en ce qui concerne le mariage entre personnes de même sexe, qui « peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». La finalité de cette exception est de garantir le droit aux étrangers de se marier en France avec une personne de leur même sexe, lorsque celle-ci est française ou lorsqu'ils résident tous deux en France. Toutefois, la circulaire du 29 mai 2013¹⁹⁸⁵ a établi que l'exception de l'article 201-1, alinéa 2, n'est pas applicable lorsque le prétendant est ressortissant d'un État avec lequel la France est liée par des conventions bilatérales qui prévoient que la loi applicable aux conditions de fond du mariage est la loi personnelle. Ainsi, la circulaire justifie cette solution par la hiérarchie des normes et donc par la suprématie des conventions internationales à l'égard de la loi. De la sorte, l'officier de l'état civil est empêché de célébrer ce mariage.

La solution prise par la circulaire paraît contradictoire au regard de l'objectif de la loi de 2013 de garantir le droit au mariage aux personnes de même sexe, ainsi que de la protection d'ordre public de l'indifférence de sexe que la loi du 17 mai 2013 a voulu instaurer¹⁹⁸⁶. Toutefois, par un arrêt du 28 janvier 2015, la première chambre civile de la Cour de cassation a considéré que la loi étrangère qui interdit le mariage entre personnes de même sexe n'est pas compatible avec l'ordre public international français et qu'elle doit donc être écartée afin de permettre la célébration du mariage dès lors que l'un des prétendants est français ou réside en France¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁸⁵ Circ. 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du Code civil), NOR : JUSC1312445C, 2.1.2. ; *JCP* 2013, n° 729, obs. Ch. Bidaud-Garon ; FULCHIRON (H.), « À propos de la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du code civil) », *D.* 2013, p. 1969 ; FULCHIRON (H.), « Le 'mariage pour tous' en droit international privé : le législateur français à la peine... », *Dr. fam.*, 2013, dossier 9 ; BOICHÉ (A.), « Aspects de droit international privé », *AJ fam.* 2013, p. 362 ; PANET (A.), « 'Conventions bilatérales' : Mariage et conventions bilatérales », *AJ fam.* 2014, p. 346 ; GODECHOT-PATRIS (S.), GUILLAUMÉ (J.), « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013, p. 1756.

¹⁹⁸⁶ SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 82, n° 66.

¹⁹⁸⁷ Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n° 13-50.059, FS-P+B+R+I : JurisData n° 2015-000872 ; *Dr. fam.* 2015, comm. 63, note A. Devers, M. Farge ; *D. Actu.* 2015, obs. R. Mésa ; *D.* 2015, p. 464, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2015, p. 71, point de vue B. Haftel ; *Gaz. Pal.* 5 févr. 2015, n° 36, p. 11, avis J.-D. Sarcelet ; *RTD civ.* 2015, p. 91 P. Puig ; V. avant, CA Chambéry, 22 oct. 2013, n° 13/02258 ; *D.* 2013, p. 2464 ; *ibid.*, p. 2576, entretien H. Fulchiron ; *ibid.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2013, p. 720, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2014, 89, obs. J. Hauser ; *JCP* 2013, p. 1159, obs. A. Devers ; *ibid.* 1233, obs. F. Boulanger ; *Dr. fam.* 2013, comm. 158, obs. J.-R. Binet.

§ 2 L'indifférence de l'altérité sexuelle dans les liens de parenté

486. En matière de liens de parenté, si l'indifférence de l'altérité sexuelle ne concerne que l'établissement du lien de filiation par adoption¹⁹⁸⁸ (A), il est possible d'envisager que ce caractère s'étendra à d'autres modes d'établissement de la filiation (B).

A. L'indifférence de l'altérité sexuelle limitée à la filiation adoptive

487. La condition d'altérité sexuelle du mariage a maintenu fermé l'accès à l'adoption pour les couples de même sexe (1). Toutefois, l'effacement de cette condition par la loi du 17 mai 2013 a entraîné, par voie de conséquence, l'ouverture de l'adoption à ces couples (2).

1. *Le refus de l'adoption pour les couples de même sexe*

488. Traditionnellement, il existait un refus de conférer aux couples de même sexe la possibilité d'adopter, car l'adoption, bien qu'étant un mode de filiation fictive ou du moins élective¹⁹⁸⁹, était construite sur un modèle biologique et charnel qui déterminait ses conditions et ses conséquences¹⁹⁹⁰. S'il est vrai que la possibilité d'adopter donnée aux célibataires¹⁹⁹¹ a constitué une première étape de dissociation de l'adoption de ce paradigme biologique¹⁹⁹², l'adoption conjointe et l'adoption de l'enfant du conjoint concernaient uniquement des couples de sexe différent, car le mariage ne pouvait être célébré qu'entre un homme et une femme¹⁹⁹³.

Ainsi, une partie de la doctrine fondait le rejet à l'adoption pour les couples de même sexe sur la fonction de l'adoption à rattacher un enfant à l'adoptant et à sa famille, dans le cas de l'adoption plénière, en établissant entre eux des rapports personnels et pécuniaires qui

¹⁹⁸⁸ C. civ., art. 6-1.

¹⁹⁸⁹ EUDIER (F.), « Adoption », *op. cit.*, n° 1 ; NEIRINCK (C.), « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP G* 1997, doctr. 4067 ; MURAT (P.), « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mél. J. Hauser, op. cit.*, p. 405 ; MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Dr. fam.* 2013, dossier 24.

¹⁹⁹⁰ BATTEUR (A.), « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* 2007, n° 122, p. 6 ; LEROYER (A.-M.), « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », art. préc. ; MURAT (P.), « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », art. préc. ; NEIRINCK (C.), « Une famille homosexuelle », art. préc. ; ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : quel statut pour l'engagement ? », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, op. cit.*, p. 165, spéc. n° 2.

¹⁹⁹¹ Depuis la loi n°96-604 du 5 juillet 1996, l'article 343-1, alinéa 1^{er} du Code civil dispose : « L'adoption peut être aussi demandée par toute personne âgée de plus de vingt-huit ans. »

¹⁹⁹² En ce sens ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : quel statut pour l'engendrement ? », art. préc., p. 171.

¹⁹⁹³ *Ibid.*, p. 172.

s'inscrivent dans le temps et même dans la généalogie de chacun, dépassant alors la vie de l'adoptant et de l'adopté, ainsi que sur le symbole qui pèse sur l'adoption, en tant que mode de construction du lien familial¹⁹⁹⁴. Dès lors, l'adoption n'implique pas simplement une prise en charge de l'enfant, qui donnerait lieu à un simple lien de *parentalité*, mais un moyen d'extension familiale qui ne peut qu'être claqué sur la réalité biologique de la filiation¹⁹⁹⁵. L'adoption, comme l'ensemble de la filiation, était alors fondée sur « le mythe de l'engendrement »¹⁹⁹⁶. À cela s'ajoute l'idée répandue selon laquelle, conformément au principe de précaution¹⁹⁹⁷, le bon développement de l'enfant repose sur l'existence d'un référent masculin et féminin¹⁹⁹⁸, ainsi que sur la possibilité de connaître ses origines¹⁹⁹⁹. De plus, il a été avancé l'argument de l'intérêt de la société, dont la construction reposerait sur la différence et la complémentarité de l'homme et de la femme²⁰⁰⁰. Cette conception *naturelle* de l'adoption empêchait un couple de même sexe d'adopter un enfant.

489. Reconnaissance partielle de l'homoparentalité. « L'homoparentalité »²⁰⁰¹ a fait l'objet d'une reconnaissance partielle à travers la délégation-partage de l'autorité parentale²⁰⁰², dont l'usage pour les couples de même sexe a été autorisé par la Cour de cassation²⁰⁰³ afin de permettre la prise en compte des liens affectifs et effectifs entre l'enfant et le partenaire de son

¹⁹⁹⁴ MURAT (P.), « Vers la famille homosexuelle par adoption ? », *Dr. fam.* 2000, chron. 8 ; NERINCK (C.), « Une famille homosexuelle », art. préc. ; NERINCK (C.), « Homoparentalité et adoption », in *Mél. F. Terré, op. cit.*, p. 353

¹⁹⁹⁵ BATTEUR (A.), « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », *AJ fam.* 2006, p. 392 ; NERINCK (C.), « Une famille homosexuelle », art. préc. ; NERINCK (C.), « L'enfant que l'on ne peut concevoir », in *la famille que je veux, quand je veux ?*, *op. cit.*, p. 39 ; NERINCK (C.), « Homoparentalité et adoption » art. préc., spéc. p. 361 ; NERINCK (C.), « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.* 2013, dossier 2 ;

¹⁹⁹⁶ MURAT (P.), « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », art. préc. ; en ce sens ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : quel statut pour l'engendrement ? », art. préc.

¹⁹⁹⁷ « Rapport au nom de la Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant », préc., T. I, p. 153 : Tant que des doutes subsistent sur la construction de l'identité psychique de l'enfant adopté, il était préconisait de ne pas ouvrir l'adoption aux couples de même sexe.

¹⁹⁹⁸ LACROIX (X.), « Un droit à l'enfant », in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, *op. cit.*, p. 125 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 651, n° 1407 ; TERRÉ (F.), GOLDIEGENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 736, n° 758.

¹⁹⁹⁹ LACROIX (X.), « Un droit à l'enfant », art. préc.

²⁰⁰⁰ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (F.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 652, n° 1408.

²⁰⁰¹ FULCHIRON (H.), « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », art. préc. ; MILLET (F.), « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Defrénois* 2005, p. 743 ; ROUVIÈRE (F.), « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *Gaz. Pal.* 2013, n° 066.

²⁰⁰² C. civ., art. 377-1, al. 2.

²⁰⁰³ Civ. 1^{re}, 24 févr. 2006, n° 04-17.090 (FS-P+B+R+I) ; *AJ fam.* 2006, p. 159, obs. F. Chénéde ; *D.* 2006, p. 876 H. Fulchiron ; *Ibid.*, Jur. p. 897, note I. Gallmeister ; *Ibid.* p. 897, note D. Vigneau ; *Ibid.* Pan. p. 1421, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *Ibid.* Pan. p. 1148, obs. F. Granet ; *RJPF*-2006-4/32, note E. Mulon ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. Hauser.

parent biologique²⁰⁰⁴. Toutefois, cette technique n'a pas pour effet d'établir un lien de filiation, mais un lien de parentalité²⁰⁰⁵. L'homoparentalité de fait, en tant que relation relevant de la vie privée et familiale, est alors reconnue, mais elle ne modifie aucunement la structure familiale de l'enfant ou de son parent²⁰⁰⁶.

Cependant, les revendications des couples de même sexe à l'accès à la filiation²⁰⁰⁷ n'ont pas cessé et les juridictions ont été confrontées à la question de savoir si le traitement que leur donnait la loi était justifié et égalitaire. L'accès à l'adoption a tout de même été refusé aux couples de même sexe²⁰⁰⁸ par la Cour de cassation²⁰⁰⁹, par le Conseil constitutionnel²⁰¹⁰ et par la Cour européenne des droits de l'homme²⁰¹¹. Ce refus était fondé sur la règle de l'article 346 du Code civil, « nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux », ainsi que sur la réserve légale de l'adoption de l'enfant du conjoint, tout comme l'adoption conjointe, aux couples mariés²⁰¹². Ainsi, puisque le mariage ne pouvait être célébré qu'entre personnes de sexe différent²⁰¹³, les membres des couples de même sexe ne pouvaient aucunement recourir ensemble à l'adoption. Les Cours suprêmes s'accordaient à affirmer que la différence de situation entre les couples mariés et les concubins ou partenaires pacsés justifiaient un traitement différencié qui impliquait de réserver aux premiers l'adoption²⁰¹⁴. De plus, l'argument juridique des Cours suprêmes était fondé sur le défaut de conformité de cette adoption à l'intérêt de l'enfant caractérisé non pas par l'orientation sexuelle des

²⁰⁰⁴ CORPART (I.), « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF* 2012-4/7.

²⁰⁰⁵ FULCHIRON (H.), « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », art. préc.

²⁰⁰⁶ *Ibid.* ; MILLET (F.), « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Deffrénois* 2005, p. 743.

²⁰⁰⁷ CORPART (I.), « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », art. préc.

²⁰⁰⁸ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 412, n° 1032 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 454, n° 1327 ; *Ibid.*, p. 479, n° 1409 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 409, n° 859 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 542, n° 680 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 651, n° 1407.

²⁰⁰⁹ Civ. 1^{re} 20 févr. 2007, n° 06-15.647, FS P+B+R+I, Proc. gén. près CA Bourges : Juris-data n° 2007-037456 ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 04-15.676, FS P+B+R+I, X et a. c/ Proc. gén. près CA Paris : Juris-data n° 2007-037455 ; *JCP G.* 2007, II 10068, obs. C. Neirinck ; *JCP G.* 2007, act. 109, obs. Y. Favier ; *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs P. Murat ; *D.* 2007, 1047, note D. Vigneau ; Civ. 1^{re}, 9 mars 2011, n° 10-10.385, *Dr. fam.* 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; *D.* act. 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc (déc. préc., v. *supra.* n° 456).

²⁰¹⁰ Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC (déc. préc., v. *supra.* n° 456).

²⁰¹¹ CEDH, 15 mars 2012, *Gas et Dubois c. France* (déc. préc.) ; V. cependant CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, *X. et a. c/ Autriche* (déc. préc.) : l'Autriche a été condamnée parce qu'elle réservait l'adoption simple aux couples de sexe différent, qu'ils soient des couples mariés ou non. De la sorte, cet État discriminait ne discriminait que les couples de même sexe. (V. *supra.* n° 456)

²⁰¹² NEIRINCK (C.), « Une famille homosexuelle », art. préc. ; NEIRINCK (C.), « Homoparentalité et adoption », spéc. p. 360.

²⁰¹³ V. *supra.* n° 482.

²⁰¹⁴ V. sur ce point, *supra.* n° 456.

demandeurs²⁰¹⁵, mais la déchéance de l'autorité parentale du parent biologique à l'égard de l'enfant²⁰¹⁶. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs considéré que le droit à mener une vie familiale normale entre l'enfant et le partenaire ou concubin de son parent n'impliquait pas forcément l'établissement d'un lien de filiation entre eux²⁰¹⁷.

Par ailleurs, une question se posait à l'égard de la possibilité de réceptionner en France l'adoption prononcée au profit d'un couple de même sexe à l'étranger. Dans un premier temps, la Cour de cassation a admis l'exequatur d'un jugement d'une juridiction américaine prononçant l'adoption par une concubine de l'enfant de sa partenaire, au motif que « la décision qui partage l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant » n'est pas contraire à l'ordre public international français²⁰¹⁸. Or, dans un second temps, la Cour a refusé l'exequatur d'une décision d'une juridiction anglaise prononçant l'adoption de l'enfant par la concubine de sa mère. En effet, la Haute juridiction a affirmé que si la règle de l'article 346 du Code civil qui réserve l'adoption conjointe aux couples mariés n'est pas un principe essentiel reconnu par le droit français, il est « contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents du même sexe ».²⁰¹⁹ Il était clair que, comme pour le mariage, le seul qui pouvait ouvrir le droit à l'adoption pour les couples de même sexe était le législateur²⁰²⁰.

²⁰¹⁵ L'orientation sexuelle ne peut pas être un critère déterminant l'obtention de l'agrément administratif ou le prononcé de l'adoption. Si la CEDH avait dans un premier temps épargné la France d'une condamnation en raison du refus de l'agrément à une femme homosexuelle (CEDH, 26 févr. 2002, *Fretté c/ France* ; *JCP G.* 2002. II. 10074, note A. Gouttenoire, F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 280, obs. J. Hauser ; DEBET (A.), « La Cour européenne des droits de l'homme, les homosexuels et l'adoption », *Dr. fam.* 2002, n° 19), elle l'a sanctionnée dans un second temps à cause de la prise en compte déterminante de l'homosexualité du candidat à l'adoption, qui constitue une discrimination au regard des articles 8 et 14 de la Convention (CEDH, grde ch., 22 janv. 2008, *E. B. c/ France* ; *JCP G.* 2008.II.10071, note A. Gouttenoire, F. Sudre ; *D.* 2008, p. 2038, note P. Hennion-Jacquet ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. Hauser ; *ibid.* p. 249, obs. J.-P. Marguénaud.); V. aussi CORPART (I.), « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », art. préc. ; MURAT (P.), « Vers la famille homosexuelle par adoption ? », art. préc. ; NEIRINCK (C.), « Homoparentalité et adoption » art. préc., spéc. p. 362.

²⁰¹⁶ V. *supra.* n° 456.

²⁰¹⁷ Cons. const., déc. 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, cons. 7 (déc. préc., v. *supra.* n° 456)

²⁰¹⁸ Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 08-21.740 ; *RTD Civ.* 2010 p.547, obs. J. Hauser ; *D.* 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel, interview C. Mécarry ; *RJPF* 2010-10/30, note Th. Garé.

²⁰¹⁹ Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; *D.* 2012, p. 1992, note D. Vigneau ; *JCP* 2012, p. 1439, note F. Chénéde ; *AJ fam.* 2012, p. 39, obs. B. Hafter ; *RJPF* 2012-7-8/31, note M.-C. Le Boursicot ; *RTD civ.* 2012, p. 522, obs. J. Hauser.

²⁰²⁰ NEIRINCK (C.), « Une famille homosexuelle », art. préc.

2. L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe

490. C'est la loi du 17 mai 2013²⁰²¹ qui a conféré le droit d'adopter aux couples de même sexe²⁰²². Selon l'exposé des motifs, ce bouleversement des règles du droit de la famille est la suite d'un mouvement de libéralisation et de considération des couples de même sexe, initié par la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacte civil de solidarité, qui n'a malgré tout pas conféré à ces couples le droit d'adopter : « une nouvelle étape [devait] donc être franchie »²⁰²³. L'ouverture du mariage entraînait, d'après ce même exposé des motifs, « par voie de conséquence l'accès à la parenté à ces couples, via le mécanisme de l'adoption »²⁰²⁴. À cet égard, certains auteurs considéraient que la vraie intention des revendications des homosexuels d'accéder au mariage était la reconnaissance de leur droit à la filiation²⁰²⁵, et même de leur « droit à l'enfant »²⁰²⁶. Ce choix du législateur a pu être critiqué par la doctrine, qui considère que la constante dissociation du mariage de la procréation et de la filiation ne justifiait pas l'ouverture de ce droit²⁰²⁷. Ainsi, l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe a été l'aspect le plus critiqué et contesté de la loi, devenant ainsi le vrai centre des débats.²⁰²⁸ En ce sens, le Professeur Claire Neirinck affirmait que le cœur de la réforme résidait en réalité dans la filiation²⁰²⁹.

Certains ont regretté que l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe n'ait pas impliqué une réforme intégrale des règles régissant cette institution²⁰³⁰, voire une réforme de la

²⁰²¹ V. *supra*. n° 484.

²⁰²² BATTEUR (A.) « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *LPA* 2013, n° 133, p. 29 ; CHAMPENOIS (G.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », *Defrénois* 2013, n° 13-14 ; MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 26.

²⁰²³ V. « Exposé des motifs de la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », préc.

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ En ce sens, FENOUILLET (D.), « La portée de la réforme sur le droit des couples », art. préc., p. 141, n° 22 ; NEIRINCK (C.), « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », art. préc. ; NEIRINCK (C.), « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.* 2013, repère 2.

²⁰²⁶ LACROIX (X.), « Un droit à l'enfant », art. préc.

²⁰²⁷ AYNÈS (L.), « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », art. préc. ; CHAMPENOIS (G.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », art. préc., spéc. n° 2. LEQUETTE (Y.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions », art. préc., spéc. n° 8 et s. ; LIBCHABER (Y.), « La notion de mariage civil », art. préc. ; NEIRINCK (C.), « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.* 2013, dossier 2 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 79, n° 65.

²⁰²⁸ FULCHIRON (H.), « Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », *JCP G* 2013, 2013, doctr. 658 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 652, n° 1408 ;

²⁰²⁹ NEIRINCK (C.), « Ce qui change », *Dr. fam.* 2013, repère 6 ; en ce sens, HAUSER (J.), « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G* 2012, doctr. 1185, n° 4.

²⁰³⁰ BATTEUR (A.) « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », art. préc. ; CHAMPENOIS (G.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », art. préc., spéc. n° 1 ; FULCHIRON (H.),

filiation tout entière²⁰³¹. En réalité, peu de textes y font allusion²⁰³². Tel est le cas de l'article 6-1 du Code civil²⁰³³, qui garantit que les dispositions relatives à « la filiation adoptive emportent les mêmes effets, les mêmes droits et obligations », peu important « que les parents soient de sexe différent ou de même sexe ». La portée de cet article va au-delà de l'établissement d'un principe d'égalité entre les couples mariés de sexe différent ou de même sexe à l'égard de l'accès au mariage ou à l'adoption. En réalité, il entraîne « une neutralité de l'incidence du sexe »²⁰³⁴.

491. L'aménagement des dispositions afin de rendre effective l'adoption pour les couples de même sexe. Il est vrai que certains aménagements ont été réalisés afin de rendre effective l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe. À cet effet, l'article 345-1 du Code civil, relatif à l'adoption de l'enfant du conjoint, a été modifié afin que l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption plénière par l'un des conjoints et qui n'a de filiation établie qu'à son égard, puisse faire l'objet d'une adoption par l'autre conjoint. De même, la loi a inséré dans l'article 360 du même code un deuxième alinéa qui dispose que « l'enfant précédemment adopté par une seule personne, en la forme simple ou plénière, peut l'être une seconde fois, par le conjoint de cette dernière, sous la forme simple ». Ces règles constituent une exception du principe « adoption sur adoption ne vaut » posé par l'article 346 du Code civil, afin de garantir la possibilité aux couples de même sexe d'adopter l'enfant du conjoint, y compris à ceux qui ne pouvaient pas le faire avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013²⁰³⁵.

« La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013, p. 100 ; HAUSER (J.), « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets), art. préc., n° 20 ; HAUSER (J.), « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », art. préc., n° 4 et s. ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 652, n° 1408

²⁰³¹ DRAGO (G.), « Mariage entre personnes de même sexe : Problématiques de constitutionnalité », *LPA* 2013, p. 4 s.

²⁰³² L'absence d'allusion à l'ouverture de l'adoption pour les couples de même sexe dans le titre de la loi et en général dans son corps a été remarquée par la doctrine, qui l'a qualifiée d'ouverture par préterition (H. Fulchiron, « Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », art. préc., n° 47 ; J. Hauser, « « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination » ; V. aussi BRUNET (L.), « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *RDSS* 2013, p. 908.

²⁰³³ PÉRÈS (C.), « L'article 6-1 du code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire », art. préc. ; V. aussi BINET (J.-R.), « Article 6-1 du Code civil : deux mariages et un enferment ! », *Dr. fam.* 2013, repère 7.

²⁰³⁴ BATTEUR (A.), « La révolution du droit de la famille et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes du même sexe », *LPA* 2013, n° 133, p. 3

²⁰³⁵ BATTEUR (A.) « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », art. préc. ; MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 26.

Il est évident que cette loi a amélioré l'adoption de l'enfant du conjoint, notamment pour les couples de femmes, qui peuvent plus aisément procréer²⁰³⁶. Dans les faits, c'est cette adoption qui s'est vue la plus favorisée, étant donné le faible nombre d'enfants adoptables en France²⁰³⁷ et la réticence, voire le refus de certains pays de donner en adoption des enfants aux couples de même sexe²⁰³⁸.

L'autre modification importante, en matière d'adoption, apportée par la loi de 2013 est celle relative à l'attribution du nom de famille de l'adopté²⁰³⁹, notamment lorsque l'adoption est conjointe ou concerne l'adoption de l'enfant du conjoint. Ainsi, pour l'adoption plénière, il est possible pour les conjoints de choisir, par une déclaration conjointe, soit le nom de l'un d'entre eux, soit leurs deux noms accolés dans l'ordre choisi par eux. À défaut de déclaration conjointe, l'adopté prend le nom de l'adoptant et de son conjoint ou de chacun d'eux accolés selon l'ordre alphabétique.²⁰⁴⁰ La loi a supprimé la dation de nom de famille, qui concernait l'adoption par une femme mariée et la possibilité de conférer à l'adopté le nom de famille de son époux, avec son accord²⁰⁴¹.

Quant à l'adoption simple, elle implique l'attribution du nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. S'il est majeur, l'adopté doit consentir à l'adjonction. Toutefois, en cas d'adoption conjointe, les règles retenues par le législateur sont beaucoup plus compliquées²⁰⁴². Ainsi, le nom ajouté au nom de l'adopté est, à la demande des adoptants, celui de l'un d'eux, dans la limite d'un nom. En cas de désaccord ou à défaut de choix, le nom conféré à l'adopté résulte de l'adjonction en seconde position du premier nom des adoptants selon l'ordre alphabétique, au premier nom de l'adopté. Dans les deux cas, le recours à l'alphabet a pour objet de garantir l'égalité de sexes et déssexualiser le nom de famille²⁰⁴³.

²⁰³⁶ MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 12 ; CHAMPENOIS (G.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », art. préc., n° 5.

²⁰³⁷ V. sur le phénomène sociologique relatif au déséquilibre entre l'offre et la demande en matière d'adoption, BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 395, 1005

²⁰³⁸ MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 12 ; ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : quel statut pour l'engagement ? », art. préc., p. 165, spéc. n° 2 : l'auteur indique que seuls quelques États du Brésil, la ville de Mexico, certains États des États-Unis, ainsi que l'Afrique du Sud acceptent des adoptions par les couples de même sexe.

²⁰³⁹ V. sur l'incidence générale de la loi du 17 mai 2013 sur l'attribution du nom de famille, MASSIP (J.), « Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille », *Deffrénois* 2013, n°13-14.

²⁰⁴⁰ C. civ., art. 357.

²⁰⁴¹ C. civ., art. anc. 357 ; Pour M. Fulchiron, ce choix est regrettable, car la dation de nom permettait de renforcer l'unité de la famille par le nom (« Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », art. préc., n° 56).

²⁰⁴² MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 31.

²⁰⁴³ Pour M. Fulchiron, « l'identité de sexe emporte donc égalité entre les sexes. Et l'alphabet viendra arbitrer les différends. » (« Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », art. préc., n° 58).

492. La constitutionnalité de l'adoption pour les couples de même sexe. Dans sa décision du 17 mai 2013, le Conseil constitutionnel a validé le droit d'adopter conféré aux couples mariés de même sexe²⁰⁴⁴. Pour ce faire, le Conseil constitutionnel a rejeté les trois arguments²⁰⁴⁵ avancés par les requérants concernant l'intelligibilité des dispositions relatives à l'adoption²⁰⁴⁶, l'absence d'un « principe de valeur constitutionnel de la filiation bilinéaire fondée sur l'altérité sexuelle »²⁰⁴⁷ et le défaut d'atteinte au principe d'égalité et au droit de mener une vie familiale normale²⁰⁴⁸. Pour le Conseil constitutionnel, le choix d'ouvrir l'adoption aux couples de même sexe relevait de la compétence du législateur²⁰⁴⁹. En revanche,

²⁰⁴⁴ Cons. const., déc. n° 669 DC du 17 mai 2013, déc. préc., spéc. cons. 32 et s. ; MATHIEU (B.), « Les 'questions de société' échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 : *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet ; v. *supra.* n° 484.

²⁰⁴⁵ FULCHIRON (H.), « Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », art. préc., n° 45 ; MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 17 et s.

²⁰⁴⁶ Cons. const., déc. n° 669 DC du 17 mai 2013, déc. préc., spéc. cons. 36 à 45 ; l'argument de l'inintelligibilité de la loi est écarté par l'existence de l'article 6-1 du Code civil, le *dispositif balai*, qui adapte le nouveau droit d'adopter aux couples de même sexe et limite ainsi la portée de la loi de 2013 en matière de filiation à la seule adoption (L. Brunet, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », art. préc.) ; v. *supra.* n° 484.

²⁰⁴⁷ Cons. const., déc. n° 669 DC du 17 mai 2013, déc. préc., spéc., cons. 56 ; Pour le Conseil constitutionnel, il n'existe pas un « principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de 'caractère bilinéaire de la filiation fondé sur l'altérité sexuelle' ». En effet, le Conseil affirme qu'il n'existe pas une tradition républicaine qu'impose que l'adoption soit réservée aux couples d'un homme et d'une femme. Il n'existerait pas non plus un droit à une double filiation paternelle et maternelle, l'exemple étant la limite de la filiation d'un enfant incestueux ou l'accouchement sous X. Le Conseil rappelle alors que la législation antérieure à la Constitution de 1946 limitait ou encadrait déjà les conditions dans l'établissement filiation maternelle et paternelle d'un enfant. Ainsi, l'action en recherche de paternité n'est possible que depuis la loi du 16 novembre 1912. De même, cette action est restée fermée aux enfants adultérins jusqu'à la loi du 3 janvier 1972. En ce sens, l'adoption des enfants mineurs n'est permise que depuis une loi 19 juin 1923. (V. pour un avis critique, L. Brunet, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe » : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », art. préc. : Pour l'auteur, nier le principe du droit à avoir une double filiation à l'égard de sa mère et de son père va à l'encontre de la mise en place du principe d'égalité par la Constitution.)

²⁰⁴⁸ Cons. const., déc. n° 669 DC du 17 mai 2013, déc. préc., spéc., cons. 51 : « Considérant, en outre, que la liberté proclamée par l'article 2 de la Déclaration de 1789 implique le respect de la vie privée ; que, toutefois, aucune exigence constitutionnelle n'impose ni que le caractère adoptif de la filiation soit dissimulé ni que les liens de parenté établis par la filiation adoptive imitent ceux de la filiation biologique ; que, par suite, le grief tiré de ce que la possibilité d'une adoption par deux personnes de même sexe porterait atteinte au principe d'égalité et au droit à la protection de la vie privée doit être écarté ».

²⁰⁴⁹ *Ibid.*, cons. 49 : « Considérant, en premier lieu que, d'une part, en permettant l'adoption par deux personnes de même sexe ou au sein d'un couple de personnes de même sexe, le législateur, compétent pour fixer les règles relatives à l'état et à la capacité des personnes en application de l'article 34 de la Constitution, a estimé que l'identité de sexe des adoptants ne constituait pas, en elle-même, un obstacle à l'établissement d'un lien de filiation adoptive ; qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, pour l'établissement d'un lien de filiation adoptive, de la différence entre les couples de personnes de même sexe et les couples formés d'un homme et d'une femme. » ; BRUNET (L.), « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », art. préc. ; V. aussi, CHÉNEDÉ (F.), « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », art. préc. ; CHÉNEDÉ (F.), « L'ouverture du mariage aux couples homosexuels n'est pas de la compétence du Conseil constitutionnel », art. préc. ; FULCHIRON (H.),

il a fait deux réserves d'interprétation, l'une concernant la nécessité de conformité de l'agrément administratif à l'intérêt de l'enfant²⁰⁵⁰, l'autre portant sur le prononcé de l'adoption, qui doit être toujours réalisé dans l'intérêt de l'enfant²⁰⁵¹. Ainsi, le Conseil a constitutionnalisé, sur le fondement du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, l'exigence de la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant²⁰⁵².

La décision du Conseil constitutionnel marque ainsi la limite de la reconnaissance discrète²⁰⁵³ de la famille homoparentale, qui ne peut être constituée que par l'adoption²⁰⁵⁴. En revanche, pour les autres modes d'établissement du lien de filiation, l'altérité sexuelle reste une condition. Ainsi, la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe n'a pas étendu la présomption de paternité²⁰⁵⁵ à ces couples afin de garantir une cohérence avec la conception biologique et objective de la filiation fondée sur la procréation²⁰⁵⁶. Il en va de même pour ce

« Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », art. préc., n° 44 ; V. aussi pour un avis très critique, HAUSER (J.), « Mariage asexué : tout va très bien Madame la Marquise... », *RTD civ.* 2013, p. 579.

²⁰⁵⁰ Cons. const., déc. n° 669 DC du 17 mai 2013, déc. préc., spéc., cons. 53 : « Considérant, d'une part, que la conformité à la Constitution d'une loi déjà promulguée peut être appréciée à l'occasion de l'examen des dispositions législatives qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ; qu'en l'espèce les dispositions contestées affectent le domaine des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles ; que les dispositions relatives à l'agrément du ou des adoptants, qu'ils soient de sexe différent ou de même sexe, ne sauraient conduire à ce que cet agrément soit délivré sans que l'autorité administrative ait vérifié, dans chaque cas, le respect de l'exigence de conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant qu'implique le dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; que, sous cette réserve, les dispositions des articles L. 225-2 et L. 225-17 du code de l'action sociale et des familles ne méconnaissent pas les exigences du dixième alinéa du Préambule de 1946. »

²⁰⁵¹ *Ibid.*, cons. 54 : « Considérant, d'autre part, que les dispositions contestées ne dérogent pas aux dispositions de l'article 353 du code civil, selon lesquelles l'adoption est prononcée par le tribunal de grande instance à la requête de l'adoptant si les conditions de la loi sont remplies « et si l'adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant » ; que ces dispositions, applicables que les adoptants soient de même sexe ou de sexe différent, mettent en œuvre l'exigence résultant du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle l'adoption ne peut être prononcée que si elle est conforme à l'intérêt de l'enfant. »

²⁰⁵² La promotion de l'exigence de la conformité tantôt de l'agrément administratif tantôt du prononcé de l'adoption à l'intérêt de l'enfant, en tant que principe constitutionnel est bienvenue. C'est donc le juge qui garantit essentiellement l'application de ce principe, étant le passage devant l'autorité judiciaire plus usité que devant l'administration, en raison du nombre réduit d'enfants adoptables (L. Brunet, « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », art. préc.) ; V. pour un avis critique de la constitutionnalité de l'exigence de la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant, MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 21 : cette exigence est déjà demandée par d'autres ordonnancements, dont la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE, art. 3.1), ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 24, 2°).

²⁰⁵³ MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 11.

²⁰⁵⁴ BRUNET (L.), « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », art. préc. ; CHÉNEDÉ (F.), « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », art. préc., n° 9.

²⁰⁵⁵ C. civ., art. 312

²⁰⁵⁶ Cons. const. 17 mai 2013 (déc. préc.), cons. 40 : « Considérant que le titre VII distingue entre la filiation maternelle et la filiation paternelle ; que l'article 320 du code civil, qui figure au sein de ce titre VII, dispose : 'Tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait' ; que, par suite, les dispositions de cet article font obstacle à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant ; qu'ainsi, en

qui est de la reconnaissance volontaire ou l'établissement de la filiation par la possession d'état, ces modes d'établissement du lien de filiation étant calqués sur une conception biologique de la filiation.

493. À cet égard, la Cour de cassation, dans un avis rendu le 7 mars 2018²⁰⁵⁷, a considéré que « le juge d'instance ne peut délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie. » Ainsi, la Cour soutient que la loi du 17 mai 2013 n'a ouvert l'établissement d'un lien de filiation entre un enfant et un couple de même sexe que par l'adoption. La Cour rappelle que l'article 6-1 du Code civil exclut expressément la possibilité d'établir un lien de filiation à l'égard d'un couple de même sexe en dehors de l'adoption. De même, la Cour invoque l'article 320 du Code civil, qui dispose que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait ». Elle affirme que ces dispositions s'opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l'égard d'un même enfant²⁰⁵⁸.

Par ailleurs, le Conseil a souligné dans sa décision relative à la loi dite « mariage pour tous » que celle-ci n'a pas eu pour finalité de consacrer « un droit à l'enfant » pour les couples de même sexe²⁰⁵⁹. De même, la décision constate que la loi n'a pas levé²⁰⁶⁰ l'interdiction de

particulier, au sein d'un couple de personnes de même sexe, la filiation ne peut être établie par la présomption de l'article 312 du code civil ; que le mariage est sans incidence sur les autres modes d'établissement de la filiation prévus par le titre VII du livre Ier du code civil » ; Pour Mme Brunet, le contenu du considérant 40 de la décision constitue un rempart contre l'extension des modes d'établissement de la filiation traditionnels au profit des couples de même sexe et en général au profit des couples dont l'enfant n'a pas été engendré par ses parents (« Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », art. préc. ; F. Chénéde, « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », art. préc., n° 9).

²⁰⁵⁷ Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *JCP N* 2018, act. 310 : Deux questions ont été posées par le Tribunal d'instance de Saint-Germain-en-Laye à la Cour de cassation : « Les articles 317 et 320 du code civil autorisent-ils la délivrance d'un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie ? » « En cas de réponse négative, l'impossibilité de délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie méconnaît-elle l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant ? Et peut-elle constituer, au regard des circonstances de fait appréciées concrètement par le juge d'instance, une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au regard du but légitime poursuivi ? »

²⁰⁵⁸ Concernant la conventionalité de l'impossibilité pour les couples de même sexe d'obtenir un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au bénéfice du concubin du parent de l'enfant, la Cour affirme que ce contrôle relève de l'examen préalable des juges du fond et échappe ainsi à la procédure de demande d'avis. Pour M^c Denarnaud, avocate à l'origine de la procédure, la motivation de la Cour de cassation concernant le contrôle de conventionalité laisse la porte ouverte aux juges de fond afin qu'ils examinent la proportionnalité de cet empêchement au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Convention de New York (*V. D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet).

²⁰⁵⁹ Cons. const. 17 mai 2013 (déc. préc.), cons. 52 ; v. *supra*. n° 484.

recourir à des conventions de gestation pour autrui²⁰⁶¹, et elle n'a pas ouvert la procréation médicalement assistée aux couples de même sexe, qui pour des raisons biologiques, ne peuvent pas enfanter²⁰⁶², car elle reste un remède pour les couples qui ne peuvent pas avoir naturellement d'enfant à cause d'une maladie²⁰⁶³.

494. Les conséquences de l'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe. La possibilité d'adopter conférée aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013 a impliqué une véritable révolution en matière de filiation²⁰⁶⁴. En effet, cette loi a consacré la filiation directe entre un couple de personnes de même sexe et un enfant. Cela constitue la dernière étape dans la dissociation de l'adoption et du paradigme biologique²⁰⁶⁵. Ainsi, les caractères électif et fictif de l'adoption sont confortés par la loi dite « mariage pour tous »²⁰⁶⁶, car contrairement à ce qui est déterminé par la nature, l'adoption, qu'elle soit plénière ou simple, consacre désormais une filiation monosexuée²⁰⁶⁷. La loi effacerait pour certains enfants la distinction de la lignée paternelle et de la lignée maternelle afin de garantir l'accès des couples de même sexe à l'adoption²⁰⁶⁸.

De plus, l'adoption reste en principe bilinéaire²⁰⁶⁹, car il n'est possible d'établir que deux liens de filiations à l'égard de l'adopté : la règle « nul ne peut être adopté par deux personnes » et l'accès aux seuls couples mariés à l'adoption conjointe et à l'adoption de l'enfant du conjoint en témoignent. Toutefois, le montage d'une parentalité à trois est envisageable. En effet, un couple de personnes de sexe différent peut concevoir un enfant, lequel peut être rattaché à la mère par la déclaration de son identité sur l'acte de naissance, ainsi que faire l'objet d'une reconnaissance volontaire par le père. Ainsi, il serait possible pour le conjoint de l'un des membres du couple d'adopter l'enfant sous la forme simple avec le consentement de

²⁰⁶⁰ *Ibid.*, cons. 44.

²⁰⁶¹ C. civ., art. 16-7.

²⁰⁶² Cons. const. 17 mai 2013 (déc. préc.), cons. 44.

²⁰⁶³ C. santé publ., art. L. 2141-2, al. 2 : « Elle a pour objet de remédier à l'infertilité dont le caractère pathologique a été médicalement diagnostiqué ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. »

²⁰⁶⁴ BATTEUR (A.) « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », art. préc ; BATTEUR (A.), « La révolution du droit de la famille et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes du même sexe », art. préc.

²⁰⁶⁵ ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : quel statut pour l'engendrement ? », art. préc., p. 172, n° 11 ; V. aussi, BRUNET (L.), « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », art. préc.

²⁰⁶⁶ ROUVIÈRE (F.), « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *Gaz. Pal.* 2013, n° 066.

²⁰⁶⁷ FULCHIRON (H.), « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », art. préc.

²⁰⁶⁸ MILLET (F.), « La paternité : chronique d'une mort annoncée », *D.* 2013, p. 782

²⁰⁶⁹ La question du maintien du caractère bilinéaire et de la distinction entre filiation maternelle et paternelle avait été posée lors de l'analyse du projet de loi. V. en ce sens, MILLET (F.), « La paternité : chronique d'une mort annoncée », art. préc.

ses parents. Cependant, l'enfant ne pourrait plus être adopté par le conjoint de l'autre parent. De la sorte, l'interdiction des adoptions croisées est maintenue. La loi ne reconnaît que la *pluriparentalité* à trois par le biais de l'adoption simple : la mère, le père et le conjoint de l'un d'eux²⁰⁷⁰.

Une autre conséquence concerne la connaissance de ses origines par l'adopté. En effet, si l'adoption simple implique le maintien du lien familial entre la famille d'origine de l'adoptant, qui ne l'empêche pas de connaître l'identité de ses géniteurs, l'adoption plénière détruit ce lien familial et cache l'identité de ses derniers, établissant alors une fiction juridique qui consiste à affirmer que l'enfant est né de deux personnes de même sexe²⁰⁷¹. La facilité pour les couples de femmes d'engendrer à travers une procréation médicalement assistée avec tiers donneur anonyme à l'étranger suppose notamment la fin de la paternité pour certains enfants²⁰⁷². Pour éviter ces conséquences, certains auteurs préconisaient d'ouvrir uniquement l'adoption simple au profit des couples de même sexe, afin de maintenir les liens familiaux de l'adopté envers sa famille d'origine²⁰⁷³. De ce fait, la connaissance des origines de l'adopté serait alors garantie afin de lui permettre de construire entièrement son identité. Il était toutefois possible d'envisager que limiter l'accès des couples de même sexe à la seule adoption simple entraînerait une atteinte à l'égalité entre couples de sexe différent et de même sexe au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et, plus précisément, au regard de l'arrêt *X et a. c/ Autriche* du 19 février 2013²⁰⁷⁴. D'autres ont suggéré de modifier les règles concernant le secret de la filiation d'origine de l'enfant afin de lui permettre de connaître ses origines, sans pour autant établir un lien de filiation avec la famille biologique²⁰⁷⁵. Enfin, une préconisation a été d'abroger l'adoption plénière, dont l'effet d'effacement des liens familiaux originels pourrait entraîner une condamnation de la part de la Cour de Strasbourg à l'égard du droit de l'enfant à connaître ses origines. De même, cette forme d'adoption est méconnue dans

²⁰⁷⁰ LEROYER (A.-M.), « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », art. préc. ; MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 27 ; MILLET (F.), « La paternité : chronique d'une mort annoncée », art. préc.

²⁰⁷¹ ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : quel statut pour l'engendrement ? », art. préc., p. 172, n° 13.

²⁰⁷² MILLET (F.), « La paternité : chronique d'une mort annoncée », *D.* 2013, p. 782 ; MURAT (P.), « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », art. préc., n° 15.

²⁰⁷³ BATTEUR (A.) « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », art. préc.

²⁰⁷⁴ *Ibid.* ; comp. CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, *X. et a. c/ Autriche* : JurisData n° 2013-004791 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 53, obs. C. Neirinck ; – *AJDA* 2013. 1794, obs. L. Burgogue-Larsen ; *D.* 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister ; *Ibid.*, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2013. 227, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2013. p. 329, obs. J.-P. Marguénau ; *ibid.*, p. 363 J. Hauser ; déc. préc., v. *supra*. n° 456.

²⁰⁷⁵ ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux couples de personnes de même sexe : quel statut pour l'engendrement ? », art. préc., p. 172, n° 17.

plusieurs systèmes juridiques et constitue un obstacle à l'adoption internationale, ainsi qu'une source²⁰⁷⁶.

B. L'extension probable de l'indifférence de l'altérité sexuelle à d'autres modes d'établissement de filiation

495. Malgré les avancées de la loi du 17 mai 2013, les couples de même sexe continuent à revendiquer un accès plus important à la filiation à travers l'assistance médicale à la procréation. Ces revendications sont mises en évidence par le recours à l'étranger de la procréation médicalement assistée par les couples de femmes²⁰⁷⁷ et de la gestation pour autrui non seulement par les couples d'hommes, mais également par les couples de sexe différent²⁰⁷⁸. Ainsi, s'il n'est pas envisageable, pour l'instant, la remettre en cause l'interdiction des conventions de gestation pour autrui posée par l'article 16-7 du Code civil²⁰⁷⁹, il n'en va pas de même pour ce qui est de l'ouverture de la procréation médicalement assistée pour les couples de femmes.

496. Pour l'instant, la loi réserve la procréation médicalement assistée aux couples de sexe différent, qu'ils soient mariés ou non²⁰⁸⁰. Ainsi, la loi détermine que la procréation médicalement assistée a pour fonction « de remédier à l'infertilité d'un couple ou d'éviter la transmission à l'enfant ou à un membre du couple d'une maladie d'une particulière gravité. Le caractère pathologique de l'infertilité doit être médicalement diagnostiqué »²⁰⁸¹.

Si la question portant sur la conventionalité ou la constitutionnalité de la réserve de la PMA aux couples de sexe différent n'a pas encore été posée directement à la Cour de cassation, au Conseil d'État ou au Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré irrecevable la requête d'un couple de femmes mariées ayant demandé le recours à une PMA avec intervention d'un tiers donneur, car les requérantes n'avaient pas respecté la règle de l'épuisement des recours internes. Le couple de femmes mariées a fondé sa

²⁰⁷⁶ LEROYER (A.-M.), « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », art. préc. ; HAUSER (J.), « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », art. préc., n° 12 et s ;

²⁰⁷⁷ GROSS (M.), « Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ? », in *Mariage de même sexe et filiation*, THÉRY (I.) (Dir.), coll. Cas de figure, Ed. EHESS, 2013, p. 103.

²⁰⁷⁸ V. p. ex. BRUNET (L.), « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS* 2012, p. 828.

²⁰⁷⁹ C. civ., art. 16-7 : « Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ».

²⁰⁸⁰ C. santé. publ., art. L2141-2, al. 2.

²⁰⁸¹ C. santé. publ., art. L2141-2, al. 1^{er}.

requête sur les articles 8 et 14 de la Convention, sans avoir contesté en droit interne la décision de refus au bénéfice d'une PMA rendue par le CHU de Toulouse. La Cour a alors considéré que cette décision pouvait faire l'objet d'un recours en annulation pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives. La Cour de Strasbourg a alors constaté que le Conseil constitutionnel s'était prononcé sur la constitutionnalité de la loi du 17 mai 2013 et non pas sur l'article L.2141-2 du Code de la santé publique. La question relative à l'accès de la PMA avec insémination artificielle avait été abordée par le Conseil, mais son examen n'a été qu'indirect, car il ne s'est pas prononcé sur la constitutionnalité de cet article au regard du droit à mener une vie familiale normale et du droit au respect de la vie privée. À cet égard, la Cour de Strasbourg a considéré que si la décision du 17 mai 2013 du Conseil constitutionnel réduisait les chances de succès de la demande des femmes, un recours en annulation pour excès de pouvoir de la décision du CHU de Toulouse fondé sur les articles 8 et 14 de la Convention n'aurait pas été « de toute évidence voué à l'échec »²⁰⁸².

497. L'affaiblissement de la réserve de la PMA aux couples de sexe différent. La réserve de la procréation médicalement assistée au profit des couples de sexe différent a été affaiblie indirectement par la loi du 17 mai 2013, qui a conféré le droit d'adopter aux couples de même sexe²⁰⁸³. En effet, la loi écarte une partie de la filiation du paradigme biologique et confirme que cette dernière est une construction intellectuelle et sociale qui peut être fondée sur la volonté, en dehors du « mythe de l'engendrement »²⁰⁸⁴. D'ailleurs, l'ouverture de la PMA aux couples de même sexe a été proposée à travers un amendement par une partie de la majorité des députés lors des débats de la loi du 17 mai 2013. Toutefois, l'amendement a été retiré et l'ouverture de la PMA pour les couples de femmes n'a pas été consacrée. Le gouvernement du Président Hollande avait annoncé que la loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe ne toucherait pas les lois de bioéthique et que cette question serait traitée dans une « grande loi sur la famille », laquelle a été reportée dans l'attente des conclusions du Comité national d'éthique²⁰⁸⁵, auquel la question avait été renvoyée²⁰⁸⁶. Cette loi n'a finalement pas eu lieu durant son quinquennat.

²⁰⁸² CEDH, 8 févr. 2018, C. et M.-M. c/ France ; D. 2018, p. 649 ; *ibid.*, obs. H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2018, comm. 117, note J.-R. Binet.

²⁰⁸³ V. *supra*. n° 490 et s.

²⁰⁸⁴ V. *supra*. n° 488 ; ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : quel statut pour l'engagement ? », art. préc., n° 16.

²⁰⁸⁵ MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 510, n° 1059.

²⁰⁸⁶ BINET (J.-R.), « PMA : l'avis devant soi », *Dr. fam.* 2013, repère 9.

La plupart des commentateurs ont dénoncé l'hypocrisie de la loi, le défaut d'égalité entre les couples mariés de sexe différent et de même sexe et le fait de promouvoir sinon la fraude à la loi, du moins son contournement²⁰⁸⁷. De même, ils ont prévu que l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe entraînerait tôt ou tard leur accès aux moyens d'assistance médicale à la procréation²⁰⁸⁸. De même, il a été considéré que l'autorisation d'adopter l'enfant du conjoint de même sexe encouragerait la pratique du « tourisme procréatif » par les couples de femmes, qui pouvaient se rendre dans des pays où la PMA est ouverte aux femmes célibataires ou aux couples de femmes, puis revenir en France afin de demander l'adoption de l'enfant conçu par l'épouse de la mère. L'expression du Professeur Françoise Dekeuwer-Défossez, « le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté »²⁰⁸⁹, résume toutes ces conséquences de la loi dite « mariage pour tous ».

498. Les propositions relatives à l'ouverture de la PMA pour les couples de femmes.

L'ouverture de la PMA aux femmes célibataires et aux couples de femmes avait été déjà proposée par le Rapport *Théry-Leroy*²⁰⁹⁰, ainsi que par le Haut Conseil de l'égalité entre les hommes et les femmes²⁰⁹¹. Il a ainsi été préconisé une réflexion et une révision globale des règles régissant la PMA²⁰⁹². Cette ouverture supposerait un changement de la fonction et même de la philosophie de la procréation médicalement assistée²⁰⁹³. En effet, il ne s'agirait plus seulement d'un moyen thérapeutique²⁰⁹⁴ destiné aux couples stériles ou d'un remède à une tare

²⁰⁸⁷ NEIRINCK (C.), « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », art. préc., n^{os} 9-11.

²⁰⁸⁸ AYNÈS (L.), « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », art. préc., n^o 4 ; BATTEUR (A.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », art. préc. ; CHAMPENOIS (G.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », art. préc. ; FULCHIRON (H.), « Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », art. préc., n^o 69-71 ; HAUSER (J.), « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », art. préc., n^o 20 ; HAUSER (J.), « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », art. préc., n^o 12 et s. ; LEROYER (A.-M.), « La loi n^o 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, présent et futur », art. préc.

²⁰⁸⁹ *RLDC* 2013, n^o 105.

²⁰⁹⁰ Rapp, I. Théry, A.-M. Leroyer, « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », rendu public le 9 avril 2014, Documentation française, p. 163.

²⁰⁹¹ HCEhf, « Contribution au débat sur l'accès à la PMA », Avis n^o2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015.

²⁰⁹² CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), « Mariage pour tous : l'effet papillon », *RJPF* 2013, p. 2 ; DE BOYSSON (B.), « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.* 2013, dossier 25 ; DIONISI-PEYRUSSE (A.), « Brèves remarques sur la question de l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe », *AJ fam.* 2013, p. 127 ;

FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », art. préc.

²⁰⁹³ FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », art. préc.

²⁰⁹⁴ BERNAND (Y.), « La place du tiers géniteur », *Dr. fam.* 2013, dossier, n^o 9 ; Rapp, THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, p. 161 : La Rapport propose trois grandes rénovations du droit de la PMA, notamment celle de « renoncer à la définition du on de gamètes comme une supposée 'thérapie', à ce titre réservée aux couples souffrants d'une stérilité pathologique médicalement constatée. Dans ce cadre, permettre l'ouverture de l'AMP aux couples de femmes. Débattre de l'opportunité de l'ouvrir aussi aux femmes seules aussi ».

reproductive, mais aussi d'un moyen alternatif de procréation²⁰⁹⁵ caractérisé par l'accompagnement médicalisé de la demande des couples qui ne peuvent pas avoir d'enfant²⁰⁹⁶.

Aujourd'hui, la PMA est fondée à la fois sur un modèle biologique – construit sur le « mythe de l'engendrement »²⁰⁹⁷ - et sur un modèle « *ni vu, ni connu* »²⁰⁹⁸, qui est érigé sur le triptyque « secret-anonymat-mensonge ». Ce dernier implique de cacher la réalité concernant la conception de l'enfant – le secret de la conception –, anonymiser, l'identité du tiers donneur – l'anonymat du géniteur - et d'admettre que le père est le géniteur de l'enfant – le mensonge de la filiation²⁰⁹⁹.

Ainsi, l'ouverture de la PMA aux couples de femmes implique l'abandon du modèle biologique²¹⁰⁰, lié à la pathologie reproductive du couple, et sa substitution par un modèle fondé sur la volonté de concrétiser un « projet parental »²¹⁰¹. Dès lors, il est proposé de renoncer au paradigme de la « pseudo procréation charnelle ».²¹⁰² Selon le rapport *Théry-Leroyer*, si le modèle biologique a été adopté pour déterminer la structure et la fonction de la PMA, c'était pour préserver et généraliser le modèle matrimonial de la filiation. Toutefois, l'évolution des mœurs de la société a modifié les valeurs sur lesquelles repose la conception du modèle unique de la famille et conduit vers la reconnaissance d'une pluralité de familles. L'enjeu ne serait plus de faire passer toute famille pour une famille biologique, car l'idée selon laquelle son fondement est l'engagement et la responsabilité se développe considérablement²¹⁰³. De ce fait, il est proposé d'assumer un « principe de responsabilité » qui regroupe les droits et la place des parents, du donneur et de l'enfant né par le don. L'enfant peut ainsi bénéficier d'une connaissance de ses origines, qui intègre ses parents et l'existence

²⁰⁹⁵ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), L'extension du mariage aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille : *RLDC* 2012, p. 98.

²⁰⁹⁶ En ce sens, CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.), « Mariage pour tous : l'effet papillon », art. préc. ; DE BOYSSON (B.), « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », art. préc., n° 11 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 510, n° 1059.

²⁰⁹⁷ V. *supra*. n° 488 ; ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : quel statut pour l'engagement ? », art. préc., n° 16.

²⁰⁹⁸ Rapp, THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, p. 150 : Le modèle « ni vu, ni connu » implique organiser le secret de la conception de l'enfant et conseiller aux parents de « surtout ne rien dire » à l'enfant.

²⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 151.

²¹⁰⁰ BERNAND (Y.), « La place du tiers géniteur », art. préc., n° 6 ; FULCHIRON (H.), « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », art. préc. : L'auteur souligne les incohérences que l'application de ce modèle pour la PMA des couples de même sexe peut entraîner, et donne l'exemple du droit québécois, qui consacre « la présomption de co-maternité » par laquelle l'enfant est rattaché à la conjointe de sa mère lorsqu'il fait partie d'un projet parental commun.

²¹⁰¹ DE BOYSSON (B.), « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », art. préc., n° 11 ; NEIRINCK (C.), « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », art. préc. : l'auteur parle d'une « filiation par convenance personnelle ».

²¹⁰² Rapp, THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, p. 161.

²¹⁰³ *Ibid.*, p. 162.

d'un donneur, dont les places ne sont ni concurrencées ni confondues. Dès lors, il est proposé de maintenir l'interdiction d'établir un lien de filiation entre le donneur et l'enfant²¹⁰⁴.

En revanche, le rapport propose de lever l'anonymat du donneur²¹⁰⁵ de sperme afin de garantir le droit à connaître leurs origines des enfants nés par PMA avec tiers donneur²¹⁰⁶. Il convient néanmoins de nuancer la portée de cette levée. En effet, le rapport *Théry-Leroy* ne propose pas l'effacement absolu de l'anonymat : ce dernier serait maintenu en principe après le don²¹⁰⁷, tout en permettant à l'enfant devenu majeur de connaître l'identité du donneur²¹⁰⁸.

Enfin, s'agissant de l'établissement du lien de filiation entre les deux mères, le rapport *Théry-Leroy* explore plusieurs techniques utilisées à l'étranger, pour finalement préconiser un mode d'établissement *sui generis* qui met en évidence le recours à la PMA avec tiers donneur²¹⁰⁹. Il est suggéré de mettre en place une « déclaration commune anticipée », constituée par le consentement des membres du couple à l'assistance médicale à la procréation à travers lequel ils s'engagent à devenir parents. Dès lors, seul le projet parental des receveurs serait constaté, que ces derniers soient mariés ou non, de même sexe ou de sexe différent, sans que la nature du don ou les modalités de la conception de l'enfant soient révélées. La déclaration serait réalisée auprès d'un notaire ou du juge²¹¹⁰. Puis, cette déclaration serait portée en marge de l'acte de l'état civil de l'enfant²¹¹¹.

499. L'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules. Le Comité consultatif national de bioéthique (CCNE), dans son avis rendu le 15 juin 2017²¹¹² a été favorable à l'ouverture de la procréation médicalement assistée pour les femmes célibataires,

²¹⁰⁴ BERNAND (Y.), « La place du tiers géniteur », art. préc., n° 12 et s. ; CHAMPENOIS (G.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », art. préc. ; ROCHFELD (J.), « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : quel statut pour l'engagement ? », art. préc., n° 17.

²¹⁰⁵ C. civ., art. 16-8 : « Aucune information permettant d'identifier à la fois celui qui a fait don d'un élément ou d'un produit de son corps et celui qui l'a reçu ne peut être divulguée. Le donneur ne peut connaître l'identité du receveur ni le receveur celle du donneur. » « En cas de nécessité thérapeutique, seuls les médecins du donneur et du receveur peuvent avoir accès aux informations permettant l'identification de ceux-ci. »

²¹⁰⁶ BERNAND (Y.), « La place du tiers géniteur », *Dr. fam.* 2013, dossier 26, n° 10 ; CHAMPENOIS (G.), « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », art. préc. ;

²¹⁰⁷ Le maintien de l'anonymisation du don serait justifié en référence à la non patrimonialisation du corps humain (C. civ., art. 8) et aux règles du secret médical. De même, l'anonymat préserve la vie privée du donneur, de et de sa famille. L'anonymat évite toute confusion du rôle du donneur et l'établissement du lien de filiation entre lui et l'enfant né par PMA. De plus, l'anonymat protège la vie privée des parents et de leur famille durant la minorité de l'enfant afin de vivre une vie familiale normale (Rapp, I. Théry, A-M. Leroyer, *op. cit.*, p. 227).

²¹⁰⁸ Rapp, THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), *op. cit.*, p. 229.

²¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 176.

²¹¹⁰ *Ibid.*, p. 117.

²¹¹¹ *Ibid.*, p. 178.

²¹¹² CCNE, Avis n° 126, 15 juin 2017 ; *JCP G.* 2017, 767 ; *ibid.*, 927, obs. A-M. Leroyer ; *Dr. fam.* 2017, comm. 196, note J.-R. Binet.

ainsi que pour les couples de femmes, sans pour autant préconiser une prise en charge par l'assurance maladie.

Par la suite, le Gouvernement a annoncé la réalisation en 2018 d'États généraux de la bioéthique, organisés par le Conseil consultatif national d'éthique, lors d'une question ministérielle sur l'avis favorable à l'ouverture de la PMA aux femmes²¹¹³. Puis, le CCNE a ouvert, pour une durée de six mois, les États généraux de la bioéthique afin de procéder à la révision de ces lois, conformément à l'article L. 1412-1-11 du Code de la santé publique²¹¹⁴. La finalité était de « construire une pensée citoyenne » sur les sujets sensibles posés par les innovations médicales provoquées par la manipulation du vivant. À cet effet a été prévue la création d'un site internet permettant aux citoyens de connaître l'agenda des ateliers organisés sur tout le territoire et sur lequel ils pouvaient déposer leur contribution, des espaces éthiques régionaux qui ont organisé des rencontres thématiques et d'un comité citoyen pour orienter le CCNE dans son rôle de pilotage, ainsi que la tenue des auditions de sociétés savantes, d'associations, d'organisations professionnelles, d'industriels. Enfin, un rapport de synthèse a été remis à l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques le 6 juin 2018²¹¹⁵.

De son côté, l'assemblée générale du Conseil d'État a adopté le 28 juin 2018 l'étude intitulée « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? », laquelle s'inscrit dans les débats relatifs à l'évolution des dispositions en matière de bioéthique²¹¹⁶. S'agissant de l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules, le Conseil d'État considère que « ni un prétendu 'droit à l'enfant', ni les ricochets du principe d'égalité ne semblent imposer la solution à retenir »²¹¹⁷, bien que la modification des dispositions concernées relève de l'appréciation souveraine du législateur²¹¹⁸. Le Conseil affirme que « si le *statu quo* n'était pas retenu, l'évolution des règles d'accès à l'AMP serait à calibrer en maniant trois variables principales » : le champ des bénéficiaires, l'établissement de la filiation et la prise en charge par l'assurance maladie²¹¹⁹. Concernant les règles relatives à la filiation en ce qui concerne les couples de femmes, « l'étude privilégie la création d'un régime *ad hoc*

²¹¹³ Rép. min. n° 001: JOAN 12 sept. 2017, p. 4373 ; *Dr. fam.* 2017, alerte 74, veille J. Couard.

²¹¹⁴ PHILIPPOT (A.), « Le CCNE, chef d'orchestre des États généraux de la bioéthique », *JCP G.* 2018, 236 ; v. aussi circ. NOR : SSAH 1733643J, 29 nov. 2017, *Dr. fam.* 2018, comm. 50, note J.-R. Binet.

²¹¹⁵ CCNE, Rapport de synthèse, 6 juin 2018 ; *D. act.* 6 juin 2018, obs. T. Coustet ; BINET (J.-R.), « États généraux de la bioéthique : une synthèse et après ? », *Dr. fam.* 2018, repère 7.

²¹¹⁶ CE, 28 juin 2018, étude à la demande du Premier ministre « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? » ; *JCP G.* 2018, doct. 1160, note A. Gouttenoire, P. Murat, H. Bosse-Platière, M. Farge, Y. Favier, M. Lamarche ; *Dr. fam.* 2018, comm. 231, note J.-R. Binet.

²¹¹⁷ CE, 28 juin 2018, préc., p. 15 ; v. aussi, *ibid.* p. 49 et s.

²¹¹⁸ *Ibid.*, p. 56.

²¹¹⁹ *Ibid.* p. 15.

permettant un double établissement simultané de la filiation dans la branche maternelle par l'effet d'une déclaration commune anticipée »²¹²⁰. Cette solution permet la coexistence de deux modes d'établissement de la filiation, selon que le couple ayant recours au don est de même sexe ou non. Pour le couple de même sexe, la déclaration commune anticipée repose sur le rôle accru de la volonté, alors que pour le couple de sexe différent, le mode d'établissement de la filiation est fondé sur le mimétisme avec la procréation charnelle. De plus, elle préserve un traitement égalitaire entre couples de même sexe et couples de sexe différent, car toute distinction fondée sur les causes médicales de l'infertilité est écartée. Le secret sur le mode de conception de l'enfant, conforme au droit au respect de la vie privée des parents, est également préservé. Enfin, pour les couples de femmes, cette solution permet un établissement simple et simultané de deux filiations maternelles de l'enfant à sa naissance, lequel est sécurisé par l'exigence d'un projet parental antérieur à l'AMP revêtant la forme d'un acte authentique²¹²¹. Concernant l'anonymat du don, l'étude préconise son maintien au moment où celui-ci est effectué²¹²², ainsi qu'une réforme instaurant un droit pour l'enfant d'accéder à ses origines à sa majorité²¹²³.

Le CCNE a rendu le 18 septembre 2018 son avis n° 129, présenté comme une « table d'orientation », lequel constitue sa contribution à la révision de la bioéthique, dans lequel il réalise plusieurs propositions destinées à « la société civile » et aux « acteurs publics qui s'approprient à construire, à proposer, puis voter la nouvelle loi de bioéthique 2018-2019 »²¹²⁴.

Le CCNE réaffirme sa position exprimée dans son d'avis de 2017 concernant l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules,²¹²⁵ tout en indiquant qu'une partie minoritaire de ses membres refusent ce changement²¹²⁶. S'il affirme que cette demande s'inscrit dans une revendication de liberté et d'égalité dans l'accès aux techniques d'AMP pour répondre à un désir d'enfant, le CCNE accepte aussi qu'elle modifie profondément les repères familiaux qui déterminent les relations de l'enfant à son environnement familial, notamment car cette ouverture institutionnalise *ab initio* l'absence de père. La question relative au droit de l'enfant à connaître ses origines est également soulevée, le don de sperme étant anonyme en France. Cependant, le CCNE justifie l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules sans stérilité par la souffrance infligée par une infécondité résultant

²¹²⁰ *Ibid.*, p. 15 ; v. aussi, p. 62 et s.

²¹²¹ *Ibid.*, p. 63.

²¹²² *Ibid.*, p. 97.

²¹²³ *Ibid.*, p. 98.

²¹²⁴ CCNE, avis n° 129, 18 sept. 2018 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 271, note J.-R. Binet.

²¹²⁵ CCNE, avis n° 129, 18 sept. 2018, p. 130.

²¹²⁶ *Ibid.*, p. 131.

d'orientations personnelles. La PMA pourrait pallier cette souffrance, car elle constitue une technique déjà autorisée qui n'implique pas de violence dans les relations entre les différents acteurs²¹²⁷. De plus, le Conseil considère que la famille est en mutation et constate une diversification des formes de vie familiale : des enfants sont aujourd'hui élevés par des couples de femmes ou des femmes seules. Il s'agit des familles qui partagent les mêmes préoccupations générales, notamment en ce qui concerne les conditions d'éducation des enfants. Afin de construire les relations de l'enfant à ses origines, ces familles devraient également révéler à l'enfant la vérité de son origine le plus tôt possible. Il en va de même pour ce qui est de l'importance de tenir compte des repères sexués, symboliques et sociaux, au-delà du couple de femmes ou de la femme seule²¹²⁸. Par ailleurs, le CCNE préconise que des dispositions d'accompagnement des demandes de femmes seules soient proposées²¹²⁹.

Le Conseil fait aussi part de ses réflexions sur la levée de l'anonymat, laquelle a un lien direct avec l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes célibataires. L'avis rappelle que l'article 7 de la Convention internationale des droits de l'enfant reconnaît à ce dernier « dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents ». Il constate que cet accès est possible à travers une demande effectuée auprès du Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP). Il est souligné que l'anonymat a pour objectif de préserver la distinction de trois ordres : « le biologique qui fait l'objet du don ; la filiation qui fait l'objet de l'intention et la reconnaissance juridique ; le parental qui fait l'objet du soin et de l'éducation »²¹³⁰. Si l'ordre biologique ne saurait prendre la place de deux autres et le fragiliser, la question de l'origine de l'enfant est liée directement à la vérité de la procréation humaine dans sa double dimension biologique et sociale²¹³¹. Afin de garantir la protection du droit de l'enfant de connaître ses origines, le CCNE préconise « restituer la filiation dans une anthropologie »²¹³². Il considère que défendre l'anonymat à tout prix est un leurre à l'ère présente et future de la génomique et du « Big data »²¹³³. Toutefois, la levée de l'anonymat ne constituerait qu'une donnée parmi d'autres pour permettre la connaissance des origines. Dès lors, la levée de l'anonymat est proposée, tout en soulignant que cette pratique devra faire l'objet d'une réflexion complémentaire sur les modalités de sa mise en place²¹³⁴. Pour ce faire, la construction d'un cadre fiable, avec des principes clairs inspirant la confiance à tous les

²¹²⁷ *Ibid.*, p. 120.

²¹²⁸ *Ibid.*, p. 121.

²¹²⁹ *Ibid.*, p. 122.

²¹³⁰ *Ibid.*, p. 125.

²¹³¹ *Ibid.*

²¹³² *Ibid.*

²¹³³ *Ibid.*, p. 126.

²¹³⁴ *Ibid.*, p. 127.

acteurs, des critères tels que la levée à un certain âge, un registre national et une information préalable, s'avère nécessaire²¹³⁵.

Plus tard, la mission d'information parlementaire sur la révision de la loi de bioéthique a adopté son rapport le 15 janvier 2019²¹³⁶. Concernant l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules, le rapport se montre favorable, cette pratique étant prise en charge par la sécurité sociale. S'agissant des règles relatives à la filiation, le lien de filiation maternelle de l'enfant serait établi par une déclaration commune anticipée de filiation effectuée par acte notarié, laquelle figurerait en marge de la copie intégrale de l'acte de naissance. De même, le rapport propose la consécration d'un droit à l'accès aux origines personnelles au profit des enfants nés d'un don des gamètes après l'entrée en vigueur de la loi, et ce, à leur demande, à partir de leur majorité.

500. Le projet de loi relatif à la loi de bioéthique, présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019²¹³⁷, prévoit l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes non mariées, laquelle avait été l'un des engagements du président de la République. Cette ouverture²¹³⁸ est consacrée à l'article 1^{er} du projet de loi, lequel supprime le critère médical d'infertilité qui conditionne aujourd'hui l'accès à la PMA. La prise en charge par l'assurance maladie reste identique et est étendue aux nouveaux publics éligibles. En outre, l'article 3 consacre un droit aux personnes nées d'assistance médicale à la procréation avec tiers donneur qui, à leur majorité, auront la possibilité, sans condition, d'accéder aux informations non identifiantes relatives au tiers donneur ainsi qu'à l'identité de ce dernier. Il est prévu la création d'une Agence de la biomédecine, chargée de la gestion centralisée des données relatives aux donneurs, aux dons et aux enfants nés de dons. De même, une Commission sera créée afin d'accueillir les demandes des personnes nées de don et sollicitera l'Agence de la biomédecine pour obtenir les informations lui permettant d'exercer ses missions. L'article 4 ajoute au Code civil un article 6-2, lequel dispose que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont, dans leurs rapports avec leurs parents, les mêmes droits et les mêmes devoirs, sous réserve des dispositions particulières du chapitre II du titre VIII du livre Ier. La filiation fait entrer l'enfant dans la famille de chacun de ses parents ». De même, il fixe les règles relatives à

²¹³⁵ *Ibid.*, p. 127.

²¹³⁶ Rapp. AN n° 1579, 15 janv. 2019, « Mission d'information sur la révision de la loi de bioéthique : les principales propositions » ; *Dr. fam.* 2019, comm. 71, note R.-J. Binet.

²¹³⁷ Projet de loi relatif à la bioéthique, NOR SSAX1917211L ; BINET (J.-R.), « Bioéthique : un projet de rupture. À propos du projet de loi relatif à la bioéthique présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 », *Dr. fam.* 2019, étude 8.

²¹³⁸ V. Exposé des motifs. Projet de loi relatif à la bioéthique.

l'établissement du lien de filiation maternelle de l'enfant né de don à l'égard du couple de femmes. Il crée ainsi un mode d'établissement par déclaration anticipée de volonté permettant aux couples de femmes de devenir légalement les parents de l'enfant issu de l'AMP, et ce, dès sa naissance. Cette déclaration rend compte du projet parental des deux femmes, d'assurer à l'enfant une filiation sécurisée.

Le Conseil d'État a été saisi le 13 juin 2019 d'un projet de loi relatif à la bioéthique. Ce dernier a rendu son avis consultatif le 24 juillet 2019²¹³⁹. S'agissant de l'extension de l'accès à l'AMP aux couples de femmes et femmes célibataires, si le Conseil se montre favorable aux dispositions proposées dans le projet de loi, il rappelle que cette ouverture relève d'un choix politique, car le droit ne commande ni le statu quo ni l'évolution. Il considère que cette ouverture n'est imposée ni par le fait que l'adoption soit déjà ouverte aux couples de femmes et aux personnes seules, ni le droit au respect de la vie privée ni la liberté de procréer, par plus que l'interdiction des discriminations ou le principe d'égalité. Le Conseil d'État refuse également l'existence d'un « droit à l'enfant », lequel n'aurait pas de consistance juridique, car l'enfant est un sujet de droit et non l'objet du droit d'un tiers²¹⁴⁰. Par ailleurs, il soulève que cette extension implique que le recours à l'AMP est fondé sur le projet parental et considère que cette notion inclut tant le projet familial des parents que l'ensemble des conditions propres à garantir l'intérêt de l'enfant²¹⁴¹. En outre, concernant le droit de l'enfant conçu dans le cadre d'une AMP par recours à un tiers donneur d'accéder à ses origines, le Conseil a été saisi de deux versions alternatives de l'article 3 du projet de loi. La première prévoit que tout donneur consent, avant même procéder au don, à ce que l'enfant accède, à sa majorité, s'il le demande, à des données non identifiantes ou à son identité. La seconde établit le même dispositif concernant les données non identifiantes, mais subordonne l'accès de l'enfant à l'identité du donneur à la condition que ce dernier y consente au moment où l'enfant, devenu majeur, en fait la demande²¹⁴². Le Conseil considère alors que les deux versions ne se heurtent à aucun obstacle de nature constitutionnelle ou conventionnelle²¹⁴³. Toutefois, il recommande la seconde solution, car il estime qu'elle assure un plus juste équilibre des intérêts en présence. En effet, l'enfant pourra avoir accès à des informations non identifiantes sur le donneur, ainsi qu'à son identité si ce dernier y consent. De son côté, le donneur est protégé, car il peut exprimer son consentement ou son refus dans un contexte plus propice à une décision éclairée,

²¹³⁹ CE, avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, 18 juill. 2019, n° 397993.

²¹⁴⁰ *Ibid.*, §11.

²¹⁴¹ *Ibid.*, §12.

²¹⁴² *Ibid.*, §20.

²¹⁴³ *Ibid.*, §21.

car elle est manifestée au moment où se fait la demande d'accès aux origines²¹⁴⁴. Enfin, quant à l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et le couple de femmes, le Conseil d'État a également été saisi de deux versions alternatives de l'article 4 du projet²¹⁴⁵. La première option institue une filiation par déclaration de volonté pour tous les couples ayant recours à l'assistance médicale à la procréation, ainsi que pour les femmes non mariées²¹⁴⁶. La seconde option établit une filiation par déclaration de volonté pour les seuls couples de femmes ayant recours à la PMA²¹⁴⁷. Il considère qu'aucune des deux versions ne se heurte à un obstacle de nature constitutionnelle ou conventionnelle²¹⁴⁸. Cependant, il recommande la seconde solution, car elle permet la création d'un droit pour les couples de femmes d'établir simultanément et conjointement une filiation avec l'enfant, sans étendre aux couples de sexe différent ou aux femmes non mariées l'innovation que représente l'introduction dans le droit de la filiation d'une parentalité par effet de la volonté. En effet, cette solution permet de préserver le cadre actuel de la PMA pour les couples de sexe différent fondé sur la vraisemblance biologique. De même, elle permet de maintenir le droit des parents de révéler ou non à leur enfant son mode de conception²¹⁴⁹.

Le 15 octobre 2019, l'Assemblée nationale a adopté en première lecture le projet de loi relatif à la bioéthique²¹⁵⁰ après des débats soumis à un « temps législatif programmé » de 50 heures. Le texte a été transmis au Sénat le 16 octobre et devrait être examiné en séance publique en janvier 2020. Ainsi, les dispositions de l'article 1^{er} concernant l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes non mariées ont été adoptées. Cet article précise aussi que les parents sont incités à informer l'enfant du fait qu'il est issu d'un don. S'agissant de la levée de l'anonymat du don de gamètes, contenu dans l'article 3, l'Assemblée nationale a prévu la création d'un nouveau chapitre dans le Code de la santé publique intitulé « Accès aux données non identifiantes et à l'identité du tiers donneur ». Afin que le don puisse être effectué, le donneur devrait consentir préalablement à la communication tant de son identité que des éléments non identifiants, dont l'âge, l'état général, les caractéristiques physiques, la situation familiale et professionnelle, le pays de naissance et les motivations du don rédigées par le donneur. L'auteur du don pourrait connaître le nombre d'enfants issus du don, leur sexe et leur année de naissance. Une commission d'accès aux données non identifiantes et à l'identité du

²¹⁴⁴ *Ibid.*, § 27.

²¹⁴⁵ *Ibid.*, § 36.

²¹⁴⁶ *Ibid.*, § 37.

²¹⁴⁷ *Ibid.*, § 38.

²¹⁴⁸ *Ibid.*, § 40.

²¹⁴⁹ *Ibid.*, § 42.

²¹⁵⁰ AN, 15 oct. 2019, TA n° 343 ; *D. act.* 16 oct. 2019, obs. J.-M. Pastor ; *AJ fam.* 2019, p. 556, A. Dionisi-Peyrusse.

tiers donneur serait chargée de tenir et de donner ces informations. Quant aux règles régissant la filiation maternelle de l'enfant né d'un don, inscrites à l'article 4 du projet de loi, l'Assemblée nationale a opté pour la création d'un nouveau mode d'établissement de la filiation pour les couples de femmes, lequel implique la création d'un nouveau chapitre dans le titre VII du Code civil, qui portera sur l'AMP avec tiers donneur. Les couples ou la femme non mariée qui, pour procréer, recourraient à une AMP avec tiers donneur devraient préalablement donner leur consentement à un notaire qui les informerait des conséquences de leur acte au regard de la filiation. Pour les couples de femmes, la filiation serait établie, à l'égard de chacune d'elles, par la reconnaissance conjointe faite devant notaire lors du recueil du consentement à l'AMP. La reconnaissance conjointe serait remise par l'une d'elles ou, le cas échéant, par la personne chargée de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil qui l'indiquerait dans l'acte de naissance de l'enfant.

501. Le projet de loi relatif à la bioéthique constitue une rupture²¹⁵¹ considérable, du moins en ce qui concerne l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes et aux femmes seules²¹⁵². La rupture se manifeste par la suppression de la stérilité pathologique en tant que condition à l'accès à l'AMP. Cette dernière perd son caractère thérapeutique et devient un mode alternatif de procréation ouvert aux couples de sexe différent, aux femmes célibataires et aux couples de femmes. Il convient de souligner que cette ouverture ne répond pas à une garantie des droits fondamentaux ou un objectif de renforcer les principes de liberté ou d'égalité²¹⁵³, contrairement à certaines revendications, mais à un choix politique²¹⁵⁴. En effet, l'ouverture de l'adoption par la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 avait déjà ouvert les portes de la filiation aux couples de même sexe à travers l'adoption, à laquelle peut recourir toute personne célibataire pour accueillir un enfant. En outre, la rupture est également anthropologique, car cette extension implique la conception des enfants privés *ab initio* de leur père²¹⁵⁵. La consécration pour les enfants nés d'un don d'un droit à l'accès aux origines permet de nuancer l'importance de cette rupture²¹⁵⁶. L'enfant pourra, s'il le souhaite, obtenir des informations non identifiantes du donneur, dont la communication est une condition préalable

²¹⁵¹ BINET (J.-R.), « Bioéthique : un projet de rupture. À propos du projet de loi relatif à la bioéthique présenté en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 », *Dr. fam.* 2019, étude 8 ; PICHARD (M.), « “Toutes les femmes ?” », *D.* 2019, p. 2143.

²¹⁵² V. LIBCHABER (R.), « L'ouverture de l'assistance médicale à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875.

²¹⁵³ V. NEIRINCK (C.), « Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », *JCP G.* 2019, doct. 351, 1-2.

²¹⁵⁴ CE, 28 juin 2018, étude « Révision de la loi de bioéthique : quelles options », préc. ; CE, 18 juill. 2019, avis sur un projet de loi relatif à la bioéthique, préc.

²¹⁵⁵ LIBCHABER (R.), « L'ouverture de l'assistance médicale à toutes les femmes », art. préc., n° 5.

²¹⁵⁶ PÉRÈS (C.), « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.* 2019, p. 1184, n° 13.

au don. Néanmoins, il est évident que ces informations, y compris la connaissance l'identité du géniteur, ne comblent pas l'absence du père²¹⁵⁷. La rupture est aussi évidente en ce qui concerne le mode d'établissement du lien de filiation entre l'enfant né du don et le couple de femmes. Dans ce cas, la PMA n'est pas construite sur la vraisemblance biologique²¹⁵⁸ et le lien de filiation qui en résulte n'est fondé que sur la volonté²¹⁵⁹. La particularité de cette situation se manifeste travers la création d'un nouveau titre VII bis organisant spécifiquement l'établissement du lien de filiation dans les cas où de recours à la PMA par des couples de femmes.

Cependant, si la rupture causée par l'ouverture de la PMA aux couples de femmes aux femmes seules est indéniable, cette extension est devenue inévitable et nécessaire en raison non seulement des revendications sociales, mais également des conséquences du recours à la PMA à l'étranger par des femmes françaises²¹⁶⁰. Le fait a une fois de plus dépassé le droit, qui semble devoir se mettre en conformité à la nouvelle réalité familiale. Ainsi, plus que déplorer cette ouverture annoncée depuis longtemps, il conviendrait d'analyser l'efficacité des solutions annoncées.

La solution retenue concernant l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et le couple de femmes à travers la déclaration conjointe lors du recueil des consentements à l'AMP devant le notaire semble simple et immédiate. De plus, réserver ce mode aux couples de femmes résulte pertinent : le recours à la PMA par les couples de sexe différent s'inscrit dans un modèle biologique qui évite la publicité de la manière dont l'enfant a été conçu et préserve le droit des parents de lui révéler qu'il est né d'un don²¹⁶¹. Toutefois, elle est aussi contestable, notamment en ce qui concerne la femme qui accouche de l'enfant. Celle-ci devrait devenir mère en raison de l'accouchement, conformément à l'adage *mater semper certa est* et à l'article 311-25 du Code civil. Faire de la déclaration conjointe le moyen d'établissement du lien de filiation revient à accepter que la femme qui accouche de l'enfant devienne mère par sa volonté et non pas en raison de l'accouchement²¹⁶². Cette règle pourrait être interprétée comme une ouverture à la gestation pour autrui en droit français²¹⁶³. Par un souci de cohérence, il

²¹⁵⁷ V. WINTER (J.-P), « L'avenir du père. Réinventer sa place », Albin Michel, 2019.

²¹⁵⁸ MARAIS (A.), « Sexe, mensonge et quiproquo. A propos de la filiation d'un enfant procréé par un couple de même sexe », *JCP G.* 2019, doctr. 1237, n° 6.

²¹⁵⁹ BINET (J.-R.), « Bioéthique : un projet de rupture. À propos du projet de loi relatif à la bioéthique présente en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 », art. préc., n° 9 ; MARAIS (A.), préc., n° 9.

²¹⁶⁰ PÉRÈS (C.), art. préc., n°3.

²¹⁶¹ *Ibid.*, n° 9.

²¹⁶² MARAIS (A.), préc., n° 13.

²¹⁶³ *Ibid.*

conviendrait que ce mode d'établissement du lien de filiation soit réservé à la compagne de la femme qui accouchera de l'enfant.

Par ailleurs, le projet de loi prévoit un droit à l'accès aux origines qui est devenu nécessaire, afin de garantir le droit au respect de la vie privée de l'enfant. En effet, l'enfant aura la certitude d'obtenir, s'il fait la demande, des éléments non identifiants et de connaître l'identité du donneur, car ce dernier devra communiquer ces informations afin de pouvoir faire le don de gamètes. On peut se demander si les modalités d'exercice de ce droit garantiront suffisamment un équilibre entre les intérêts de l'enfant et ceux du donneur. Il est prévu que celui-ci puisse connaître le nombre d'enfants nés grâce à son don, ainsi que leur sexe et leur année de naissance. Cette possibilité peut résulter intéressante pour certains donneurs souhaitant connaître le destin de leurs gamètes. Toutefois, afin de protéger d'une manière efficace le droit au respect de la vie privée du donneur²¹⁶⁴ et d'éviter de vider l'anonymat du don de son sens, il conviendrait que le consentement du donneur soit confirmé lors de la demande faite par l'enfant relative à la révélation de l'identité du donneur.

Lors de l'examen du texte par le Sénat, ce dernier pourrait remédier aux manquements du texte actuel, voire aussi introduire de nouveaux défauts. Toutefois, il semblerait que l'ouverture de la PMA aux couples de femmes et aux femmes seules soit également adoptée. Un contrôle exercé éventuellement par le Conseil constitutionnel pourrait-il censurer cette extension ? Pourrait-il déclarer cette ouverture contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, lequel a été récemment constitutionnalisé²¹⁶⁵, en raison de la privation de la figure paternelle qu'elle entraîne ? Si cette hypothèse semble peu probable, il est possible que le Conseil ajoute une réserve d'interprétation tendant à limiter le périmètre de l'accès à la PMA par les couples de femmes et les femmes célibataires.

²¹⁶⁴ LIBCHABER (R.), « L'ouverture de l'assistance médicale à toutes les femmes », art. préc., n° 6.

²¹⁶⁵ V. Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC ; *D.* 2019, p. 584 ; *ibid.*, p. 709, obs. H. Fulchiron ; *ibid.* p. 742, note P. Parinet ; *AJDA* 2019, p. 662 : « Aux termes des dixième et onzième alinéas du Préambule de la Constitution de 1946 : La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement. Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Il en résulte une exigence de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant ».

Conclusion du chapitre I

502. La réalisation de l'opération de qualification permet au juge d'identifier l'élément juridique et objectif de l'unité conceptuelle de la notion de famille, constitué de caractères tous issus de la règle d'ordre public familial. En effet, lorsque le juge est saisi d'une prétention portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, il doit déterminer si le lien demandé par les parties est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Afin de pouvoir construire son jugement, le juge doit réaliser la première étape de l'opération de qualification, qui consiste à déterminer la règle applicable à l'espèce. Pour ce faire, il peut prendre comme point de départ ou de repère les effets juridiques recherchés par les parties pour remonter jusqu'à la « règle possible », au sein des règles du droit de la famille, relative à la constitution du lien familial ; or, ces règles relatives à la constitution du lien familial sont toujours d'ordre public.

503. Ainsi, la règle d'ordre public familial détermine l'ensemble des conditions positives et négatives nécessaires à la constitution d'un lien familial qui s'imposent au juge lors de l'opération de qualification. L'analyse de ces conditions nous a permis de constater l'existence de trois caractères communs aux liens familiaux : la bilatéralité et l'exclusivité, l'interdiction de l'inceste et l'indifférence de l'altérité sexuelle. Si ces caractères assurent la stabilité et l'efficacité du lien familial, la libéralisation des mœurs et les mutations de la famille ont entraîné leur affaiblissement, voire leur transformation. Ces caractères ne sont donc pas immuables et peuvent évoluer conformément à la conception sociale et légale de la famille. L'élévation de l'indifférence sexuelle en tant que caractère du lien familial illustre cette situation.

504. Le premier caractère identifié est la bilatéralité et l'exclusivité du lien familial. Ce dernier implique que le lien familial ne peut unir que deux personnes et que celles-ci ne peuvent pas être unies à d'autres personnes par un autre lien familial concurrent. Ce caractère se manifeste dans le lien matrimonial par l'exigence de la monogamie et par l'interdiction de la bigamie ou de la polygamie, ainsi que par l'exclusivité. Les liens entre partenaires pacsés et entre concubins sont également caractérisés par une double condition de bilatéralité et d'exclusivité. Quant aux liens de parenté, la bilatéralité et l'exclusivité du lien familial se manifestent par le principe chronologique édicté à l'article 320 du Code civil, qui fait prévaloir

le lien de filiation le plus ancien sur un autre lien de filiation concurrent. De même, il se manifeste par l'interdiction de l'article 346 du Code civil d'être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux personnes mariées.

505. Le second caractère identifié est l'interdiction de l'inceste. Ce caractère se manifeste dans tous les liens de couple, bien que son intensité varie selon la forme de vie de couple concernée. En matière de lien matrimonial, cette interdiction fait l'objet d'un affaiblissement dont l'origine est légale et jurisprudentielle. En effet, le législateur a opéré un rétrécissement du cercle familial concerné par l'empêchement à mariage fondé sur la parenté et prévu la possibilité d'obtenir une dispense qui peut lever l'empêchement afin de permettre la célébration du mariage entre collatéraux et entre alliés. De même, cet affaiblissement est provoqué par la position hostile de la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de l'interdiction du mariage entre alliés, laquelle est considérée comme une atteinte disproportionnée au droit au mariage. Les dernières décisions de la Cour de cassation vont également dans le sens d'un affaiblissement de l'interdiction de l'inceste afin de garantir la protection des droits fondamentaux des époux. Pour ce qui est des liens de parenté, l'interdiction de l'inceste se manifeste par l'interdiction des filiations incestueuses, quand bien même elles seraient conformes à la réalité biologique. Le maintien de cette interdiction se trouve toutefois menacé par les droits fondamentaux des enfants de voir leur lien de filiation établi et de connaître leurs origines.

506. Le troisième caractère identifié est l'indifférence de l'altérité sexuelle dans le lien familial. Nous avons constaté que ce caractère concerne toutes les formes de vie de couple depuis la promulgation de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. En revanche, en matière de liens de parenté, ce caractère ne concerne que l'adoption par des couples mariés. De ce fait, l'indifférence de l'altérité sexuelle s'avère pour l'instant partielle. Cependant, nous avons aussi constaté que l'ouverture du mariage entre personnes de même sexe et le droit d'adopter qui leur a été conféré ont affaibli le maintien de la différence de sexe en tant que condition de constitution du lien de parenté. En ce sens, le dernier avis favorable du Comité consultatif national de bioéthique du 15 juin 2017 à l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux femmes célibataires et aux couples de femmes permet d'envisager l'ouverture de cette pratique aux couples de femmes. De ce fait, l'emprise de ce caractère pourrait éventuellement s'étendre à tous les modes d'établissement du lien de filiation.

Chapitre II La vérification par le juge des caractères issus de la règle d'ordre public familial dans le lien familial

507. Le juge saisi d'une demande portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial doit déterminer si ce lien est conforme à la notion de famille retenue par le droit. En principe, seul le lien qui remplit les conditions de formation fixées par la loi peut être créé ou reconnu. C'est pourquoi il doit vérifier que le lien familial demandé par les parties présente les caractères issus de la règle d'ordre public familial. Lorsqu'il exerce la démarche déductive de l'acte juridictionnel, caractérisée par le prononcé du jugement, il révèle ensuite, dans les motifs de sa décision, les caractères issus de la règle d'ordre public familial comme étant un élément constitutif du lien familial.

508. Toutefois, nous avons constaté que le juge, en exerçant son pouvoir jurisprudentiel, peut admettre la création ou la reconnaissance des liens familiaux *contra-legem*, notamment lorsque ces liens ont été établis valablement à l'étranger ou lorsque le juge considère, en opérant un contrôle de conventionnalité *in concreto*, que le refus de les créer ou de les reconnaître peut entraîner une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime recherché. Si l'établissement de ces liens s'avère exceptionnel, à l'instar de l'exercice de l'acte jurisprudentiel, il est possible de constater l'existence d'un nouvel élément de l'unité conceptuelle de la notion de famille : la conformité du lien familial aux droits fondamentaux des parties. Hormis ces hypothèses, le juge préserve la conception de la famille retenue par le législateur et par le droit lorsqu'il vérifie dans le cas d'espèce les conditions de formation du lien familial, ainsi que les caractères issus de la règle d'ordre public familial, afin d'admettre la constitution ou la reconnaissance du lien conforme à la loi.

509. Ainsi, seul le lien juridique qui remplit les conditions de formation fixées par la loi peut être considéré comme un lien familial. C'est cette exigence qui permet d'apprécier l'unicité du lien familial et de le considérer justement comme l'*unité* conceptuelle de la notion de famille. C'est ainsi que sont confirmés les caractères issus de la règle d'ordre public familial en tant que constantes de tous les liens familiaux. Le juge ne peut, en principe, créer ou reconnaître un lien familial que s'il remplit ces conditions. Son rôle est alors de préserver l'emprise et la fonction de ces éléments dans la constitution ou la reconnaissance d'un lien familial. Ce faisant, il préserve la conception de la famille retenue par le législateur et par le droit.

510. Nous verrons la manière dont le juge révèle que les caractères issus de la règle d'ordre public familial constituent un élément constitutif de l'unité conceptuelle de la notion de famille, à travers l'analyse des motifs des décisions relatives à la vérification des caractères de bilatéralité et d'exclusivité (Section 1), d'interdiction de l'inceste (Section 2) et d'indifférence partielle de l'altérité de sexe (Section 3) dans le lien familial.

Section 1 La vérification par le juge des caractères de bilatéralité et d'exclusivité dans le lien familial

511. L'exclusivité et la bilatéralité constituent les premiers caractères issus de la règle de droit d'ordre public familial. Ils impliquent qu'un lien familial n'a vocation à unir que deux personnes, lesquelles ne peuvent pas être unies à d'autres par un lien familial concurrent²¹⁶⁶. Ce caractère se manifeste d'une manière différente selon le lien familial concerné. Ainsi, en matière de liens de couple, il se traduit par la condition monogamique du mariage et par l'exclusivité du Pacs et du concubinage. En revanche, en matière de lien de parenté, ce caractère se manifeste par l'application du principe chronologique, par l'interdiction d'être adopté par plusieurs personnes si ce n'est pas deux époux et par la disposition contenue dans l'article 356 du Code civil : « l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine ; l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine par le sang... ».

512. Afin d'analyser la manière dont le juge vérifie les caractères de bilatéralité et d'exclusivité dans la formation du lien familial, nous distinguerons selon qu'il s'agit d'un lien de couple (§1) ou d'un lien de parenté (§2).

²¹⁶⁶ V. *supra*. n° 440.

§1 La vérification par le juge des caractères de bilatéralité et d'exclusivité dans le lien de couple

513. Pour les liens de couple, les caractères de bilatéralité et d'exclusivité du lien familial se traduisent par une obligation de monogamie²¹⁶⁷ et d'exclusivité. En effet, la lecture de certaines dispositions concernant le mariage, le Pacs et même le concubinage permettent de constater l'exigence de cette condition : « on ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier »²¹⁶⁸, « le pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques... »²¹⁶⁹, « le concubinage est une union de fait... » « ... entre deux personnes »²¹⁷⁰.

514. Ainsi le juge peut vérifier que le lien de couple est monogame et exclusif lorsqu'il est saisi d'une demande de mainlevée d'une opposition à mariage ou de transcription d'un acte de mariage sur les registres consulaires français (A), ainsi que d'une demande en nullité du mariage ou du Pacs (B). Pour ce qui est du concubinage (C), le juge pourra vérifier la bilatéralité et l'exclusivité de l'union de fait lorsqu'il doit la qualifier de concubinage.

A. La vérification par le juge de la condition de monogamie du lien matrimonial

515. La vérification par le juge de la condition de monogamie du lien matrimonial à travers l'opposition à mariage. On l'a déjà souligné²¹⁷¹, l'opposition ne concerne que le lien matrimonial²¹⁷². Ainsi, la bigamie et la polygamie peuvent constituer la cause d'une opposition à mariage qui paralyse sa célébration. Cette opposition pourra être formulée par l'époux de l'un des prétendants²¹⁷³, à condition qu'il soit toujours marié avec ce dernier. En effet, si leur divorce a été prononcé, l'ex-époux n'a plus le droit de formuler une opposition²¹⁷⁴. De même, cette opposition pourra être formulée par les père et mère des prétendants et à défaut de ces derniers, par leurs aïeuls et les aïeules²¹⁷⁵. Enfin, elle pourra être formée par le ministère

²¹⁶⁷ V. *supra.* n° 443.

²¹⁶⁸ C. civ., art. 147.

²¹⁶⁹ C. civ., art. 515-1.

²¹⁷⁰ C. civ., art. 515-8.

²¹⁷¹ V. *supra.* n° 141.

²¹⁷² C. civ., art. 172 à 179.

²¹⁷³ C. civ., art. 172.

²¹⁷⁴ Civ. 14 avr. 1902: DP 1903. 1. 380 ; CA Colmar, 8 juill. 1970 ; JCP 1971. II. 16604, note J. A.

²¹⁷⁵ C. civ., art. 173.

public²¹⁷⁶, la bigamie et la polygamie constituant des empêchements pour lesquels il peut demander la nullité²¹⁷⁷.

Les prétendants peuvent saisir le tribunal de grande instance afin de demander la mainlevée de l'opposition formulée pour cause de bigamie ou polygamie²¹⁷⁸. Dès lors, afin que l'opposition soit maintenue, il appartient à son auteur ; l'époux de l'un des prétendants, les parents de ces derniers et le ministère public ; de rapporter la preuve de l'existence du mariage antérieur non encore dissout de l'un des époux²¹⁷⁹. Si la preuve de l'existence du premier mariage de l'un des prétendants n'est pas rapportée, le juge pourra ordonner la mainlevée de l'opposition.

516. La recevabilité de l'opposition pour cause de bigamie peut être illustrée par un arrêt de la cour d'appel de Lyon²¹⁸⁰, laquelle a admis l'opposition formulée par le ministère public invoquant la bigamie des prétendants, car la rupture du mariage célébré entre un mari allemand et une femme française n'a pas été démontrée. En l'espèce, le prétendant de nationalité allemande s'est vu opposer un refus par l'officier de l'état civil à sa demande de célébration. Une opposition à mariage a été formulée par le procureur de la République fondée sur l'existence d'une autre union. En effet, le prétendant avait déjà été marié et il avait divorcé aux États-Unis. Cette décision a bénéficié d'un exequatur en Allemagne. Dès lors, le prétendant contestait la régularité de l'opposition car infondée. De son côté, le ministère public alléguait que l'opposition était justifiée par le fait qu'il existait deux procédures pendantes, l'une concernant un divorce contre le prétendant, l'autre afin d'obtenir l'exequatur en France de la décision d'exequatur allemande.

La cour a alors décidé que l'opposition formulée par le ministère public était justifiée. En effet, elle a soulevé que si les décisions étrangères concernant l'état des personnes sont reconnues de plein droit en France, elles doivent faire l'objet d'un jugement d'exequatur dès lors que leur validité est contestée. Ainsi, le jugement de divorce états-unien avait été contesté devant les juridictions françaises par la femme du prétendant. Si le jugement avait fait l'objet d'une décision d'exequatur en Allemagne, celle-ci n'avait aucune autorité de chose jugée en France. La cour a alors affirmé qu'il appartenait aux juridictions françaises de vérifier la conformité de la décision états-unienne. Dès lors, la cour a considéré qu'il n'était pas démontré

²¹⁷⁶ C. civ., art. 175-1.

²¹⁷⁷ C. civ., art. 184 : le texte frappe de nullité absolue le mariage contracté en contravention de l'article 147 du Code civil, qui pose l'interdiction de bigamie.

²¹⁷⁸ C. civ., art. 177.

²¹⁷⁹ CA Colmar, 24 juin 1994, déc. préc. ; CA Versailles, 15 juin 1990, déc. préc.

²¹⁸⁰ CA Lyon, 2e ch., 16 janv. 1996 JurisData n° 043125 ; *JCP G* 1997, 175.

que le prétendant était libéré des liens du premier mariage. En l'espèce, l'existence du mariage de l'un des prétendants avait été prouvée à travers les procédures en divorce à l'égard de la première femme et en exequatur de la décision d'exequatur allemande qui avait validé le jugement de divorce du premier mariage. Le premier mariage était toujours valable en France en raison de l'absence d'autorité de chose jugée du jugement ayant prononcé le divorce. De ce fait, la première union étant toujours existante, la seconde union ne pouvait qu'être empêchée.

La même solution a été retenue par la cour d'appel de Chambéry²¹⁸¹, qui a considéré comme fondée l'opposition à mariage pour cause de bigamie du prétendant, en appréciant l'absence de preuve du caractère définitif du jugement de divorce de son premier mariage prononcé au Maroc. En effet, cette décision n'a pas été transcrite sur les actes de l'état civil des époux. De plus, la femme du prétendant avait déclaré lors d'une enquête de police qu'une procédure de divorce était en cours, alors que le prétendant se disait célibataire.

517. Le défaut de caractérisation de la bigamie en cas d'absence de preuve de l'existence du premier mariage. L'absence de preuve de l'existence du premier mariage de l'un des prétendants conduit le juge à ordonner la mainlevée de l'opposition. Il se peut que la première union matrimoniale alléguée soit considérée comme nulle, car elle aussi bigame. De même, il se peut que les documents attestant le premier mariage se révèlent faux. Plusieurs décisions du juge du fond nous serviront à illustrer ces hypothèses.

La cour d'appel de Douai²¹⁸² a ordonné la mainlevée de l'opposition fondée sur la bigamie de l'un des prétendants, faute de preuve du premier mariage. En l'espèce, c'est le mari prétendu qui forme l'opposition à mariage. Les premiers juges ont alors constaté l'existence du premier mariage célébré en Algérie en prenant en compte un livret de famille algérien, un procès-verbal d'huissier de justice dans lequel la femme et le prétendu mari déclaraient être mariés et une copie de l'acte de naissance de l'enfant issu de cette union, établissant qu'il s'agissait d'un enfant légitime. La cour d'appel a néanmoins infirmé le jugement et ordonné la mainlevée de l'opposition. En effet, elle a considéré que le mariage entre la prétendante et le prétendu mari ne pouvait être reconnu en France, le prétendu mari, de nationalité française, étant à l'époque déjà marié. De ce fait, la cour a affirmé que le prétendu mari ne pouvait pas fonder son opposition sur son mariage avec la prétendante, cette union ne pouvant pas être reconnue en France.

²¹⁸¹ CA Chambéry, 3^e ch., 23 mai 2016, n° 16/00995.

²¹⁸² CA Douai, 1^{re} civ., 11 juill. 1991 : JurisData n° 1991-042506.

La décision montre bien que c'est l'existence d'un lien matrimonial légalement constitué et reconnu en France qui caractérise la bigamie et justifie l'opposition à mariage. En l'espèce, le premier mariage ne pouvait pas constituer un fondement valide de l'opposition, car il ne pouvait pas être reconnu en France, le prétendu mari étant déjà marié à l'époque de cette union. Le mariage bigame célébré à l'étranger par un Français ne peut produire aucun effet sur le territoire français, y compris le droit de l'époux à formuler opposition à l'encontre du mariage de son épouse prétendue. La même solution a été retenue par la cour d'appel de Besançon²¹⁸³, qui a ordonné la mainlevée de l'opposition à mariage formulée par l'époux prétendu, de nationalité française, à l'encontre du mariage de la prétendante, cette union ayant été célébrée en Algérie, alors que l'époux prétendu était déjà marié. La cour a alors constaté que cette union était nulle, car contraire à la loi française. De ce fait, le prétendu mari n'avait aucun droit de formuler l'opposition à mariage de la prétendante.

518. Plus récemment, le tribunal de grande instance d'Angers²¹⁸⁴ a ordonné la mainlevée de l'opposition à mariage formée par le procureur de la République fondée sur la bigamie du prétendant. Pour justifier son opposition, le procureur a fait valoir que le prétendant a obtenu un visa pour séjour en France après avoir justifié de sa situation familiale et personnelle par la production de documents, notamment de ses documents de l'état civil. Ces derniers attestaient qu'il était marié et qu'il était père de l'enfant commun du couple. Toutefois, le prétendant a allégué avoir fourni de faux documents pour pouvoir obtenir son visa et fourni un acte de naissance ne mentionnant pas le mariage, ainsi qu'un certificat de non-mariage émanant des autorités algériennes. Le tribunal a alors constaté que ces pièces n'établissaient pas l'existence d'une union matrimoniale à l'égard du prétendant. De même, le maintien de la relation après le retour du prétendant en Algérie et la naissance d'un enfant né en France et reconnu par le père en Algérie, ce dernier étant interdit de séjour en France, a démontré l'intention matrimoniale des prétendants.

Pour ce qui est de la bigamie, le tribunal constate l'absence de preuve de l'existence du premier mariage du prétendant afin de prononcer la mainlevée de l'opposition du procureur.

519. La vérification de la condition de monogamie du lien matrimonial à travers l'opposition à transcription de l'acte de mariage. Le juge peut également vérifier la monogamie du lien matrimonial lorsqu'il doit se prononcer sur la mainlevée de l'opposition du ministère public de transcrire un acte de mariage célébré à l'étranger sur les registres consulaires.

²¹⁸³ CA Besançon, 1^{re} civ., 14 févr. 1990 : JurisData n° 1990-046574.

²¹⁸⁴ TGI Angers, 1^{re} ch. , 3 Avr. 2018, n° 17/02819 ; JurisData : 2018-009192.

520. Un arrêt de la Cour de cassation refusant la mainlevée de l'opposition nous permet d'illustrer cette hypothèse²¹⁸⁵. En l'espèce, le mari, de nationalité française, déjà marié depuis sept ans, s'est marié avec une autre femme à Alger. Le divorce d'avec sa première épouse a été prononcé deux ans après la célébration du second mariage. Ce n'est que quarante-trois ans après la célébration du second mariage que les époux ont assigné le ministère public pour ordonner la transcription de leur acte de mariage sur les registres consulaires. La cour d'appel a fait droit à la demande en considérant que le second mariage a été célébré depuis plus de trente ans et que l'action en nullité absolue pour cause de bigamie était alors prescrite. Le procureur s'est alors pourvu en cassation. La question était de savoir si malgré le dépassement du délai trentenaire pour exercer l'action en nullité absolue à l'encontre d'un mariage bigame, le procureur de la République pouvait s'opposer à la transcription de l'acte du mariage sur les registres consulaires. La Cour de cassation, au visa des articles 6 du Code civil et 423 du Code de procédure civile, répond de façon positive et casse et annule l'arrêt de la cour d'appel. En effet, la Haute juridiction a relevé qu'« en considération de l'atteinte à l'ordre public international causée par le mariage d'un français à l'étranger sans que sa précédente union n'ait été dissoute », le procureur de la République pouvait s'opposer à la demande de transcription.

La solution est justifiée par le rôle de protection de l'ordre public et de l'état civil conféré au procureur de la République par l'article 423 du Code de procédure civile, ainsi que par la contrariété du mariage bigame à l'égard de l'ordre public²¹⁸⁶ et des bonnes mœurs²¹⁸⁷. Cependant, il faut souligner que la Cour de cassation écarte l'application de la règle de conflit de lois relative aux conditions de fond de la formation du mariage²¹⁸⁸. En l'espèce, le mari étant français, sa loi personnelle lui interdisait de se marier une seconde fois si le premier mariage subsistait. Puisque ce mariage avait malgré tout été célébré, la nullité de ce dernier aurait dû être déclarée. Ce n'est pas la solution prise par la Cour de cassation, qui en invoquant la contrariété à l'ordre public international, a recours à la méthode de la reconnaissance de situations étrangères²¹⁸⁹. Toutefois, la Cour n'a pas choisi la voie de l'atténuation de l'ordre public, laquelle implique souvent la mise à l'écart de la loi française afin de réceptionner le mariage bigame. Au contraire, la Cour prend en considération la situation établie à l'étranger,

²¹⁸⁵ Civ. 1re, 19 oct. 2016, no 15-50.098 P : *D.* 2016. 2168, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* 2549, note D. Sindres ; *AJ fam.* 2016. 546, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, no 1275, note D. Bureau.

²¹⁸⁶ C. civ., art. 6.

²¹⁸⁷ Obs. A. Boiché, préc ; Note D. Bureau, préc.

²¹⁸⁸ C. civ., art. 3, al. 3 ; C. civ., art. 201-1.

²¹⁸⁹ En ce sens, note D. Sindres, préc.

le mariage bigame célébré par un français, et sa contrariété à l'ordre public international²¹⁹⁰. Le dépassement du délai pour exercer l'action en nullité et la longue durée du mariage auraient pu justifier l'exercice d'un contrôle de proportionnalité *in concreto* afin d'éviter une atteinte disproportionnée au droit au mariage et au respect d'une vie privée et familiale. Néanmoins, l'étendue de l'opposition du procureur à faire transcrire l'acte de mariage sur les registres consulaires s'avère très limitée. Si le mariage ne peut pas être opposé aux tiers, il peut malgré tout produire ses effets en France, les époux étant toujours mariés. De plus, leur situation matrimoniale est devenue stable en raison de la prescription de l'action en nullité absolue²¹⁹¹.

521. La vérification de la monogamie du lien matrimonial dans le cadre d'une demande en nullité. Le juge peut aussi vérifier la monogamie du lien matrimonial lorsqu'il est saisi d'une demande en nullité du mariage pour cause de bigamie ou polygamie²¹⁹². La bigamie serait ainsi la cause de nullité du mariage la plus usitée²¹⁹³. En effet, le mariage bigame est frappé d'une nullité absolue, cette action pouvant être exercée dans un délai de trente ans à compter de la célébration, par les époux eux-mêmes, par tous ceux qui y ont intérêt, par le ministère public²¹⁹⁴, ainsi que par l'époux au préjudice duquel a été contracté le second mariage, du vivant même de son époux²¹⁹⁵. Toutefois, l'ex-conjoint de l'époux, qui n'a plus la qualité de conjoint de ce dernier lors de son action en nullité, ne peut pas demander la nullité du mariage en vertu de l'article 188 du Code civil et doit justifier d'un intérêt pécuniaire ou moral pour pouvoir agir²¹⁹⁶.

522. La caractérisation de la bigamie par un second mariage conclu entre les mêmes personnes. La Cour de cassation se montre fort combative à l'encontre de la bigamie. C'est avec une grande rigueur qu'elle a prononcé, dans un arrêt du 3 février 2004²¹⁹⁷, la nullité du second mariage célébré par les mêmes époux²¹⁹⁸. En l'espèce, la bigamie n'était pas

²¹⁹⁰ *Ibid.*

²¹⁹¹ V. en ce sens, note D. Bureau, préc. ; Obs. J. Hauser, préc.

²¹⁹² C. civ., art. 147.

²¹⁹³ Obs. J. Rubellin-Devichi ss. TGI Paris, 22 mars 1976, *RTD civ.* 1983, p. 325, n° 2.

²¹⁹⁴ C. civ., art. 184.

²¹⁹⁵ C. civ., art. 188.

²¹⁹⁶ Civ. 1^{re}, 31 janv. 1990, no 88-16.497 P ; *D.* 1990, p. 449, note J. Massip ; v. aussi Civ. 1^{re}, 12 avr. 2012, n° 11-11.116 ; *D.* 2012, p. 1125 ; *ibid.* Pan. p. 1089, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012, p. 412, obs. J. Antippas ; *RTD civ.* 2012, p. 511, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 115, note V. Larribau-Terneyre : l'ex-mari ne peut pas demander la nullité de son propre mariage à l'égard de son ex-épouse, sur le fondement de l'article 188 du Code civil, dès lors qu'il a exercé l'action dix ans après le prononcé du divorce et qu'il ne démontre pas un intérêt pécuniaire ou moral.

²¹⁹⁷ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 00-19838 ; *JCP* 2004, II. 10047, note K. Bottini ; *Dr. fam.* 2004, comm. 47, note V. L.-Terneyre ; *RTD civ.* 2004, p. 267 J. Hauser ; *AJ fam.* 2004, p. 144, obs. F. Bicheron.

²¹⁹⁸ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 00-19.838 FS-P-B-R, déc. préc.

caractérisée, car les deux mariages unissaient les mêmes personnes. De même, la nullité prononcée du second mariage n'a pas altéré la situation matrimoniale des époux, lesquels étaient toujours mariés par l'effet du premier mariage. Toutefois, la Cour semble sanctionner non pas seulement la bigamie avérée et effective, mais aussi le fait pour une personne d'avoir conclu un second mariage, alors que le premier subsistait.

Ainsi, la bigamie n'existe que si l'un des époux est déjà uni par les liens matrimoniaux lors de la célébration du second mariage. Il faut donc que le premier mariage n'ait pas fait l'objet d'une dissolution²¹⁹⁹ par la mort de l'autre conjoint ou par divorce et qu'il ait été valablement célébré²²⁰⁰.

523. L'absence de jugement de divorce définitif permettant la caractérisation de la bigamie. Dans un autre arrêt, la Cour de cassation²²⁰¹ a considéré que la bigamie est caractérisée dès lors que le jugement de divorce n'est pas définitif au jour de la célébration du second mariage. En l'espèce, les époux de nationalité française ont contracté mariage aux Comores, quatre enfants étant issus de cette union. Plus tard, le ministère public a assigné les époux en annulation de leur mariage, en alléguant qu'au moment de la célébration, l'époux était toujours marié à sa première femme. En effet, le second mariage a eu lieu alors que l'instance de divorce concernant le premier mariage du mari était en cours. De ce fait, la Cour a décidé de rejeter le pourvoi du mari, en affirmant que si le premier mariage « avait été régulièrement dissous par un divorce prononcé par un jugement d'un *cadi*²²⁰² », le second avait été célébré avant le prononcé définitif de cette décision. La bigamie était donc bien caractérisée faute de décision définitive de divorce au moment de la célébration du second mariage.

524. La célébration du second mariage après l'annulation du premier permettant de caractériser la bigamie. La cour d'appel de Versailles²²⁰³ a prononcé la nullité du second mariage pour cause de bigamie, le premier mariage ayant été annulé pour méconnaissance des règles de forme après la célébration du second. De son côté, la cour d'appel de Grenoble²²⁰⁴ a prononcé la nullité absolue d'un mariage contracté en France par un homme de nationalité marocaine et une femme française, car le mari avait déjà contracté un premier mariage au

²¹⁹⁹ C. civ., art. 227.

²²⁰⁰ V. CA Paris, 10 sept. 2009, n° 08-08264, JurisData n° 2009-009355 : « Considérant que [le second mariage a] été contractée alors que la précédente n'était pas encore dissoute, elle doit être annulée ».

²²⁰¹ Civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 11-26.713 ; D. 2013. Pan, p. 1089, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

²²⁰² V. « Cadi », in *TLFi, site du CNRTL* : « Magistrat musulman remplissant des fonctions civiles, judiciaires et religieuses, dont celle de juger les différends entre particuliers. »

²²⁰³ CA Versailles, 27 mai 1999 ; D. 1999. Somm. 374, obs. J.-J. Lemouland, ; *RTD civ.* 1999, p. 604.

²²⁰⁴ CA Grenoble, 23 janv. 2001 : JurisData n° 2001-150549 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 54, obs. H. Lécuyer.

Maroc, lequel a été dissous par divorce après la conclusion du second mariage. En effet, la bigamie entraîne une nullité absolue qui n'admet aucune régularisation possible, y compris par le divorce qui dissout la première union.

525. En revanche, la Haute juridiction²²⁰⁵ a refusé de prononcer la nullité d'un mariage pour cause de bigamie du fait que la juridiction pénale avait acquitté le mari du délit de bigamie. En l'espèce, le ministère public avait assigné les époux en annulation de leur mariage pour cause de bigamie. Le procureur alléguait que le mari était encore lié par une précédente union contractée en Algérie au moment du mariage. Entre temps, une décision pénale définitive a renvoyé le mari des fins de la poursuite qui avait été engagée à son encontre pour bigamie. Toutefois, la cour d'appel a prononcé la nullité du mariage pour absence de consentement valable de la part de la femme. Le mari s'est alors pourvu en cassation. Ainsi, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt, en soulevant que « l'action en nullité avait été engagée sur le fondement de l'article 147, alors que le mari avait été acquitté du délit de bigamie. » Ce faisant, la Cour de cassation a pris en compte l'autorité de la décision du juge pénal, qui a compétence pour prononcer la nullité du mariage bigame, la bigamie étant l'élément constitutif de l'infraction. De ce fait, le juge civil ne pouvait pas prononcer la nullité du mariage pour cause de bigamie, laquelle avait été écartée par la juridiction pénale. Et ce, en raison du principe de l'autorité de chose jugée au pénal sur le civil²²⁰⁶. Si en l'espèce, la cour d'appel avait décidé de prononcer la nullité du jugement à cause de l'absence de consentement de la femme, la Cour de cassation retient que l'action du ministère public n'avait été engagée que sur le seul fondement de la bigamie. Puisque le mari avait été acquitté du délit de bigamie, la nullité pour cause de bigamie ne pouvait être que refusée²²⁰⁷.

526. Le défaut de caractérisation de la bigamie en raison de l'incertitude concernant l'existence du premier mariage. De même, la bigamie peut ne pas être caractérisée dès lors qu'il n'existe pas une certitude à l'égard de la célébration du premier mariage. Telle a été la solution retenue par la cour d'appel de Paris²²⁰⁸, qui a refusé de prononcer la nullité d'un mariage entre un homme et une femme de nationalité sénégalaise. En l'espèce, le mari demandait la nullité de leur mariage pour cause de bigamie de la femme. Le mari affirmait que celle-ci avait contracté une union matrimoniale avant leur mariage, sans qu'elle ait été dissoute.

²²⁰⁵ Civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n° 11-6305 ; *D.* 2013, *Pan.* p. 1089, obs. J.-J. Lemouland, *D. Vigneau* ; *RJPF* 2012-7-8/17, obs. A. Leborgne.

²²⁰⁶ Obs. A. Leborgne.

²²⁰⁷ Obs. J.-J. Lemouland, *D. Vigneau*.

²²⁰⁸ CA Paris, ch. 24 C, 12 avr. 1996 : *JurisData* n° 1996-021799.

Pour prouver l'existence de cette union, le mari avait versé aux débats un extrait d'acte de naissance au même nom et au même prénom que celui de sa femme, une photocopie d'une carte d'identité sénégalaise à ce nom et la photocopie d'un « certificat de mariage constaté », établi par l'officier de l'État civil de Dakar, mentionnant la célébration d'un mariage coutumier entre la femme et un autre homme. Toutefois, la Cour a décidé de débouter le mari de sa demande en nullité. En effet, elle a considéré que les éléments versés par le mari n'étaient pas suffisants pour prouver l'existence du premier mariage de sa femme, « compte tenu notamment du caractère très répandu du patronyme des époux et des prénoms en cause ».

527. La caractérisation de la bigamie en cas d'enchaînement de mariages successifs.

Par ailleurs, l'enchaînement de mariages successifs sans qu'il y ait une dissolution entre la formation de chaque lien matrimonial est contraire à la règle posée par l'article 147 du Code civil. Dans ce cas, la bigamie est caractérisée par la célébration du mariage lorsque l'un des époux se trouve encore dans les liens d'une autre union matrimoniale, celle-ci ayant été célébrée alors que l'époux était déjà marié. Dans ce cas, le mariage célébré postérieurement au premier est nul²²⁰⁹.

De ce fait, la demande de nullité du premier mariage est prioritaire par rapport à la nullité du second mariage. Telle a été la position prise par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 octobre 2011²²¹⁰. En l'espèce, une femme s'était mariée avec un homme en faisant usage d'un extrait d'acte de naissance falsifié, alors qu'elle était déjà mariée. Ce n'est qu'après la célébration du second mariage que la femme a divorcé de son premier mari. Plus tard, avant le prononcé du divorce de son second mariage, elle a épousé un autre homme duquel elle a finalement divorcé. C'est donc le troisième époux qui a assigné sa femme en nullité du mariage. Le TGI de Nîmes a fait droit à la demande. Puis, la femme a interjeté appel de cette décision. Elle a produit devant la cour d'appel une assignation tendant au prononcé de la nullité de son second mariage et demandé qu'il soit sursis à statuer dans l'attente de l'issue de cette procédure. Toutefois, la cour d'appel a rejeté sa demande et déclaré le troisième mari recevable à invoquer une situation de bigamie. Ainsi, elle a affirmé que si le second mariage était annulé, cette annulation ne permettrait pas de régulariser a posteriori le troisième mariage. La femme a

²²⁰⁹ CA Versailles, 27 mai 1999, déc. préc. ; v. *supra*. n° 524.

²²¹⁰ Civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n° 10-25.285, FS-P+B+I : JurisData n° 2011-023270 ; *D.* 2012, p. 258, note G. Raoul-Cormeil ; *ibid.*, p. 971, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *ibid.*, p. 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2011, p. 613, obs. F. Chénéde ; *JCP G* 2012, n° 31, §1, obs. M. Lamarche ; *Dr. fam.* 2012, comm. 2, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RLDC* 2012/98, n° 48, note L. Rousvoal ; *Procédures* 2011, comm. 374, obs. M. Douchy-Oudot ; v. plus récemment et en ce même sens, Cass. 1^{re} civ., 11 avr. 2018, n° 17-17.530 : JurisData n° 2018-005624 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 145, obs. S. Dumas-Lavenac.

formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Ainsi, la question posée à la Cour était de savoir si la procédure pendante concernant la validité du second mariage avait une incidence sur la situation du troisième. Au visa de l'article 189 du Code civil, la Haute juridiction a répondu par l'affirmative et cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel. En effet, elle a affirmé « que la demande en nullité [concernant le second] mariage devait préalablement être jugée ».

La première constatation est que la Cour de cassation a fondé son arrêt sur l'article 189 du Code civil, lequel permet aux nouveaux époux d'opposer la nullité du premier mariage et donc de voir sa validité ou sa nullité jugée préalablement. Ce faisant, elle autorise l'utilisation de cette disposition par le mari de mauvaise foi qui connaissait la nature bigame de son union avec la femme²²¹¹. La solution apportée par cette décision est la priorité de la demande concernant la nullité du premier mariage ; il doit donc être sursis à statuer sur la nullité du second mariage dans l'attente de la décision afférente au premier mariage. Une autre question se posait cependant : *la nullité du second mariage laissait-elle survivre le troisième ?* En effet, le premier mariage a été valablement célébré, alors que le deuxième a été contracté après le prononcé du divorce qui a dissout le premier. Si le troisième a été célébré après le divorce du second, il a été célébré après la dissolution légale du premier mariage. De ce fait, si le second mariage était déclaré nul, le troisième pourrait être considéré comme valablement célébré.

528. La réponse à la question posée par l'arrêt du 26 octobre 2011 a été apportée par un arrêt du 25 septembre 2013²²¹². Dans cette décision, la Cour affirme que la nullité du premier mariage entraîne le maintien du second. En l'espèce, deux époux se sont mariés entre eux successivement, d'abord en Algérie, puis en France. Par la suite, le mari s'est marié avec une autre femme, de laquelle il a postérieurement divorcé. Le procureur de la République a demandé la nullité du mariage célébré en France avec la première femme, qui aussi, à titre reconventionnel, a demandé la nullité du mariage célébré en Algérie. Les demandes ont été accueillies en première instance et en appel. Le mari a alors formé un pourvoi en cassation. Ainsi, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel, aux motifs que la nullité du premier mariage entraînant sa disparition rétroactive, le second mariage célébré entre les mêmes personnes ne peut être annulé du chef de bigamie, quand bien même la nullité du premier serait prononcée après la célébration du second.

²²¹¹ Obs. V. Larribau-Terneyre, préc.

²²¹² Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-26.041, P+B+I : JurisData n° 2013-020478 ; *D.* 2014, p. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* p. 1342, J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *Dr. fam.* 2013, comm. 148, note J.-R. Binet.

Par cette décision, la Cour de cassation a confirmé la position prise par l'arrêt du 3 février 2004²²¹³ : il est interdit de célébrer un second mariage avant la dissolution du premier, même si les deux mariages ont été célébrés par les mêmes personnes. Ensuite, concernant l'ordre de traitement des demandes d'annulation des mariages successifs, la Cour confirme la position de l'arrêt du 26 octobre 2011²²¹⁴ : la demande en nullité du premier mariage doit être traitée en priorité. De plus, la Cour affirme que l'effet rétroactif de la nullité du premier mariage laisse survivre le second. En effet, puisque le premier mariage est réputé n'avoir jamais existé, la célébration du second mariage est valable, « quand bien même la nullité du premier serait prononcée après la célébration du second »²²¹⁵.

B. La vérification par le juge de l'exclusivité dans le lien entre partenaires pacsés

529. S'agissant du Pacte civil de solidarité, l'article 515-2 du Code civil interdit à peine de nullité sa conclusion entre deux personnes dont l'une au moins est engagée dans les liens du mariage ou déjà liée par un pacte civil de solidarité. Selon la décision du Conseil constitutionnel relative à la loi du Pacs²²¹⁶, la nullité qui entraînerait un Pacs bigame serait absolue. Le délai de prescription de cette nullité, soumise au droit de la nullité des actes juridiques, est de cinq ans²²¹⁷. Ainsi, la sanction civile serait la même que pour le mariage ; mais la bigamie du Pacs n'est pas sanctionnée pénalement, contrairement au mariage.

530. La nullité en cas de « polypacsie ». À partir des décisions concernant le mariage, il est possible de prévoir quelques solutions en cas de nullité pour cause de pluralité de Pacs. D'abord, afin que l'action en nullité prospère, il faut que le premier Pacte civil de solidarité soit valablement conclu et enregistré. Puis, il faut que ce dernier soit toujours en vigueur lors de la conclusion du second Pacs. Pour que cette situation soit caractérisée, il est possible d'imaginer une erreur ou une omission dans le contrôle des pièces nécessaires pour la conclusion du Pacs, ainsi que l'utilisation de faux pour constituer le dossier.

La « polypacsie » doit être prouvée par le demandeur en nullité et la dissolution du premier Pacs par le partenaire concerné. Le second Pacs ne peut pas être confirmé par un acte postérieur à sa conclusion, en raison de la nullité absolue qui le frappe.

²²¹³ Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 00-19.838 FS-P-B-R, déc. préc.

²²¹⁴ Civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n° 10-25.285, FS-P+B+I, déc. préc.

²²¹⁵ Obs. J.-R. Binet ss. Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-26.041, *Dr. fam.* 2013, comm. 148,

²²¹⁶ Cons. const. 9 nov. 1999, cons. 27, déc. préc. ; v. *supra*. n° 447.

²²¹⁷ C. civ., art. 2224.

531. Par ailleurs, en cas de conclusion de Pacs successifs, seul le premier Pacs serait valable et tous ceux conclus postérieurement seraient nuls. De plus, la demande de nullité du premier Pacs serait prioritaire à l'égard de celle concernant le second. Dès lors, si le premier Pacs est considéré comme nul, en raison de l'effet rétroactif de la nullité, le second Pacs serait alors valable.

C. La vérification par le juge de la bilatéralité et de l'exclusivité du lien entre concubins

532. Pour que l'union de fait entre deux personnes soit qualifiée de concubinage par le juge afin qu'il puisse produire des effets de droit, elle doit être conforme à la définition de concubinage fixée au sein du Code civil²²¹⁸. Cette définition n'impose pas une condition d'exclusivité. Ainsi, le concubinage serait la seule forme de couple qui peut se cumuler avec un autre couple²²¹⁹ : le concubinage adultérin n'a pas été sanctionné par la Cour de cassation dans le cadre de la libéralité consentie à la concubine adultère²²²⁰. Certains considèrent que l'absence de condition « monogamique » dans la définition du concubinage posée par le Code civil implique que le concubinage puisse être « polygame ». Dès lors, « en cas de *polypalachie*²²²¹, les relations de concubinage simultanées » seraient appréciées « une à une, lit par lit »²²²².

Cependant, la condition d'exclusivité pourrait être comprise comme faisant partie de la condition de stabilité du concubinage²²²³. Cette analyse se voit confortée par les autres éléments constituant la définition posée par l'article 515-8 du Code civil : le concubinage est « l'union de fait » « entre deux personnes »²²²⁴. L'existence d'une pluralité de relations pourrait alors disqualifier le concubinage²²²⁵.

²²¹⁸ C. civ., art. 515-8.

²²¹⁹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 30, n° 78.

²²²⁰ Ass. Plén. 29 oct. 2004, n° 03-11.238 ; *RTD civ.* 2005, p. 104, J. Hauser ; *LPA* 2005, n° 112, p. 17, obs. S. Pimont ; *D.* 2004, p.3175, note D. Vigneau ; *ibid.*, 2005, p.809, obs. J.-J. Lemouland ; *Dr. fam.* 2004, comm. 230, obs. B. Beignier ; *AJ fam.*, 2005, p. 23, obs. F. Bicheron ; *RLDC*, n° 11/2004. 41 obs. M. Lamarche.

²²²¹ Selon le terme des Professeurs Philippe Malaurie et Hugues Fulchiron, v. « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 195, n° 315.

²²²² *Ibid.*

²²²³ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 45 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 30, n° 78 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Concubinage », *J. Cl. C. civ.*, art. 515-8, LexisNexis, n° 6.

²²²⁴ En ce sens, BLOUGH (R.), « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* 2009, étude 19, spéc. n° 14.

²²²⁵ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 30, n° 78

533. Le défaut de qualification de concubinage en cas de cumul de relations. La pluralité de relations de fait ne pourra pas être qualifiée de concubinage par le juge. Telle a été la solution retenue par la cour d'appel de Montpellier, qui a affirmé que « la cohabitation d'un homme et d'une femme qui sont d'accord pour que chacun ait, en même temps, les maîtresses ou les amants qui lui plaisent, n'est jamais, même si elle dure un certain temps, qu'une aventure et ne peut être considérée comme un concubinage ayant une certaine stabilité »²²²⁶.

La même solution a été adoptée par la Cour de cassation²²²⁷ lorsqu'elle a rejeté les demandes de réparations civiles formées par deux femmes alléguant l'une et l'autre leur qualité de concubine de la victime. En effet, il a été constaté à travers un acte de notoriété que la victime passait la journée ou une partie de celle-ci chez une femme, laquelle s'occupait de le nourrir et de lui faire la lessive, puis il retournait chez l'autre femme pour y passer la nuit. La Cour a alors considéré qu'en « partageant ses journées entre les deux femmes, [la victime] ne pouvait être considérée comme vivant maritalement avec l'une et l'autre ou avec l'une ou l'autre. » Elle a conclu que « la seule qualité de maîtresse ne justifie pas l'octroi de dommages-intérêts », et ce, en raison du « caractère précaire de la double liaison invoquée ». Ainsi, la décision est justifiée par l'absence de stabilité des relations, qui suppose une union matérielle et affective entre deux personnes uniquement. En excluant de la qualification de concubinage l'union de fait entre un homme et deux femmes, la Cour de cassation refuse la « bigamie de fait »²²²⁸ et exige un caractère « monogamique »²²²⁹. Toutefois, le droit de la sécurité sociale reconnaît la qualité d'ayant droit tant à l'époux qu'au concubin, y compris lorsque ces qualités sont confondues dans la même personne, laquelle a un droit d'option. De même, le bénéfice de prestations sociales peut être octroyé en même temps à l'époux et au concubin. Cependant, lorsque ce bénéfice n'autorise pas le cumul entre l'époux et le concubin, l'époux l'emporte sur le concubin²²³⁰.

Dans le même sens, la cour d'appel de Toulouse a rejeté la demande de dommages et intérêts de la concubine adultère qui n'ignorait pas la qualité d'homme marié de son amant. La liaison adultère n'est donc pas qualifiée de concubinage en raison de son caractère précaire²²³¹.

²²²⁶ CA Montpellier, 8 janv. 1982, *D.* 1983, p. 607, note O. Dhaverna.

²²²⁷ Crim. 8 janv. 1985, n° 82-92.753, *Bull. crim.* n° 12 ; *JCP* 1986. II 20588, note G. Endréo

²²²⁸ Obs. G. Endréo, préc.

²²²⁹ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 6.

²²³⁰ Obs. G. Endréo, préc. ; v. en ce sens, BENOIT (A.), « Protection sociale et concubinage », *JCP N* 1997, 4137. 1207, n° 16.

²²³¹ CA Toulouse, 23 janv. 2001 ; *JurisData* n° 2001-137248 ; *Dr. fam.* 2001, comm. 69, obs. H. Lécuyer.

534. Ainsi, nous pouvons constater la manière dont les caractères de bilatéralité et d'exclusivité modèlent les liens de couple. Ces caractères se traduisent par une condition monogamique et une interdiction de bigamie et de polygamie à l'égard du mariage. Concernant le Pacs et le concubinage, ces caractères imposent une condition d'exclusivité. Ainsi, en raison de ces caractères issus de la règle d'ordre public familial, le lien de couple ne peut unir que deux personnes.

§2 La vérification par le juge des caractères de bilatéralité et d'exclusivité dans le lien de parenté

535. Le lien de parenté est également soumis au respect des caractères d'exclusivité et de bilatéralité issus de la règle d'ordre public familial. Rappelons que ces caractères déterminent qu'un lien familial n'a vocation à unir que deux personnes, lesquelles ne peuvent pas être unies à d'autres par un lien familial concurrent²²³². En matière de lien de parenté, ces caractères se manifestent à travers plusieurs principes et interdictions posés par la loi. D'abord, par le principe chronologique qui régit le lien de filiation, lequel prévoit que tant qu'une filiation n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait²²³³. Ce principe est confirmé par le principe de subsidiarité, lequel implique que si la filiation n'a pas été établie par l'effet de la loi, elle peut l'être par une reconnaissance volontaire²²³⁴. Concernant la filiation adoptive, ces caractères se manifestent par l'interdiction d'être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux²²³⁵. De même, ces caractères se manifestent par l'article 365 du Code civil, qui prévoit que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits de l'autorité parentale, à moins qu'il ne soit le conjoint du père ou de la mère de l'adopté, dans ce cas, l'adoptant a l'autorité parentale concurremment avec son conjoint. Enfin, ils se manifestent aussi par la disposition contenue au sein de l'article 356 du Code civil, qui détermine que « l'adoption confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine ; l'adopté cesse d'appartenir à sa famille d'origine par le sang... ».

536. Ainsi, le juge vérifie que le lien de parenté n'est pas concurrent lorsqu'il est saisi d'une demande en vue d'établir un lien de parenté, telle qu'une demande aux fins de faire

²²³² V. *supra*. n° 449.

²²³³ C. civ., art. 320.

²²³⁴ C. civ., art. 316.

²²³⁵ C. civ., art. 346.

délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état ou d'une action aux fins d'établissement de la filiation (A), ainsi que lorsqu'il est saisi d'une requête en adoption (B).

A. La vérification du caractère non concurrent du lien de parenté lors du traitement d'une demande en établissement du lien de filiation

537. Le juge ne peut accepter l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'une personne que si celle-ci n'est pas rattachée à une autre par un lien de filiation concurrent. Cette règle découle du principe chronologique introduit par l'ordonnance du juillet 2005 et posé à l'article 320 du Code civil, lequel dispose que « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation ». La Cour de cassation a considéré cette disposition comme conforme au droit au respect d'une vie privée et familiale protégé par la Convention européenne des droits de l'homme, car il 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 filiation »²²³⁶. La finalité du principe chronologique est donc d'assurer la sécurité juridique de la filiation²²³⁷. Toutefois, ce principe est limité, car il ne permet l'établissement d'une seconde filiation qu'à partir du moment où la première a été contestée et le lien de filiation effectivement détruit²²³⁸. Sur le fondement de ce principe, le juge peut refuser de délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état (1), ainsi que déclarer irrecevable l'action en établissement du lien de filiation (2).

1. Le refus du juge de délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état

538. Le juge peut refuser de délivrer un acte notoriété qui fasse foi de la possession d'état en cas de possessions d'état concurrentes, lesquelles caractérisent une possession d'état équivoque²²³⁹. Cette situation peut être constatée lorsqu'un enfant est traité comme s'il était l'enfant de deux pères, les deux entretenant des relations affectives à l'égard de l'enfant et contribuant à l'éducation et à l'entretien de l'enfant. Telle est la situation à laquelle a été

²²³⁶ Civ. 1re, 5 oct. 2016, n° 15-25.507 P ; D. 2016, p. 2062, obs. I. Gallmeister; *ibid.* 2496, note H. Fulchiron; *AJ fam.* 2016. 543, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2016, p. 831, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, n° 1276, note T. Garé. .

²²³⁷ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 397, n° 441.

²²³⁸ *Ibid.*, p. 687, n° 717.

²²³⁹ *Ibid.* p. 488, n° 531.

confrontée la cour d'appel de Lyon²²⁴⁰, dans une espèce où l'enfant était né d'un couple marié et déclaré comme enfant légitime des époux. Plus tard, la mère a commencé une relation avec un autre homme. Si le mari exerçait son droit de visite et d'hébergement, remplissant de la sorte ses devoirs d'éducation, le concubin de la mère agissait parallèlement de la même façon. Les éléments de la possession d'état étaient donc constitués par les deux hommes. Puis, le concubin a réalisé une reconnaissance devant notaire. Il a également obtenu un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état à l'égard de l'enfant. La cour d'appel de Lyon a décidé que « la possession d'état d'enfant légitime est équivoque, car concurrente à une possession d'état d'enfant naturel établie par ailleurs par l'acte de notoriété délivré par le juge des tutelles ». Afin de régler le conflit de filiation, la cour a prescrit une expertise biologique. Par la suite, la cour a validé la reconnaissance du père naturel en conséquence du refus de la mère et du père « légitime »²²⁴¹.

539. Les solutions possibles au conflit de filiation. Lorsque des possessions d'état concurrentes et successives sont constatées, il existe deux thèses pour régler le conflit de filiation.

540. Selon la première, la possession d'état la plus récente l'emporte²²⁴². Telle a été la solution adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt récent²²⁴³, mais rendu sur l'empire de la loi de 1972. En l'espèce, deux enfants sont nés en 1968 et 1969, respectivement, issus d'un couple marié, lequel a par la suite divorcé. Ainsi, après le décès de leur mère, les enfants ont fait valoir qu'ils avaient la possession d'état d'enfants naturels d'un autre homme. Dès lors, ils ont assigné ce dernier et leur père légitime en contestation de paternité légitime et constatation de filiation naturelle par la possession d'état et ont sollicité qu'une expertise biologique soit ordonnée. Le père prétendu et le père légitime sont décédés en cours d'instance. Les héritiers du père prétendu sont intervenus volontairement à l'instance. En première instance, les demandes des enfants ont été déclarées recevables et une expertise biologique a été ordonnée. Un second jugement, statuant après expertise, a déterminé que la filiation légitime des enfants était anéantie et constaté la possession d'état à l'égard du père prétendu. Les héritiers de ce dernier se sont alors pourvus en cassation. La Haute juridiction a toutefois rejeté le pourvoi,

²²⁴⁰ CA Lyon, 29 oct. 1992 ; *RTD civ.* 1994, p. 337, obs. J. Hauser.

²²⁴¹ CA Lyon, 6 janv. 1994 ; *RTD civ.* 1994, p. 337, obs. J. Hauser.

²²⁴² Civ. 1^{re}, 25 nov. 1980, *D.* 1981. IR 296, obs. D. Huet-Weiller ; Civ. 1^{re}, 23 juin 1987 : *D.* 1987. 613, note J. Massip ; Civ. 1^{re}, 5 nov. 1991, *Deffrénois* 1992. 304, obs. J. Massip ; Civ. 1^{re}, 18 févr. 1992, n° 90-16.697 ; *Bull. civ.* I, n° 50 ; *D.* 1992. Somm. 317, obs. F. Granet-Lambrechts.

²²⁴³ Civ. 1^{re}, 31 mars 2010, n° 08-70.171, F-D : *JurisData* n° 2010-0515597 ; *Dr. fam.* 2010, comm. 148, note J. Massip.

aux motifs qu'après leur naissance, les enfants avaient été considérés par leur entourage comme enfants du père légitime et ont porté son nom. Cependant, après 1975, le père prétendu avait repris des contacts réguliers avec la mère des enfants. Le père prétendu s'est occupé des enfants, en contribuant à leur éducation et en leur faisant constamment de petits cadeaux. Ainsi, des liens affectifs s'étaient noués entre ce dernier et les enfants. De plus, la correspondance entre le père prétendu et les enfants permettait de constater sa paternité. La Cour a considéré que les juges du fond ont pu déduire de cet ensemble d'éléments que la possession d'état d'enfant légitime était entachée d'équivoque, au moins à compter de 1975, à cause de l'existence d'une possession d'état concurrente envers le père prétendu. Ainsi, la Cour de cassation fait primer la possession d'état la plus récente et la plus vraisemblable sur la possession d'état d'origine. Il semblerait que cette solution ne soit pas applicable sur le fondement du droit de la filiation en vigueur ; d'une part, car le délai pour contester la filiation a été ramené de trente à dix ans lorsque la possession d'état n'est pas conforme au titre²²⁴⁴ et, d'autre part, car le principe chronologique dispose que la première filiation empêche une seconde filiation dès lors que la première n'a pas été écartée. Il semblerait que la solution soit aussi contraire au droit à connaître ses origines.

541. La seconde thèse consiste à retenir la possession d'état la plus ancienne²²⁴⁵, conformément au principe chronologique, dès lors que la possession d'état a été constatée et que le lien de filiation figure dans l'acte de naissance de l'enfant²²⁴⁶. Cette position devrait être retenue lorsque les possessions d'état concurrentes sont actuelles, la plus ancienne l'emportant sur la récente, sauf s'il est impossible de déterminer laquelle a commencé en premier. Dans ce cas, seule l'expertise biologique pourrait déterminer l'établissement du lien de filiation²²⁴⁷.

2. L'irrecevabilité de l'action en établissement du lien de filiation

542. Les actions en recherche de maternité, de paternité ou en rétablissement de présomption de paternité ne peuvent être déclarées recevables que si l'enfant n'est pas uni à une autre personne par un lien de filiation concurrent. En effet, en vertu du principe chronologique, le lien de filiation concurrent préexistant constitue une fin de non-recevoir. Afin de pouvoir établir la seconde filiation, le demandeur doit exercer une action préalable en

²²⁴⁴ C. civ., art. 334.

²²⁴⁵ TGI Paris, 2 déc. 1975, *RDSS* 1976. 563, obs. P. Raynaud. ; TGI Paris, 13 mai 1975, *JCP* 1975. II. 18112, note J. Vidal

²²⁴⁶ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Possession d'état », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 41.

²²⁴⁷ V. en ce sens, TGI Paris, 9 oct. 1984, *D.* 1986. IR. 58, obs. D. Huet-Weiller.

contestation de la première. Dans ce cas, ce sera la filiation biologique qui l'emportera, l'expertise biologique étant de droit, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder.

543. L'obligation de contester la filiation existante avant d'établir une nouvelle. Ainsi, lorsqu'il existe déjà un lien de filiation concurrent, le demandeur doit contester la filiation, celle-ci étant soumise à un délai de cinq ans lorsque la possession d'état est conforme au titre²²⁴⁸, à défaut le délai est de dix ans²²⁴⁹. En conséquence de cette prescription, un nouveau lien de filiation ne pourra être établi.

Telle a été la solution adoptée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 octobre 2016²²⁵⁰. En l'espèce, la fille et sa mère avaient demandé dans un premier temps la contestation de la reconnaissance réalisée par le père légitime. L'action avait été déclarée comme prescrite par un jugement irrévocable. Puis, la fille avait assigné les enfants du père prétendu afin que soit ordonnée une expertise biologique et que sa filiation à l'égard du père prétendu soit établie. La cour d'appel a alors rejeté la demande en constatant que la filiation de la fille à l'égard de son père était devenue définitive en raison de l'autorité de la chose jugée attachée au premier jugement qui avait déclaré l'action prescrite. La femme a alors formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi. En effet, elle approuve la constatation réalisée par la cour d'appel concernant l'autorité de chose jugée relative au premier jugement, qui avait déclaré l'action en contestation de paternité prescrite. Dès lors, la situation filiale de la fille était devenue définitive. Puis, la Cour a affirmé la conventionnalité du principe chronologique posé à l'article 320 du Code civil, car « il 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 ». Enfin, en exerçant un contrôle de proportionnalité, la Cour constate que l'application de cette règle en l'espèce n'avait pas provoqué une atteinte disproportionnée au droit de la fille au respect de sa vie privée et familiale au regard du but légitime poursuivi, car elle avait disposé d'un délai de trente ans à compter de sa majorité pour contester la paternité de son père. La fille n'a pas exercé cette action et a même hérité de son père à son décès.

Par cette décision, la Cour confirme que la finalité du principe chronologique est de garantir la stabilité de la filiation et d'éviter les conflits de filiation. Dès lors, s'il existe une possibilité de contester le lien de filiation, elle est subordonnée à la recevabilité de l'action. En ce sens, le délai de prescription, de cinq ans ou de dix ans, selon que la possession est

²²⁴⁸ C. civ., art. 333.

²²⁴⁹ C. civ., art. 334.

²²⁵⁰ Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507, P ; D. 2016, p. 2062, obs. I. Gallmeister; *ibid.* 2496, note H. Fulchiron; *AJ fam.* 2016. 543, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2016, p. 831, obs. J. Hauser ; *JCP* 2016, n° 1276, note T. Garé.

conforme au titre ou non, garantit aussi la stabilité de la filiation, en ce qu'une fois le délai écoulé, la filiation de la personne devient définitive ; elle est donc figée et incontestable, assurant de la sorte la sécurité juridique de l'état de la personne et de sa situation familiale. Et ce, bien que la solution ne permette pas de mettre en conformité la situation juridique de la personne avec la réalité biologique. Ainsi, la recherche de la vérité biologique se trouve limitée par l'intérêt de stabiliser et de sécuriser la filiation²²⁵¹. La solution semble ici ne pas heurter le droit au respect de la vie privée et familiale et le droit à connaître ses origines, car personne n'avait contesté le lien de filiation conforté par la possession d'état et, car la fille avait eu pendant trente ans la possibilité de contester la filiation. Ce faisant, la Cour répond aux arrêts *Rozanski c/ Pologne*²²⁵² et *Paulik c/ Slovaquie*²²⁵³ dans lesquels la Cour européenne des droits de l'homme avait condamné l'impossibilité pour le père biologique d'établir un lien de filiation à l'égard de son enfant, car il avait déjà une filiation établie, ainsi que l'impossibilité de pouvoir contester la filiation en raison de l'absence d'une telle procédure.

B. La vérification du caractère non concurrent du lien de parenté lors de l'analyse d'une requête en adoption

544. La requête en adoption ne pourra être déclarée recevable dès lors que l'enfant est déjà lié à une autre personne par un lien de filiation concurrent. Cette solution découle de l'interdiction d'être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux²²⁵⁴, ainsi que de la disposition de l'article 365 du Code civil, qui prévoit que l'adoptant est seul investi à l'égard de l'adopté de tous les droits d'autorité parentale, sauf s'il est le conjoint du parent de l'enfant, les deux ayant dans ce cas l'autorité parentale.

545. Le contrôle judiciaire du nombre d'adoptions. Ainsi, sur le fondement de l'article 346 du Code civil, la Cour de cassation²²⁵⁵ a refusé l'adoption simple de l'enfant par la nouvelle femme du père, car il avait déjà été adopté simplement par le second mari de sa mère.

²²⁵¹ En ce sens, Obs. I. Gallmeister, *D.* 2016, p. 2496.

²²⁵² CEDH sect. I, 18 mai 2006, *Rozanski c/ Pologne*, n° 55339/00 ; *RLDC* 2006/33, n° 2313, note J. Flauss-Diem.

²²⁵³ CEDH sect. IV, 10 oct. 2006, *Paulik c/ Slovaquie*, n° 10699/05 ; *RLDC* 2007/38, n° 2533, note F. Dekeuwer-Défossez.

²²⁵⁴ C. civ., art. 346.

²²⁵⁵ Civ. 1^{re}, 12 janv 2011, n° 09-16.527 P ; *D.* act., 25 janv. 2011 ; obs. Siffrein-Blanc ; *D.* 2011. *Pan.*, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2011, p. 337, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2011, n° 415, obs. H. Bosse-Platière, A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2011, p. 100, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2011, comm. 20, obs. C. Neirinck ; *RLDC* 2011/80, n° 4179, obs. Gallois ; *AJACT* 2011, 188. Obs. I. Gallmeister.

La demande avait pourtant été accueillie par la cour d'appel Montpellier dans un arrêt du 28 mai 2009, écartant l'application de l'article 346 du Code civil, car considéré comme non conforme aux articles 8 et 14 de la Convention EDH. En effet, la cour d'appel affirmait qu'il s'agissait en l'espèce d'officialiser et conforter juridiquement une situation familiale et des liens affectifs anciens et bien établis. Elle soulignait aussi que le refus de l'adoption constituerait une discrimination entre les deux « beaux-parents ». À la suite du pourvoi formé par le procureur de la République, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt, aux motifs que « le droit au respect de la vie privée et familiale n'interdit pas de limiter le nombre d'adoptions successives dont une même personne peut faire l'objet, ni ne commande de consacrer par une adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et bien établis ».

Ce faisant, la Cour affirme la conventionnalité de l'interdiction d'être adoptée par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. En effet, le droit au respect d'une vie privée et familiale de l'article 8 de la Convention impose l'interdiction d'empêcher l'établissement de liens affectifs et effectifs, sans que cela implique leur institutionnalisation par le biais de l'adoption. Autrement dit il n'existe pas un droit fondamental à adopter ou à être adopté²²⁵⁶. C'est ainsi que la Haute juridiction a affirmé que l'article 8 de la Convention EDH n'était pas un moyen de consacrer toutes les situations de fait, sous couvert du droit au respect à la vie privée et familiale²²⁵⁷. Par conséquent, elle a pu considérer que limiter le nombre d'adoption à l'égard d'un même enfant n'était pas contraire à ce droit²²⁵⁸.

Toutefois, la décision démontre les paradoxes de l'application de l'article 346 du Code civil. Quelle est la raison pour laquelle l'adoption simple avait été autorisée pour le nouveau conjoint de la mère, mais refusée pour la nouvelle épouse du père²²⁵⁹ ? Il semblerait que la justification soit le principe chronologique²²⁶⁰. Pourtant, le fils avait au moment de la première adoption, un lien de filiation paternelle à l'égard du père biologique vivant. La finalité est évidemment d'éviter un « enfant multipropriété »²²⁶¹ avec « trop de famille »²²⁶².

Ainsi, l'arrêt permet de recentrer la fonction de l'adoption simple, qui est d'établir un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté. Si elle peut éventuellement permettre de reconnaître juridiquement la place du beau-parent qui s'occupe ou qui s'est occupé de l'enfant, elle n'est

²²⁵⁶ Obs. H. Bosse-Platière, A. Gouttenoire, préc.

²²⁵⁷ Obs. F. Chénéde, préc.

²²⁵⁸ Obs. H. Bosse-Platière, A. Gouttenoire, préc. ; Obs. F. Chénéde, préc.

²²⁵⁹ Note C. Neirinck, préc.

²²⁶⁰ Obs. J. Hauser, préc.

²²⁶¹ Obs. J. Hauser, préc.

²²⁶² Note C. Neirinck, préc.

pas un mécanisme pour institutionnaliser et articuler les familles recomposées²²⁶³. Par cette décision, la Cour de cassation préserve la fonction et la finalité de l'adoption simple.

546. L'interdiction de l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé et du concubin. Par ailleurs, c'est en combinant les articles 320 et 365 du Code civil, que la Cour de cassation a pu sanctionner et refuser l'adoption simple de l'enfant de la partenaire pacsée²²⁶⁴ et de la concubine²²⁶⁵. De même, c'est sur le fondement de l'article 356 du Code civil que la Cour a refusé l'adoption plénière de l'enfant de la concubine²²⁶⁶. Ainsi, comme vu précédemment²²⁶⁷, pour refuser l'adoption simple, la Cour a soulevé d'une part, que le prononcé de l'adoption de l'enfant entraînerait pour la mère la perte de l'autorité parentale et son transfert à sa partenaire pacsée ou sa concubine et, d'autre part, que le partage de l'autorité parentale n'est prévu que dans le cas de l'adoption du conjoint, les conjoints étant dans la législation française, des personnes mariées. De même, pour refuser l'adoption plénière de l'enfant de la concubine la Cour a considéré d'une part, que le prononcé de l'adoption mettrait fin au lien de filiation entre l'enfant et la mère, laquelle n'y avait pas renoncé, ce qui serait contraire à l'intérêt de l'enfant et, d'autre part, que seule l'adoption plénière de l'enfant du conjoint laisse subsister sa filiation d'origine à l'égard de ce conjoint et de sa famille. Enfin, elle a rappelé que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas de consacrer, par adoption, tous les liens d'affection, fussent-ils anciens et établis.

547. Les décisions confirment la faveur faite au mariage par le législateur, qui le considère encore comme le mode de vie de couple le plus abouti et le plus sécurisant pour accueillir un enfant et auquel on réserve l'adoption conjointe. Ainsi, les décisions marquent une différence

²²⁶³ Obs. H. Bosse-Platière, A. Gouttenoire, préc. ; Obs. I. Gallmeister, préc. ; Obs. F. Granet-Lambrechts, préc.

²²⁶⁴ Civ 1^{re}, 19 déc. 2007, n° 06-21.369 P : D. 2008. AJ p. 291, obs. Luxembourg; *ibid.* 2008. Pan. p. 1377, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2008. P. 1028, note Mauger-Vielpeau ; *ibid.* Pan. p. 1794, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; JCP 2008. II. 10046, note Y. Favier ; Gaz. Pal. 2008. 1. 307, et les obs. ; AJ fam. 2008. 75, obs. F. Chénéde ; Dr. fam. 2008, n° 28, note P. Murat ; Defrénois 2008. 1119, obs. J. Massip ; RJPf 2008-3/28, obs. T. Garé ; RTD civ. 2008 p. 287, obs. H. Hauser ; v. *supra.* n° 191 ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-15.647, FS P+B+R+I, Proc. gén. près CA Bourges : Juris-data n° 2007-037456 ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 04-15.676, FS P+B+R+I, X et a. c/ Proc. gén. près CA Paris : Juris-data n° 2007-037455 ; D. 2007, p. 1047, note D. Vigneau ; *ibid.* AJ 721, obs. Delaporte-Carré ; *ibid.* Chron. C. cass. 891, obs. Chauvin ; *ibid.* Pan. 1467, obs. F. Granet-Lambrechts ; JCP 2007. II. 10068, note C. Neirinck ; Gaz. Pal. 2007. 480, avis Cavarroc ; Defrénois 2007. 791, obs. J. Massip ; AJ fam. 2007. 182, obs. F. Chénéde ; Dr. fam. 2007, n° 80, note P. Murat ; RJPf 2007-5/32, note Mécaré ; RLDC 2007/39, n° 2570, note Le Boursicot ; RTD civ. 2007. 325, obs. Hauser ; JCP G. 2007, act. 109, obs. Y. Favier ; v. *supra.* n° 372.

²²⁶⁵ Civ. 1^{re} 9 mars 2011, n° 10-10.385, F-P+B+I : JurisData n° 2011-003220 ; Dr. fam. 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; D. act. 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc ; v. *supra.* n° 372.

²²⁶⁶ Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-11.069 ; D. 2018, p. 509 ; *ibid.*, p. 1083, point de vue H. Fulchiron ; AJ fam. 2018, p. 226, obs. M. Saulier ; Gaz. Pal. 2018, n° 12, p. 27, obs. P. Le Maijat ; Dr. fam. 2018, comm. 131, obs. A. Molière ; v. *supra.* n° 373.

²²⁶⁷ V. *supra.* n° 372 et 373.

fondamentale entre le mariage et les autres modes de vie de couple. Pour l'instant, le mariage est le seul à avoir une dimension filiale. C'est pourquoi le partage de l'autorité parentale est réservé aux conjoints, qui sont selon la loi française, des époux²²⁶⁸. D'ailleurs, la Cour de cassation n'a pas été approuvée le recours à la délégation-partage de l'autorité parentale invoqué par les partenaires. Ces derniers souhaitaient, à travers ce procédé, le rétablissement de l'autorité parentale à l'égard de la mère après le prononcé de l'adoption. La Haute juridiction a considéré qu'une telle utilisation caractérisait un détournement de la fonction tant l'adoption que la délégation-partage au détriment de l'intérêt de l'enfant²²⁶⁹. Dans aucune de ces décisions, l'orientation sexuelle des partenaires ou des concubines n'a été prise en compte²²⁷⁰.

En outre, les décisions mettent l'accent sur le sort de l'autorité parentale au regard de l'intérêt de l'enfant²²⁷¹. En effet, si l'un des intérêts des arrêts semble être de préserver la fonction de l'adoption, tant simple que plénière, l'autre intérêt est de protéger l'enfant en prévoyant les conséquences de l'adoption sur ce dernier. Dans toutes les espèces, le but recherché par les parties était de maintenir le lien de l'enfant et sa mère, puis de le rattacher à la compagne de cette dernière. L'effet attendu de l'adoption ne permettait pas un tel résultat, mais provoquait une situation contraire à l'intérêt de l'enfant : celle d'écarter sa mère et le lien de filiation maternelle et de le remplacer par un lien avec un tiers.

Par ailleurs, les décisions refusant l'adoption simple, qui ont été rendues avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013, montraient déjà que la Cour de cassation ne fermait pas la porte de l'adoption aux couples de même sexe. Si elle ne l'a pas ouverte à ce moment, c'est parce que le législateur ne le permettait pas²²⁷². Toutefois, l'arrêt concernant l'adoption plénière a été rendu après la loi dite « mariage pour tous » et après l'utilisation du contrôle de proportionnalité *in concreto* par la Cour de cassation.

548. Ainsi, il est possible de constater d'une part, que les couples non mariés continuent à revendiquer l'accès à la filiation réservé aux couples mariés et, d'autre part, que l'utilisation du contrôle de proportionnalité n'a pas affaibli l'interdiction d'adoption conjointe pour les couples non mariés. Au contraire, elle a permis de démontrer la conformité de cette interdiction à la

²²⁶⁸ En ce sens, Obs. F. Chénéde, *AJ fam.* 2008, p. 75 ; D. Vigneau, *D.* 2007, p. 1047.

²²⁶⁹ Obs. F. Chénéde ss. Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, *D.* 2007, p. 721 *AJ fam.* 2007, p. 182 ; Obs. C. Delaporte-Carre ss. Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, *D.* 2007, p. 721 ; Obs. J. Hauser ss. Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, *RTD civ.* 2007, p. 325 ; Obs. J. Massip ss. Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, *Deffrénois* 2007, p. 791 ; note P. Murat ss. Civ. 1^{re}., 20 févr. 2007, n° 06-15.647, *Dr. fam.* 2007, comm. 80.

²²⁷⁰ Obs. C. Delaporte-Carre, *D.* 2007, p. 721.

²²⁷¹ En ce sens, P. Chauvin, *D.* 2007, p. 891 ; C. Delaporte-Carre, *D.* 2007, p. 721 ; Obs. C. Siffrein-Blanc, *D.* 2011, p. 876.

²²⁷² En ce sens, Obs. J. Hauser, préc. ; F. Chénéde, *AJ fam.* 2011, p. 205 ; Note P. Murat, préc.

Convention, dès lors que le droit au respect à une vie privée et familiale n'impose pas l'ouverture de l'adoption plénière aux couples non mariés. Un commentateur a pu ainsi souligner que par sa réponse la Cour de cassation affirme que la Convention EDH n'est pas « une matrice permettant d'accorder à l'infini de nouveaux droits ou le bénéfice de droits réservés à certaines catégories de personnes, à moins bien entendu que le principe de non-discrimination le commande, ce qui n'était pas en cause en l'espèce »²²⁷³. Toutefois, en utilisant le contrôle de proportionnalité, la Cour permet aux juges du fond – ou les oblige ? - de vérifier la compatibilité de l'application de la règle de droit en l'espèce avec les droits fondamentaux des parties²²⁷⁴.

Enfin, la solution prend en compte l'intérêt de l'enfant, qui n'est pas de voir le lien de filiation maternelle anéanti au profit d'un lien de filiation à l'égard d'un tiers et ce, d'autant plus que la mère n'a pas renoncé à son lien de filiation²²⁷⁵. La finalité recherchée par la concubine de la mère était d'ajouter un autre lien de filiation et non pas d'effacer l'existant à l'égard de la mère biologique. Or, cette possibilité n'est conférée qu'aux couples mariés²²⁷⁶. Toutefois, en l'espèce, si les femmes, séparées au moment de l'espèce, avaient été unies par le lien du mariage, il semblerait que la décision n'aurait pas été différente, car il s'agirait d'une demande en adoption de l'enfant de l'ex-conjoint, laquelle n'est pas possible.²²⁷⁷

549. Ces décisions mettent évidence l'emprise des caractères de bilatéralité et d'exclusivité sur le lien de parenté, lesquels impliquent une interdiction d'établir un lien de parenté concurrent. En effet, une personne ne peut pas avoir deux filiation maternelles ou deux filiation paternelles, hormis le cas de l'adoption par un couple de même sexe marié.

²²⁷³ Note, Molière A. ss. Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-11.069, *Dr. fam.* 2018, comm. 131.

²²⁷⁴ Point de vue, H. Fulchiron ss. Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-11.069, *D.* 2018, p. 1083.

²²⁷⁵ Note, Molière A., *Dr. fam.* 2018, comm. 131.

²²⁷⁶ Point de vue, H. Fulchiron, préc.

²²⁷⁷ Obs. M. Saulier ss. Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-11.069, *AJ fam.* 2018, p. 226.

Section 2 La vérification par le juge du caractère d'interdiction de l'inceste dans le lien familial

550. L'interdiction de l'inceste constitue le second caractère issu de la règle d'ordre public familial qui détermine le lien familial²²⁷⁸. Ce caractère se manifeste de manière différente selon qu'il s'agit d'un lien de couple ou d'un lien de parenté. Concernant les liens de couple, ce caractère implique que le lien de couple ne peut exister qu'entre deux personnes appartenant à une famille différente. Les personnes ont ainsi l'obligation de chercher leur conjoint, partenaire pacsé ou concubin en dehors de leur famille, car le lien de couple incestueux est interdit²²⁷⁹. S'agissant du lien de parenté, ce caractère interdit l'établissement d'une double filiation à l'égard de l'enfant dès lors qu'il existe entre ses parents un lien de parenté à un degré prohibé. En effet, les filiations incestueuses sont interdites par l'article 310-2 du Code civil.

551. Afin d'analyser la manière dont le juge vérifie le critère de l'interdiction de l'inceste dans la formation du lien familial, nous distinguerons selon qu'il s'agit d'un lien de couple (§1) ou d'un lien de parenté (§2).

§1 La vérification par le juge de l'interdiction de l'inceste dans le lien de couple

552. Le caractère portant sur l'interdiction de l'inceste en matière de liens de couple implique que les membres du couple ne doivent appartenir à la même famille. Cette interdiction existe à l'égard du mariage, donc la parenté constitue un empêchement à mariage. Le mariage ne peut donc pas être célébré entre ascendants et descendants et entre alliés en ligne directe²²⁸⁰. De plus, le mariage serait interdit entre le débiteur et la bénéficiaire des subsides²²⁸¹, ainsi qu'entre l'adoptant et l'adopté²²⁸². De même, il est interdit entre le frère et la sœur et entre frères et sœurs²²⁸³. Enfin, le mariage est interdit entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce²²⁸⁴. Cependant, si le mariage entre parents proches en ligne directe liés par le sang est interdit de manière absolue, l'empêchement entre

²²⁷⁸ V. *supra*. n^{os} 461 et s.

²²⁷⁹ V. *supra*. n^{os} 461 et s.

²²⁸⁰ C. civ., art. 161.

²²⁸¹ C. civ., art. 342-6.

²²⁸² C. civ., art. 366.

²²⁸³ C. civ., art. 162.

²²⁸⁴ C. civ., art. 163.

l'oncle ou la tante et le neveu ou la nièce, ainsi que le mariage entre alliés en ligne directe est relatif, car il peut faire l'objet d'une dispense, laquelle est octroyée par le Président de la République pour des causes graves. En ce qui concerne le mariage entre alliés, il faut que l'auteur de l'alliance soit décédé pour que le mariage puisse être célébré²²⁸⁵. Quant au Pacte civil de solidarité, il existe une interdiction à peine de nullité de le conclure entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus²²⁸⁶. Il existerait également une interdiction de conclure un Pacs entre le débiteur et le bénéficiaire des subsides, ainsi qu'entre l'adoptant et l'adopté²²⁸⁷. S'agissant du concubinage, aucun élément de la définition donnée par le Code civil n'empêche expressément le concubinage entre parents proches. Toutefois, le tabou de l'inceste et l'interdiction du mariage incestueux permettent de supposer qu'une union de fait incestueuse ne pourrait être qualifiée de concubinage, car contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs²²⁸⁸.

553. Ainsi le juge vérifie que le lien entre conjoints (A), entre partenaires (B) et entre concubins est bien monogame (C).

A. La vérification de l'exogamie du lien matrimonial

554. Le juge vérifie l'exogamie du lien matrimonial lorsqu'il doit se prononcer sur une demande en mainlevée de l'opposition à mariage (1), ainsi que sur une action en nullité du mariage (2).

1. La vérification de l'exogamie du lien matrimonial à travers l'opposition à mariage

555. En cas d'empêchement fondé sur la parenté, les père et mère et les aïeuls et les aïeules²²⁸⁹ des prétendants, ainsi que le ministère public²²⁹⁰ peuvent formuler une opposition à

²²⁸⁵ C. civ., art. 164, *in fine*.

²²⁸⁶ C. civ., art. 515-2, 1°.

²²⁸⁷ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 77 ; MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 223, n° 367 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 68, n° 59 ; V. *contre*, COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 64, n° 165 et 168 ; BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 286, n° 622.

²²⁸⁸ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 30, n° 77 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 73 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 68, n° 59.

²²⁸⁹ C. civ., art. 173.

²²⁹⁰ C. civ., art. 175-1.

mariage. En effet, le mariage contracté en contravention aux dispositions interdisant le mariage entre parents proches est frappé de nullité absolue²²⁹¹.

Ainsi, l'auteur de l'opposition à mariage fondée sur l'inceste doit prouver l'existence d'un lien de parenté entre les prétendants²²⁹². Cette preuve se fera essentiellement par des actes de naissance ou par le jugement prononçant les subsides ou l'adoption, qui démontrent l'existence des liens de parenté entre les prétendants. Ces derniers pourront demander devant le tribunal de grande instance la mainlevée de l'opposition²²⁹³ en rapportant la preuve de l'absence de lien de parenté entre eux. Lorsque les prétendants sont l'oncle ou la tante et le neveu ou la nièce, ils pourront également présenter, le cas échéant, la dispense accordée par le Président de la République afin que leur mariage puisse être célébré. Il en va de même lorsque les prétendants sont des alliés, ces derniers devant également prouver que l'auteur de l'alliance est décédé.

556. La reconnaissance du droit à contester le refus de dispense de la part du président de la République. Dans ces cas qui caractérisent un inceste relatif, les prétendants pourront contester la décision de refus de lever l'interdiction de leur mariage par le Président de la République, devant les juridictions judiciaires. Telle a été la solution prise par la cour d'appel de Paris²²⁹⁴, en considérant que si l'empêchement à mariage entre oncle et nièce ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au mariage protégé par la Convention européenne des droits de l'homme, l'absence d'un recours juridictionnel contre la dispense discrétionnaire à l'empêchement à mariage est contraire au droit à un recours effectif prévu à l'article 13 de la Convention. En l'espèce, l'oncle et la nièce se sont vu refuser l'autorisation de contracter mariage par le Président de la République au motif que la condition tenant à l'existence d'une cause grave de l'article 164 du Code civil n'était pas remplie. Ces derniers ont alors contesté cette décision devant le TGI de Paris, qui a déclaré irrecevable leur demande. Les prétendants ont alors interjeté appel de la décision. La cour d'appel a infirmé le jugement entrepris. Ainsi, pour déclarer recevable la demande des prétendants, la cour a affirmé d'une part, « que les juridictions civiles sont compétentes pour apprécier les conditions de fond et de

²²⁹¹ C. civ., art. 183.

²²⁹² CA Versailles, 15 juin 1990 : *D.* 1991, p. 268, note J. Hauser ; *JCP* 1991. II. 21759, note Laroche-Gisserot ; CA Colmar, 24 juin 1994 ; *JurisData* n° 046693 ; *JCP* 1995. II. 22462, note F. Boulanger ; *RTD civ.* 1995. 329, obs. J. Hauser, *JCP* 1995.IV.379.

²²⁹³ C. civ., art. 177.

²²⁹⁴ CA Paris, 3 avr. 2008, *JurisData* n° 2008-359947 ; *AJ fam.* 2008/6, p. 256, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2008, comm. 81, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2008, 7-8, note A. Leborgne ; *D.* 2010, p. 730, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; v. *supra*. n° 143.

forme du mariage » et d'autre part, « que le refus de dispense à mariage sur le fondement de l'article 164 3° du Code civil est indissociable de la question de l'état des personnes, si bien que le juge civil est compétent pour en connaître ». Ainsi, elle a considéré que la dispense à mariage n'est pas soumise à un recours juridictionnel et que de ce fait, elle est contraire au droit à un recours effectif devant une instance nationale, consacré par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Puis, contrairement à l'argumentation des prétendants, la cour a affirmé que l'empêchement à mariage entre oncle et nièce ne portait pas une atteinte disproportionnée au droit au mariage, en raison des liens de sang qui les lie et de la possibilité de lever la prohibition pour des causes graves. Enfin, afin de rejeter la demande des prétendants, la cour a conclu qu'en l'espèce ils n'établissaient l'existence d'aucune cause grave au sens de l'article 164, alinéa 1^{er} du Code civil.

La décision de la cour d'appel de Paris présente deux apports, bien qu'elle laisse quelques questions sans réponse. D'abord, elle considère que l'empêchement à mariage entre oncle ou tante et nièce ou neveu est conforme au droit au mariage protégé par la Convention, car il est possible de le lever à travers une dispense pour des causes graves. De ce fait, elle prend en compte²²⁹⁵ la solution dégagée par l'arrêt *B. et L.* de 2005 de la Cour de Strasbourg²²⁹⁶, dans lequel elle a condamné le Royaume-Uni en raison de l'empêchement à mariage entre alliés. La Cour avait alors affirmé que les limitations imposées au droit d'un homme et d'une femme de se marier et de fonder une famille ne doivent pas être d'une sévérité telle que ce droit s'en trouverait atteint dans sa substance même. Ensuite, la cour d'appel considère que l'absence de recours juridictionnel contre le refus du Président de la République constitue une atteinte au droit à recours effectif de l'article 13 de la Convention. Ce faisant, elle tire des conclusions²²⁹⁷ d'un arrêt rendu par le Conseil d'État, dans lequel il a considéré « que les décisions que le Président de la République est appelé à prendre en vertu de l'article précité du Code civil sont qu'elles accordent ou refusent l'autorisation sollicitée, indissociables des questions d'état des personnes relatives à la parenté et au mariage ; qu'il n'appartient donc qu'aux tribunaux civils de se prononcer sur le recours contre [celles-ci] »²²⁹⁸. Ainsi, il affirme que les juridictions civiles sont compétentes pour connaître du recours contre le refus à lever l'interdiction à mariage du Président de la République. Il est vrai que cet apport de l'arrêt doit être pris avec

²²⁹⁵ Obs. F. Chénéde, préc. ; Obs. V. Larribau-Terneyre, préc.

²²⁹⁶ CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni* ; *D.* 2006. *Pan.* 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *JCP* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire, M. Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. Marguénaud ; *ibid.* 758, obs. Hauser ; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M. ; v. *supra.* n° 176.

²²⁹⁷ Obs. V. Larribau-Terneyre, préc. ; Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

²²⁹⁸ CE 12 oct. 2005, 264446 : *D.* 2006, p. 1433, note N. Glandier ; *ibid.* *Pan.* p. 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2005, p. 451, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2005, comm. 259, note V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2006, p. 91, obs. J. Hauser.

précaution, le recours n'existant pas dans la loi. De même, l'absence de position de la part de la Cour de cassation rend l'existence de ce recours incertaine²²⁹⁹. La Cour avait en effet montré son attachement au pouvoir discrétionnaire du Président de la République pour apprécier le consentement au mariage de l'époux décédé en matière d'autorisation à mariage posthume²³⁰⁰. Les juges civils avaient ainsi refusé d'apprécier l'existence des « motifs graves » afin d'autoriser un mariage posthume. En ce sens, la Cour de cassation pourrait s'opposer à connaître et à consacrer un recours contre le refus de dispense à mariage²³⁰¹. Toutefois, l'emprise de l'arrêt *B. et L.* sur les empêchements à mariage et la récente position de la Cour de cassation à l'égard du mariage entre alliés²³⁰² permettent de supposer qu'un éventuel pourvoi formé contre la décision qui refuse de connaître d'un tel recours pourrait donner lieu à une consécration jurisprudentielle de ce droit de recours. Par ailleurs, la cour d'appel ne définit pas la notion de « causes graves » de l'article 164 du Code civil. Cette absence rend alors inutile l'accès au recours contre la décision du Président de la République, car il est impossible de savoir le critère par lequel sont considérées les causes graves²³⁰³. Un arrêt de la Cour de cassation à cet égard pourrait permettre de constater la manière dont elle appréhende cette notion afin de comprendre son contenu²³⁰⁴. De même, la demande en nullité d'un mariage célébré entre oncle ou tante et neveu ou nièce pourrait donner l'opportunité au juge judiciaire de contrôler le contenu de la notion²³⁰⁵, ainsi que cela a été pour le cas des mariages posthumes²³⁰⁶.

²²⁹⁹ Obs. F. Chénéde, préc. ; Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc. ; Obs. J. Hauser, préc.

²³⁰⁰ Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, *D.* 2006. *Jur.*, p. 2085, note G. Raoul-Cormeil ; *Ibid. Pan.* p. 1414, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2006, p. 206, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2006, p. 283, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007 ; *D.* 2007. *AJ*, p. 2811 ; *ibid.*, 2008, *Pan.*, p. 1789, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2007, p. 436, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2008, p. 84, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2007, comm. 197, note V. Larribau-Terneyre.

²³⁰¹ Obs. F. Chénéde, préc. ; Obs. J. Hauser, préc. ; Obs. V. Larribau-Terneyre.

²³⁰² Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, déc. préc. ; v. *supra.* n° 177 ; Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, déc. préc. ; v. *supra.* n° 465.

²³⁰³ Obs. F. Chénéde, préc.

²³⁰⁴ Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

²³⁰⁵ Obs. V. Larribau-Terneyre, préc.

²³⁰⁶ Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 02-13.175 : *JurisData* n° 2006-032402 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 79, note V. L.-T. ; *RTD civ.* 2006, p. 283, obs. J. Hauser ; *D.* 2006, p. 1417, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *ibid.* p. 2085, note G. Raoul-Cormeil ; *AJ fam.* 2006, p. 206, obs. F. Chénéde ; CA Grenoble, ch. des urgences, 27 juin, n° 06/01519, C. A : *JurisData* n° 2007-343428 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 217, note V. L.-T. ; *RTD civ.* 2008, p. 84, n° 8, obs. J. Hauser

2. *Le contrôle de l'exogamie du lien matrimonial dans le cadre d'une demande en nullité du mariage*

557. Le juge contrôle l'exogamie du lien matrimonial lorsqu'il est saisi d'une demande en nullité du mariage pour cause d'inceste. En effet, le mariage contracté en contravention des dispositions contenues aux articles 161, 162 et 163, posant un empêchement à mariage entre parents proches, peut être attaqué par une action en nullité absolue par les époux eux-mêmes, par tous ceux qui y ont intérêt, ainsi que par le ministère public, dans un délai de trente ans à compter de sa célébration²³⁰⁷.

558. Si le contentieux est marginal, depuis l'arrêt *B. et L.* de la Cour européenne des droits de l'homme²³⁰⁸, les affaires relatives à l'empêchement à mariage fondé sur la parenté ont gagné de l'importance et se sont multipliées. En effet, la condamnation du Royaume-Uni à cause de l'empêchement à mariage entre alliés prévu en droit britannique et la position de la Cour de Strasbourg à l'égard de cet empêchement, lequel a été considéré comme une limite au droit au mariage dont la sévérité dénature la substance même de ce droit permettait d'apprécier l'inconventionnalité du droit français, notamment en ce qui concerne l'interdiction de mariage entre alliés²³⁰⁹. Pourtant, l'interdiction du mariage incestueux, y compris entre alliés est maintenue, même si l'exercice du contrôle de proportionnalité *in concreto* par la Cour de cassation a déjà montré qu'il peut être écarté en considération notamment de la durée du mariage²³¹⁰.

559. La nullité du mariage entre alliés. Ainsi, lorsque le lien de parenté à un degré interdit entre les époux est prouvé, ce mariage est frappé d'une nullité absolue. Telle a été la solution prise par la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans deux arrêts concernant le mariage du beau-père et de sa bru²³¹¹, ainsi que celui du beau-père et de sa belle-fille²³¹². Si la situation et les rapports familiaux n'étaient pas les mêmes dans les deux affaires, dans la première la femme avait été l'épouse du fils de son futur mari, alors que dans la seconde la femme était la fille de

²³⁰⁷ C. civ., art. 184.

²³⁰⁸ CEDH, 13 sept. 2005, n° 36536/02, *B. et L. c/ Royaume-Uni* ; D. 2006. *Pan.* 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *JCP* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire, M. Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. Marguénaud ; *ibid.* 758, obs. Hauser ; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M. ; v. *supra.* n° 176.

²³⁰⁹ En ce sens, obs. J.-P. Marguénaud, *RTD civ.* 2005, p. 735 ; obs. A. Gouttenoire et M. Lamarche, *Dr. fam.*, 2005, n° 234.

²³¹⁰ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, déc. préc.

²³¹¹ CA Aix-en-Provence, 6^e ch. A, arrêt, 21 juin 2012, n° 11/02930, n° 2012/398, M. c/ M.

²³¹² CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939 : *JurisData* n° 2014-029845 ; D. 2015, *Pan.*, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2015, p. 361, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2015, comm. 44, obs. J.-R. Binet.

l'ancienne épouse de son futur mari. Or, dans les deux cas, l'interdiction du mariage entre alliés n'avait pas été respectée. Dans les deux espèces, le divorce avait été prononcé entre les auteurs de l'alliance et l'auteur de l'alliance n'était pas décédé avant la célébration du mariage incestueux. De même, aucune dispense de mariage n'avait été demandée au Président de la République. Par ailleurs, dans l'affaire concernant la bru et le beau-père, un enfant était issu de la première union, dont le nouveau mari de la femme était le grand-père. De même, dans l'affaire relative à la belle-fille et au beau-père, aucun enfant n'était issu de cette union. Un élément de fait pouvait distinguer les deux affaires, alors qu'entre la bru et son beau-père le mariage avait duré plus de vingt ans, le mariage entre la belle-fille et son beau-père n'avait duré que huit ans. La cour d'appel a toutefois décidé d'annuler les deux mariages, car contraires à l'article 161 du Code civil.

560. La justification en droit français de l'interdiction du mariage entre alliés. Les deux décisions mettent en exergue la fonction du caractère exogamique du mariage : garantir l'homogénéité de la famille, la stabilité des relations à l'intérieur de celle-ci et la lisibilité des liens familiaux. Puis elles justifient l'empêchement à mariage entre alliés et sa conformité avec l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, l'interdiction au mariage entre alliés est proportionnelle, car elle peut être levée au travers d'une dispense. Dès lors, l'atteinte du droit au mariage serait proportionnelle en raison de sa fonction et de la possibilité de l'écarter²³¹³. De même, les deux décisions opèrent un contrôle de proportionnalité *in concreto* et prennent en considération les conséquences préjudiciables du mariage incestueux entre alliés à l'égard de l'intérêt de l'enfant, tant l'intérêt de l'enfant de l'ancienne bru que celui de la belle-fille pendant la vie matrimoniale entre sa mère et son futur mari. Ce type d'union provoquerait une regrettable confusion de rôles chez l'enfant, son ancien grand-père ou beau-père devenant son père et même son mari²³¹⁴. Ainsi, ce n'est pas le contenu lui-même de l'article 164 du Code civil qui permet de prononcer la nullité dans les deux cas, mais l'exercice du contrôle de proportionnalité. Cette solution démontre que les souhaits de la Cour de cassation exprimés dans son communiqué relatif à l'arrêt rendu en 2013²³¹⁵, de faire de cette solution un « arrêt d'espèce » n'ont pas été entendus par les juges du fond, qui vérifient désormais la proportionnalité de l'atteinte provoquée par l'application de la loi en l'espèce aux droits fondamentaux²³¹⁶.

²³¹³ Obs. J.-R. Binet, préc.

²³¹⁴ *Ibid.*

²³¹⁵ Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, déc. préc.

²³¹⁶ V. en ce sens, obs. J. Hauser, ss. CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939, *RTD civ.* 2015, p. 361.

561. La divergence des solutions retenues par la Cour de cassation. Les deux décisions ont fait l'objet d'un pourvoi. Si la Cour utilise dans les deux affaires le même raisonnement – un contrôle de proportionnalité *in concreto* - les solutions sont divergentes. En effet, alors que le premier arrêt a été cassé, le second a été confirmé par un arrêt du 8 décembre 2016²³¹⁷. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a soulevé que le droit au mariage des époux n'avait pas été atteint, d'une part, car le mariage a été célébré sans opposition et, d'autre part, car les époux ont vécu maritalement jusqu'à la mort du mari. Puis, la Cour a relevé que la nullité du mariage entre alliés est prévue par la loi et qu'elle poursuit un but légitime : « sauvegarder l'intégrité de la famille » et « préserver l'enfant des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale ». Enfin, la Cour a procédé à un contrôle de proportionnalité *in concreto* à partir duquel elle a constaté que l'application de la règle de droit en l'espèce n'avait pas entraîné une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale de la veuve. La Cour a retenu l'âge de la belle-fille à trois moments différents, mais essentiels dans sa vie : au moment du mariage entre son beau-père et mère, puis au moment leur divorce et enfin au moment son mariage avec son ancien beau-père. Ensuite, elle réitère l'appréciation faite par la cour d'appel : pendant la vie matrimoniale de sa mère et de son beau-père, ce dernier avait été pour elle une référence paternelle au moins sur le plan symbolique. En outre, la Cour retient aussi que le mariage n'avait duré que huit ans et qu'aucun enfant n'était issu de cette union. Ce faisant, la Cour prend le soin de répondre aux motifs de l'arrêt *B. et L.* afin d'éviter une éventuelle condamnation de la part de la Cour européenne des droits de l'homme²³¹⁸.

C'est ainsi que la Cour de cassation préserve l'interdiction du mariage entre alliés en ligne directe tantôt à l'égard du droit au mariage (art. 12) tantôt à l'égard du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8)²³¹⁹. Toutefois, l'analyse de la conventionnalité de la nullité de ce mariage interdit au motif qu'elle est prévue par la loi et qu'elle poursuit un double but légitime ; la sauvegarde de l'intégrité de la famille et la préservation de l'enfant des conséquences résultant d'une modification de la structure familiale ; peut paraître insuffisante²³²⁰. En effet, la Cour semble affirmer que le droit au mariage implique le droit de le célébrer sans opposition et de vivre une vie maritale, peu important la durée. Dès lors, le fait

²³¹⁷ Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 P. ; *D.* 2016, p. 2568, obs. I. Gallmeister ; *Ibid.*, 2017, p. 2568, obs. M. Douchy-Oudot ; *Ibid.*, p. 656, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 71, J. Houssier ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2017, 166, note J. Hauser ; *Dr. fam.* 2017, comm. 24, note R. Binet ; v. *supra.* n° 465.

²³¹⁸ *Ibid.*

²³¹⁹ Note J.-R. Binet, *Dr. fam.* 2017, comm. 24.

²³²⁰ Obs. J. Hauser, *JCP G* 2017, 166.

que le mariage disparaisse complètement et rétroactivement au jour de sa célébration, le mariage étant réputé n'avoir jamais existé par l'effet de la nullité absolue, ne paraît pas entraîner une atteinte au droit mariage. Ainsi, le droit au mariage serait respecté malgré le fait que tous les effets qu'il entraînait disparaissent. Le mariage devient ainsi un droit précaire²³²¹. Avec la nullité la femme perd son statut de conjoint survivant et donc ses droits successoraux à l'égard de la succession de son mari. Elle perd aussi la possibilité de bénéficier d'une pension de réversion²³²². La position adoptée par la Cour permet de s'interroger sur le sort de l'empêchement à mariage entre alliés à l'égard du droit au mariage, dès lors qu'une opposition est formulée contre ce mariage, dès lors que la nullité est demandée, alors que les deux époux sont toujours vivants²³²³.

Concernant l'exercice du contrôle de proportionnalité, la Cour a considéré que le beau-père avait représenté pour sa belle-fille, durant la vie matrimoniale entre ce dernier et sa mère, une figure paternelle, au moins sur le plan symbolique. Si l'argument peut être vrai, il est plus moral que juridique²³²⁴. Un risque important peut être perçu à travers la lecture de cette décision, qui est caractérisée par le défaut de prévisibilité qu'entraîne le contrôle de proportionnalité²³²⁵. En effet, dans l'arrêt de 2013, les vingt ans de vie matrimoniale ont justifié, avec l'absence d'opposition au moment de la célébration du mariage, le maintien du mariage entre la bru et son beau-père. En revanche, dans cette décision, les huit ans de vie commune et l'absence d'enfant entre les époux n'ont pas suffi pour que la Cour décide de préserver l'union matrimoniale²³²⁶. C'est pourquoi Jean Hauser affirmait qu'«on est là en face d'une "jurisprudence" purement sociologique²³²⁷». Ce serait alors la durée du mariage la clef de compréhension des arrêts rendus en utilisant un contrôle de proportionnalité? Mais laquelle?²³²⁸

²³²¹ Obs. J. Houssier, *AJ fam.* 2017, p. 71.

²³²² Obs. J. Hauser, préc.

²³²³ Note, J.-R. Binet, préc.

²³²⁴ Obs. J. Houssier, préc.

²³²⁵ Obs. J. Hauser, préc ; Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, *D* 2017, *Pan.* p. 1082.

²³²⁶ Note J.-R. Binet., préc.

²³²⁷ Obs. J. Hauser, *RTD civ.* 2017, p. 102.

²³²⁸ Obs. J. Hauser, *RTD civ.*, préc ; Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

B. Le contrôle de l'interdiction de l'inceste dans le lien entre partenaires dans le cadre d'une demande nullité du Pacs

562. L'interdiction du Pacs incestueux. Le Pacs conclu entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré, est frappé de nullité absolue²³²⁹. Ces empêchements de conclure un Pacs entre parents proches montrent bien l'esprit du législateur de 1999 de faire du Pacs une vie de couple et donc une union sexuée. Le tabou de l'inceste a donc vocation à s'étendre au Pacs, lequel ne peut pas constituer un lien de couple incestueux. De ce fait, l'existence d'un lien de parenté entre les partenaires conduit à la nullité du Pacs, dès lors que le lien de parenté est prouvé. Il faut souligner que dans son arrêt du 8 mars 2017²³³⁰, la Cour de cassation a autorisé la conclusion d'un Pacs par un majeur sous curatelle avec un homme plus jeune que lui, les intéressés ayant déclaré que le lien qui les unissait était celui d'un père à un fils, du fait de leur écart d'âge important, de quarante-quatre ans, dès lors qu'en l'espèce il n'existait aucun empêchement légal. Autrement dit si les intéressés avaient une relation de père et fils, ils n'étaient liés par aucun lien de filiation. De ce fait, on peut conclure que seule l'existence d'un lien de parenté ou de couple institutionnel peut provoquer la nullité du Pacs. L'absence de dispense pour pouvoir se pacser entre alliés ou entre collatéraux ne permet pas la transposition des solutions afférentes au Pacs. Enfin, la nullité du Pacs étant soumise au régime du droit commun de l'annulation des actes juridiques, elle est soumise au délai de 5 ans²³³¹.

C. Le contrôle de l'interdiction de l'inceste dans le lien entre concubins à travers la qualification de l'union de fait.

563. La définition du concubinage de l'article 515-8 du Code civil n'établit aucune interdiction de qualifier une relation incestueuse de concubinage. Toutefois, la vie de couple que suppose le concubinage révèle sa nature sexuée, laquelle implique que le lien ne peut avoir lieu qu'entre personnes appartenant à des familles différentes²³³². Ainsi, il est possible de

²³²⁹ Cons. const. 9 nov. 1999, cons. 27, déc. préc., v. *supra*. n° 447 : « Considérant, en deuxième lieu, qu'en égard à la nature des empêchements édictés par l'article 515-2 du code civil, justifiés notamment par les mêmes motifs que ceux qui font obstacle au mariage, la nullité prévue par cette disposition ne peut être qu'absolue ».

²³³⁰ Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685, JurisData n° 2017-004100 ; *D.* 2017, p. 2038, obs. A. Gouëzel ; *D.* 2017, p. 1292, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91 S. Dumas-Lavenac ; v. pour les détails, *infra*. n° 703.

²³³¹ C. civ., art. 2224.

²³³² BLOUGH (R.), « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.* 2009, étude 19, spéc. n° 14.

supposer que le tabou de l'inceste en matière de liens de couple empêche qu'un tel lien soit reconnu afin qu'il produise des conséquences de droit, car contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. De ce fait, la libéralité consentie dans le cadre d'un concubinage incestueux serait nulle pour cause immorale, la nullité étant alors absolue²³³³.

564. Ainsi, l'interdiction de l'inceste dans le lien de couple constitue le second caractère qui déterminent la structure du lien de couple : les membres du couples ne doivent ne doivent pas provenir de la même famille, ils ne doivent pas appartenir au même lignage.

§2 La vérification par le juge de l'interdiction de l'inceste dans le lien de parenté

565. Le caractère relatif à l'interdiction de l'inceste issu de la règle d'ordre public familial implique, en matière de lien de parenté que le lien de filiation ne peut être établi à l'égard d'un enfant dont le parent est uni par un lien de sang au second parent. En effet, cette situation donnerait lieu à une filiation incestueuse, laquelle est interdite par l'article 310-2 du Code civil²³³⁴.

566. Le juge vérifiera notamment en matière d'adoption l'absence de liens de parenté entre les adoptants (A) afin d'éviter l'institutionnalisation d'une filiation incestueuse (B).

A. La vérification judiciaire de l'absence de la filiation incestueuse

567. L'interdiction de la filiation incestueuse est générale et s'étend à tous les modes d'établissement du lien de filiation. Dès lors, l'existence d'un lien de parenté par le sang entre les parents de l'enfant empêche la reconnaissance de l'enfant par le second parent, laquelle serait nulle de nullité absolue²³³⁵. De même, elle empêche l'obtention d'un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état et l'exercice de l'action en recherche de paternité ou de maternité ou en constatation de possession d'état. Enfin, elle conduit à l'irrecevabilité de la requête en adoption.

²³³³ FAVIER (Y.), « Droit de la famille », Dalloz-Action Dalloz , n° 142.33.

²³³⁴ « S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit. »

²³³⁵ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 480, n° 521.

568. L'irrecevabilité de la requête en adoption de l'enfant incestueux par son second parent. C'est en ce sens que s'est prononcé la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 janvier 2004²³³⁶, déjà évoqué²³³⁷, rendu sous l'empire de la loi de 1972. Rappelons qu'en l'espèce l'enfant avait été reconnu par sa mère, puis par son père. Cette reconnaissance a par la suite été annulée, car les deux parents avaient la même filiation paternelle. Plus tard, le père a déposé une requête aux fins d'adoption simple de l'enfant. La cour d'appel a alors accueilli la demande en retenant que la loi n'interdisait pas l'adoption de son propre enfant et que l'adoption simple, ne manifestant pas une filiation biologique, ne pouvait être assimilée à une reconnaissance d'un enfant incestueux. Puis, le procureur de la République a formé un pourvoi en cassation et la Haute juridiction, au visa de l'ancien article 331-10 du Code civil²³³⁸, a cassé et annulé l'arrêt de la cour d'appel. Ainsi, la Cour de cassation a retenu que la requête contrevenait aux dispositions d'ordre public qui interdisent l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste absolu.

569. La solution de l'arrêt du 6 janvier 2004 confirme que l'interdiction de l'inceste s'étend à toutes les formes d'établissement de la filiation, y compris l'adoption simple, dont la logique est fondée sur le mythe de l'engendrement²³³⁹. Elle est applicable au droit de la filiation en vigueur, issu de l'ordonnance de 2005 et de la loi de ratification de 2009, car la filiation incestueuse est interdite par l'article 310-2 du Code civil, lequel ne permet que l'établissement d'un seul lien de filiation afin de « cacher » l'inceste absolu des parents²³⁴⁰.

²³³⁶ Civ. 1^{re}, 6 janv. 2004, n° 01-01.600 : *Bull. civ.* I, n° 2 ; *GAJC, op. cit.*, p. 352, n° 53 ; *D.* 2004, p. 362, concl. Sainte-Rose, note D. Vigneau ; *ibid.*, somm. 1419, obs. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2004. II. 10064, note Labrusse-Riou ; *ibid.* I. 109, n° 2, obs. Rubellin-Devichi ; *Défrenois* 2004, p. 594, obs. J. Massip ; *AJ fam.* 2004, p. 66, obs. Bicheron ; *Dr. fam.* 2004, comm. 16, note D. Fenouillet ; *RJPF* 2004-3/34, note T. Garé ; *RLDC* 2004/3, n° 107, note F. Dekeuwer-Défossez ; *LPA* 8 avr. 2004 obs. Voisin ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. J. Hauser.

²³³⁷ *V. supra.* n° 367.

²³³⁸ « S'il existe entre les père et mère de l'enfant naturel un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 ci-dessus pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre. »

²³³⁹ Note C. Labrusse-Riou, *JCP G* 2004. II. 10064.

²³⁴⁰ Obs. F. Bicheron, *AJ fam.* 2004, p. 594 ; Obs. J. Hauser, *RTD civ.* 2004, p. 75.

B. La préservation de l'unité de la famille et la protection de l'intérêt de l'enfant par l'interdiction de la filiation incestueuse

570. La finalité de l'interdiction de la filiation incestueuse est de prévenir un trouble social, en préservant la structure généalogique de la filiation, et de protéger l'enfant, en évitant qu'il soit stigmatisé par les relations incestueuses de ses parents, lesquelles seraient attestées dans l'acte de naissance de l'enfant²³⁴¹. À cet égard, Jean Hauser a relevé que la règle posée par l'ancien article 334-10 du Code civil faisait apparaître « qu'il est préférable pour l'enfant de ne pas avoir de parent plutôt qu'un parent incestueux »²³⁴². La même logique fonderait l'article 310-2 du Code civil, issu de l'ordonnance de 2005. De ce fait, la Cour affirme que l'adoption simple n'est pas le moyen de contourner cette interdiction²³⁴³.

571. De même, en relevant que la requête en adoption était contraire « aux dispositions d'ordre public édictées à l'article 334-10 du Code civil interdisant l'établissement du double lien de filiation en cas d'inceste », la Cour rappelle que l'interdiction d'institutionnaliser la filiation incestueuse va à l'encontre des valeurs, du symbole, de l'image et de la perception de la société française²³⁴⁴ de la famille, dont la structure généalogique est fondée sur le tabou de l'inceste et la protection de l'intérêt de l'enfant²³⁴⁵. Cette interdiction révèle « le retour en force de l'autorité en droit de la famille »²³⁴⁶ qui empêche à tout prix l'établissement d'une filiation incestueuse. L'arrêt met en évidence la priorité consistant à rétablir la légalité à l'égard de la situation incestueuse en refusant sa reconnaissance au détriment de l'intérêt de l'enfant²³⁴⁷. Ainsi, l'interdiction de l'inceste ne relève pas d'un ordre public de protection, qui pourrait être interprété comme la garantie pour l'enfant de voir sa filiation biologique établie et de connaître ses origines. En réalité, cette interdiction est une manifestation pure de l'ordre public de direction qui façonne et détermine la famille²³⁴⁸. En effet, en refusant de reconnaître la filiation incestueuse, la Cour préserve aussi l'empêchement fondé sur la parenté qui gouverne les liens de couple, car reconnaître la filiation incestueuse implique la reconnaissance des couples

²³⁴¹ Note D. Fenouillet, *Dr. fam.* 2004, comm. 16.

²³⁴² Obs. J. Hauser, préc.

²³⁴³ Obs. F. Granet-Lambrechts, *D.* 2004, p. 1419.

²³⁴⁴ La filiation incestueuse est permise en Allemagne, Autriche, Grèce, Suisse et au Portugal (obs. F. Bicheron, préc.)

²³⁴⁵ Obs. F. Granet-Lambrechts, préc. ; Obs. D. Vigneau, *D.* 2004, p. 365.

²³⁴⁶ Obs. J. Hauser, préc.

²³⁴⁷ Note C. Labrusse-Riou, préc.

²³⁴⁸ Obs. J. Hauser, préc.

incestueux²³⁴⁹. Toutefois, la solution ne porterait-elle pas une atteinte disproportionnée aux droits de l'enfant, qui doit subir les conséquences des rapports incestueux de ses parents ? Il paraît évident que si la décision défend l'interdiction à l'inceste qui pour a but de protéger l'enfant, elle n'est pas favorable à l'enfant. En effet, l'absence de filiation paternelle prive l'enfant de son statut d'héritier réservataire à l'égard de son père biologique et de ses droits alimentaires. Cependant, il est vrai que les effets de la filiation se manifesteront de fait, car le père continuera à contribuer à l'entretien et à l'éducation de l'enfant et continuera à accomplir les devoirs attachés à l'autorité parentale. À défaut, l'action aux fins de subsides restait ouverte pour l'enfant. De plus, l'enfant était informé de la réalité de sa filiation. Le secret avait donc été dévoilé. Dans tous les cas, si la requête a été rejetée, ce n'est pas tant dans l'intérêt de l'enfant que dans l'intérêt de la société²³⁵⁰.

572. Ainsi, le caractère relatif à l'interdiction de l'inceste issu de la règle d'ordre public familial se manifeste dans le lien de parenté par l'interdiction d'établir une filiation incestueuse : les parents de l'enfant ne doivent être unis entre eux par un lien de filiation.

Section 3 La vérification par le juge du caractère d'indifférence partielle de l'altérité sexuelle dans le lien familial

573. Le dernier caractère issu par la règle d'ordre public familial gouvernant les liens familiaux est l'indifférence de l'altérité sexuelle. Cependant, cette indifférence n'est totale que pour les liens de couple, et ce, depuis la promulgation de la loi du 17 mai 2013 qui a ouvert le mariage aux couples de personnes de même sexe. En revanche, pour ce qui est des liens de parenté, cette indifférence ne concerne que l'adoption, tant simple que plénière, pour les couples de même sexe mariés. En effet, la loi de 2013 a aussi conféré le droit à ces couples d'adopter de façon conjointe, ainsi que d'adopter l'enfant du conjoint²³⁵¹. C'est pourquoi si on peut parler d'une indifférence totale de l'altérité sexuelle en matière de liens de couple, on ne peut que constater une indifférence partielle de l'altérité sexuelle en matière de liens de parenté.

²³⁴⁹ Note D. Fenouillet, préc. ; Note C. Labrusse-Riou, préc.

²³⁵⁰ Note C. Labrusse-Riou, préc. ; Obs. D. Vigneau, préc.

²³⁵¹ C. civ., art. 6-1 : « Le mariage et la filiation adoptive emportent les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux prévus au titre VII du livre Ier du présent code, que les époux ou les parents soient de sexe différent ou de même sexe. »

574. Afin d'étudier la manière dont le juge judiciaire apprécie et applique ce caractère relatif à l'indifférence partielle de l'altérité sexuelle dans la formation du lien familial, nous distinguerons selon qu'il s'agit d'un lien de couple (§1) ou d'un lien de parenté (§2).

§1 L'indifférence totale de l'altérité sexuelle dans le lien de couple

575. Depuis la promulgation de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples des personnes même sexe, tous les modes de vie de couple sont indifférents à l'altérité sexuelle. En effet, « le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe »²³⁵², ainsi il emporte les mêmes effets, droits et obligations reconnus par les lois, à l'exclusion de ceux concernant l'établissement de la filiation par l'effet de la loi, par reconnaissance, possession d'état ou à travers l'exercice d'une action en recherche de maternité ou de paternité, que les époux soient de sexe différent ou de même sexe²³⁵³. De même, « le Pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune »²³⁵⁴. Enfin, le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple »²³⁵⁵. De ce fait, tous les liens de couple peuvent être établis tant entre deux personnes de sexe différent qu'entre deux personnes de même sexe²³⁵⁶.

576. Le contrôle limité du juge de l'indifférence de l'altérité sexuelle dans les liens de couple. Ainsi, la vérification du juge concernant l'indifférence de l'altérité sexuelle du lien de couple s'avère très limitée. Toutefois, elle peut avoir lieu en cas d'opposition à mariage entre deux personnes de même sexe, lorsque la loi personnelle de l'un des époux interdit ce type d'union. Cette opposition peut être formulée par les parents, les aïeuls et les aïeules des prétendants²³⁵⁷, ainsi que par le ministère public²³⁵⁸, le manquement aux conditions de fond du mariage entraînant la nullité absolue du mariage²³⁵⁹.

²³⁵² C. civ., art. 143.

²³⁵³ C. civ., art. 6-1.

²³⁵⁴ C. civ., art. 515-1.

²³⁵⁵ C. civ., art. 515-8.

²³⁵⁶ V. *supra.* n° 478 et s.

²³⁵⁷ C. civ., art. 173.

²³⁵⁸ C. civ., art. 175-1.

²³⁵⁹ C. civ., art. 184.

577. L'opposition à mariage entre personnes de même sexe concernant un prétendant dont la loi personnelle interdit cette union. Ainsi, selon la règle de conflit en matière matrimoniale, insérée au sein du Code civil par la loi du 17 mai 2013, les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage sont régies, pour chacun des époux, par sa loi personnelle²³⁶⁰. Toutefois, la loi prévoit une exception à l'application de cette règle en ce qui concerne le mariage entre personnes de même sexe. Dans ce cas, le mariage peut être contracté lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État dans lequel elle a domicile ou sa résidence le permet²³⁶¹. La finalité de cette exception est donc d'assurer aux étrangers dont la loi personnelle interdit ce type d'union de célébrer mariage en France. Cependant, une difficulté peut se présenter dès lors que l'époux étranger est ressortissant d'un pays avec lequel la France est liée par une convention bilatérale qui prévoit que les lois personnelles de chaque époux régissent les conditions de fond du mariage. En effet, le mariage de cet étranger ne pourra être célébré, en raison de la hiérarchie des normes, les conventions ayant une valeur supérieure à la loi. Telle avait été la règle posée par la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe²³⁶².

Ainsi, une opposition à mariage pourra être formulée à l'encontre du mariage entre deux personnes de même sexe, dont la loi personnelle d'au moins l'un des prétendants interdit ce type d'union, dès lors qu'il est ressortissant d'un pays avec lequel la France a signé une convention bilatérale qui prévoit que les conditions de fond du mariage sont régies par la loi personnelle des époux. En effet, dans ce cas, le prétendant ne pourrait pas bénéficier, en principe, de l'exception prévue à l'article 202-1, alinéa 2 du Code civil.

578. La mise à l'écart par la Cour de cassation de la loi étrangère qui interdit le mariage entre personnes de même sexe. Cependant, cette solution n'a pas été retenue par la Cour de cassation²³⁶³, dans lequel elle a ordonné la mainlevée de l'opposition formulée par le ministère public invoquant la Convention franco-marocaine de 1981, laquelle prévoit que les conditions de fond du mariage sont régies par les lois personnelles de chaque époux. En l'espèce, le couple de prétendants était constitué de deux hommes, l'un de nationalité française et l'autre de nationalité marocaine. Le ministère public avait formé une opposition à mariage

²³⁶⁰ C. civ., art. 201-1, al. 1^{er}.

²³⁶¹ C. civ., art. 201-1, al. 2.

²³⁶² NOR : JUSC1312445C ; V. pour les détails, *supra*. n° 485.

²³⁶³ Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n° 13-50.059 P ; *D.* 2015, p. 464, note H. Fulchiron ; *ibid.*, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seséke ; *ibid.*, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2015, p. 71, obs. B. Haftel ; *ibid.*, p. 172, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. P. Puig ; *ibid.*, p. 343, obs. L. Usunier ; *ibid.*, p. 359, obs. J. Hauser ; *JCP* 2015, n° 318, obs. L. Gannagé ; *Dr. fam.* 2015, comm. 63, obs. A. Devers, M. Farge ; *Defrénois* 2015. 450, obs. M. Revillard.

sur le fondement de l'article 55 de la Constitution, de l'article 5 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, ainsi que des articles 175-1 du Code civil, 422 et 423 du Code de procédure civile. Les époux avaient alors demandé la nullité de l'opposition et à titre subsidiaire, la mainlevée de l'opposition. Tant en première instance qu'en appel, la mainlevée de l'opposition avait été ordonnée. Ainsi, le procureur de la République avait formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi et confirmé l'arrêt de la cour d'appel qui a ordonné la mainlevée de l'opposition. En effet, elle a considéré que si l'article 5 de la Convention dispose que les conditions de fond du mariage sont régies par la loi personnelle de chaque époux, son article 4 « précise que la loi de deux États désignés par la Convention peut être écartée par les juridictions de l'autre État si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public. » Ainsi, elle affirme que la loi marocaine est manifestement incompatible à l'ordre public français en ce qu'elle interdit le mariage entre personnes de même sexe dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet.

La solution permet alors de garantir l'égalité recherchée par la loi du 17 mai 2013²³⁶⁴ d'accès au mariage pour les couples de même sexe, y compris lorsque l'un des époux est étranger et que sa loi personnelle interdit ce type d'union²³⁶⁵. Ainsi, en affirmant que la loi étrangère qui interdit cette union doit être écartée « dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet », la Cour de cassation fait prévaloir la loi interne sur la Convention internationale²³⁶⁶. La mise à l'écart de la loi étrangère qui interdit le mariage entre personnes opérée par la Cour de cassation révèle les conséquences de la loi dite « mariage pour tous », qui a modifié les fondements du droit de famille français, sur le contenu de l'ordre public international français²³⁶⁷. En effet, il semblerait que la Cour affirme que l'accès au mariage pour les couples de même sexe est un principe fondamental de la société et de la loi française qui justifie l'exclusion de la loi étrangère qui l'interdit²³⁶⁸. Toutefois, une autre interprétation peut être faite. En l'espèce, la Cour considère que la loi marocaine est contraire à l'ordre public seulement « dès lors que, pour au moins l'une d'elles, soit la loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Ainsi, ce qui serait contraire à l'ordre public est l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe pour les

²³⁶⁴ Obs. A. Bioché, préc. ; Obs. H. Fulchiron, préc. ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 82, n° 66.

²³⁶⁵ Obs. A. Bioché, préc. ; Note, A. Devers, M. Farge, préc. ; Obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke, préc.

²³⁶⁶ Obs. B. Haftel, préc.

²³⁶⁷ Obs. A. Bioché, préc. ; Obs. L. Usunier, préc.

²³⁶⁸ Obs. H. Fulchiron, préc. ; Obs. P. Puig., préc.

couples ou pour l'un de ses membres qui entretiennent un lien étroit avec un autre ordre juridique qui autorise ce type d'union²³⁶⁹. C'est d'ailleurs en ce sens que s'est exprimé le communiqué relatif à l'arrêt²³⁷⁰, lequel affirme que la loi du pays étranger ne peut être écartée que dans deux hypothèses, soit, « il existe un rattachement du futur époux étranger à la France », tel que son domicile en France, soit, « l'État avec lequel a été conclu la convention, n'autorise pas le mariage entre personnes de même sexe, mais ne le rejette pas de façon universelle. » Le communiqué conclut en affirmant que « la solution de la Cour respecte ainsi l'égalité entre les personnes de nationalité marocaine et les autres ressortissants étrangers auxquels le Code civil permet de se marier en France, avec un époux de même sexe. » L'interprétation de la décision donnée par l'arrêt a été critiquée par la doctrine, car il ajoute une condition très restrictive de rattachement personnel entre le prétendant étranger et la France qui ne figure pas dans l'arrêt²³⁷¹. Quant à la seconde, elle n'aurait pas vraiment d'intérêt et serait très difficilement caractérisée, dès lors que la loi étrangère serait écartée du simple fait de la résidence de l'étranger en France ou du domicile ou de la nationalité française de l'autre époux.

Il faut souligner que la décision n'écarte pas la Convention franco-marocaine, mais applique son article 4 qui permet l'exclusion par le juge d'une loi dès lors qu'elle est contraire à l'ordre public²³⁷². De ce fait, la décision était conforme au texte de la Convention, dont la supériorité dans la hiérarchie des normes est reconnue²³⁷³. Si, la décision permet la réalisation d'un mariage « boiteux »²³⁷⁴ qui ne serait valable qu'en France, alors qu'il serait nul au Maroc²³⁷⁵, l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe fondée sur la nationalité et l'orientation sexuelle de l'un des prétendants pourrait être considérée comme une discrimination contraire au droit au mariage consacré par la Convention européenne des droits de l'homme et donc provoquer une condamnation de la part de la Cour de Strasbourg²³⁷⁶. De même, la solution dégagée dans cet arrêt par la Cour de cassation permettrait la reconnaissance en France d'un mariage entre deux personnes dont la loi personnelle interdit le mariage entre personnes de même sexe, célébré dans un pays qui admet cette union. En effet, l'exception

²³⁶⁹ V. en ce sens, Obs. L. Usunier, préc.

²³⁷⁰ www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/communiqués_presse_8004/archives_6783/2015_8003/marocain_entre_30975.html

²³⁷¹ V. en ce sens, obs. A. Bioché, préc. ; Note, A. Devers, M. Farge, préc. ; H. Fulchiron, préc. ; Obs. B. Haftel, préc. ; Obs. J. Hauser, préc. ; Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

²³⁷² Obs. L. Usunier, préc. ; Obs. P. Puig., préc.

²³⁷³ Obs. P. Puig., préc.

²³⁷⁴ BOICHE (A.), « Aspects de droit international privé », in dossier « mariage : la réforme ! », *AJ fam.* 2013, p. 362 ; FULCHIRON (H.), « Le 'mariage pour tous' en droit international privé : le législateur à la peine... », *JCP* 2012. 1317.

²³⁷⁵ Obs. A. Bioché, préc. ; Note, A. Devers, M. Farge, préc. ; Obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke, préc.

²³⁷⁶ Obs. A. Bioché, préc. ; Obs. P. Puig., préc.

d'ordre public pourrait permettre d'écarter la loi étrangère de permettre la réception de ce mariage en France en vertu de l'article 201-1 du Code civil²³⁷⁷.

Enfin, il faut noter que la même solution serait applicable dans le cadre d'une demande en nullité du mariage entre personnes de même sexe dont la loi personnelle de l'une d'elles interdit cette union. Il semblerait que la nullité soit exclue en vertu de l'article 201-1, alinéa 2 du Code civil et de sa conception par la Cour de cassation en tant que compostant de l'ordre public français.

579. Ainsi, l'indifférence de l'altérité sexuelle s'avère totale dans le lien de couple. Elle semble constituer désormais une composante de l'ordre public matrimonial et une manifestation du principe d'égalité dans tous les modes de vie de couple.

§2 Le maintien partiel de l'altérité sexuelle dans le lien de parenté

580. L'indifférence de l'altérité sexuelle semble s'imposer en tant que caractère issu de la règle d'ordre public familial déterminant le lien familial. Si cette indifférence est totale pour les liens de couple depuis la promulgation de la loi du 17 mai 2013, elle n'est partielle en matière de lien de parenté. En effet, l'altérité sexuelle des parents continue à être une condition pour l'établissement du lien de filiation, hormis le cas de l'adoption conjointe et de l'adoption de l'enfant du conjoint, lesquelles sont réservées aux couples mariés. Ainsi, pour les autres modes d'établissement du lien de filiation, à savoir la présomption de paternité, la reconnaissance et l'établissement de la filiation par la possession d'état, il existe toujours une condition d'altérité sexuelle, ces modes d'établissement de la filiation n'étant pas ouverts aux couples de même sexe²³⁷⁸.

581. La limite actuelle de l'indifférence de l'altérité sexuelle dans la formation du lien de filiation (A) fait de cette altérité une condition de formation du lien de parenté (B).

²³⁷⁷ Obs. L. Usunier, préc. ; v. toutefois, A. Devers, M. Farge, concernant l'application de la condition fixée par le communiqué relative au rattachement personnel de l'époux dont la loi personnelle interdit le mariage entre personnes de même sexe : « Prenons l'exemple d'un Français domicilié en France souhaitant s'unir en France à un Marocain domicilié aux Pays-Bas. À lire le communiqué, le mariage projeté ne pourrait être célébré dès lors que le fiancé marocain n'a pas encore de lien avec la France et que l'intervention de l'ordre public ne pourrait être justifiée ni par sa résidence dans un pays autorisant le mariage homosexuel, ni par la nationalité française ou le domicile en France de son fiancé. »

²³⁷⁸ *Ibid.*

A. La limite actuelle de l'indifférence de l'altérité sexuelle dans l'établissement du lien de filiation

582. La réserve de l'adoption pour les couples de même sexe mariés. Le juge exerce le contrôle de l'altérité sexuelle dans la formation du lien de parenté lorsqu'il est saisi d'une requête en adoption simple ou plénière de l'enfant du compagnon. Cette requête s'oppose alors aux dispositions des articles 346, 356 et 365 du Code civil. En effet, si la requête en adoption n'est pas formée par l'époux²³⁷⁹ du parent de l'enfant, le juge ne peut que la rejeter. Nous l'avons vu²³⁸⁰, l'adoption simple²³⁸¹ et l'adoption plénière²³⁸² de l'enfant du partenaire pacsé ou du concubin sont interdites. L'adoption simple entraîne la perte de l'autorité parentale pour la mère de l'enfant et son transfert à la sa partenaire pacsée ou à sa concubine²³⁸³. De son côté, l'adoption plénière implique la destruction du lien de filiation entre la mère biologique et l'enfant et sa substitution par un lien de filiation entre l'enfant et un tiers²³⁸⁴. Le lien de filiation de la mère biologique est alors détruit, alors qu'elle n'y a pas renoncé. De même, elle perd toutes ses prérogatives à l'égard de son enfant, alors qu'elle a l'aptitude pour les exercer.

Pour justifier ce refus, la Cour de cassation affirme que seule l'adoption de l'enfant du conjoint permet le partage de l'autorité parentale et le maintien du lien de filiation à l'égard du parent d'origine. Puis, elle rappelle que selon la loi française, un conjoint est une personne mariée²³⁸⁵. Ce refus de la part des juges du fond et de la Cour de cassation avait pour objet de préserver la structure familiale de l'enfant, lequel ne peut avoir un double lien de filiation maternelle ou paternelle, que dans le cadre de l'adoption réalisée par un couple de même sexe marié.

²³⁷⁹ C. civ., art. 346.

²³⁸⁰ V. *supra*. n^{os} 372 et 373 ; v. aussi n^{os} 487 et s.

²³⁸¹ CA Riom, 27 juin 2006, n^o 06/00793, déc. préc. ; CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 1^{er} oct. 2009, n^o 08/21072, déc. préc. ; CA Grenoble, Ch. urgences, 10 sept. 2008, n^o 07/03805, déc. préc. ; Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007, n^o 06-15.647, FS P+B+R+I, Proc. gén. près CA Bourges : Juris-data n^o 2007-037456 ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n^o 04-15.676, FS P+B+R+I, X et a. c/ Proc. gén. près CA Paris : Juris-data n^o 2007-037455 ; *JCP G.* 2007, II 10068, obs. C. Neirinck ; *JCP G.* 2007, act. 109, obs. Y. Favier ; *Dr. fam.* 2007, comm. 80, obs P. Murat ; *D.* 2007, 1047, note D. Vigneau ; v. *supra*. n^o 264 ; V. aussi *supra*. 371 et s.

²³⁸² Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n^o 17-11.069 déc. préc. ; v. *supra*. n^o 578.

²³⁸³ C. civ., art. 365.

²³⁸⁴ C. civ., art. 356.

²³⁸⁵ Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007, n^o 06-21.369, FS-P+B, B. c/ Proc. gén. : JurisData n^o 2007-041977 ; *AJ fam.* 2008, p. 75, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 438, obs. P. Deumier ; *Procédures* 2008, comm. 46, obs. M. Douchy-Oudot ; *JCP* 2008. II. 10046, note Y. Favier ; *RJPF* 2008-3/28, obs. Th. Garé ; *D.* 2008, p. 1371, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2008. 287, obs. J. Hauser ; *D.* 2008, p. 1786, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Defrénois* 2008. 1119, obs. J. Massip ; *D.* 2008. 1028, note L. Mauger-Vielpeau ; *Dr. fam.* 2008, comm. 28, obs. P. Murat ; Civ. 1^{re} 9 mars 2011, n^o 10-10.385, F-P+B+I : JurisData n^o 2011-003220 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; *JCP N.* 2011, act. 320 ; *D.* act. 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc ; v. *supra*. n^o 270.

583. Le défaut de réception d'un jugement étranger d'adoption par deux concubins de même sexe (avant la loi du 17 mai 2013). Il convient alors de se demander si l'interdiction de l'adoption conjointe pour les couples non mariés de même sexe implique le refus de reconnaissance d'un jugement d'adoption étranger permettant une telle situation. Telle a été la solution prise par deux arrêts de la Cour de cassation²³⁸⁶. Dans une espèce, un couple d'hommes de nationalité britannique et française respectivement, demeurant au Royaume-Uni, ont, après l'obtention de l'agrément des services britanniques, adopté, par jugement, un enfant. Par la suite, le couple a demandé en France l'exequatur de la décision. La demande a été accueillie par la cour d'appel de Paris, aux motifs que l'adoption d'un enfant par un couple non marié et qui partage l'autorité parentale entre les membres de ce couple ne heurte aucun principe essentiel du droit français et ne porte pas atteinte à l'ordre public international. Toutefois, le procureur de la République a formé un pourvoi en cassation à l'encontre de cet arrêt, lequel est cassé au visa des articles 509 du Code de procédure civile et de l'article 310 du Code civil par la Cour de cassation. En effet, si elle a considéré que l'article 346 du Code civil, qui réserve l'adoption conjointe à des couples mariés, ne consacrait pas un principe essentiel reconnu en droit français, elle a affirmé, au contraire, qu'il existe un principe essentiel en droit français de la filiation qu'un enfant ait une filiation maternelle et paternelle. Dès lors, est contraire à ce principe la reconnaissance en France d'un jugement étranger dont la transcription sur les registres de l'état civil français, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant né de deux parents du même sexe. La Cour censure les motifs de la cour d'appel, car « cette adoption avait pour effet de rompre les liens de filiation antérieure de l'enfant de sorte que la transcription de la décision étrangère sur les registres de l'état civil emporterait inscription de l'enfant comme étant né de deux parents de même sexe » et donc qu'elle était contraire à l'ordre public international.

La seconde décision comportait des faits similaires, sauf que les adoptants étaient canadiens et français, respectivement. La cour d'appel de Paris avait utilisé la même motivation pour faire droit à la demande d'exequatur du jugement étranger d'adoption.

584. Dans les deux décisions, la cassation de l'arrêt accueillant la demande d'exequatur est fondée sur le défaut de conformité de l'adoption à l'ordre public international. En effet, la Cour

²³⁸⁶ Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-30.261 ; *D.* 2012, p. 1992, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. B. Haftel ; n° 11-30.262 ; *D.* 2012, p. 1992, note D. Vigneau ; *ibid.*, p. 1973, point de vue L. d'Avout ; *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2012, p. 522, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 587, obs. L. Gannagé ; C. Neirinck, Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil, *Dr. fam.* 2012, repère 7 ; F. Chénéde, « Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels », *JCP G* 2012. 857

a considéré que le jugement d'adoption par deux hommes non mariés heurtait des principes essentiels du droit français. Toutefois, elle a précisé que ce n'était pas l'absence du lien matrimonial qui était contraire à l'ordre public. En revanche, était « contraire à un principe essentiel du droit français de la filiation, la reconnaissance en France d'une décision étrangère dont la transcription sur les registres de l'état civil, valant acte de naissance, emporte inscription d'un enfant comme né de deux parents de même sexe ». C'est qui était donc contraire à l'ordre public international était la reconnaissance et l'inscription sur les registres de l'état civil français d'une filiation monosexuée²³⁸⁷. En effet, puisque le jugement étranger entraînait la rupture du lien de filiation d'origine et le partage de l'autorité parentale par les membres du couple, cette adoption était reçue en France pour produire des effets d'adoption plénière²³⁸⁸, laquelle doit faire l'objet d'une transcription à l'état civil²³⁸⁹. Cependant, si l'acte de naissance doit refléter la réalité de l'état de la personne²³⁹⁰, les mentions qui figurent sur l'acte représentent aussi la conception de la personne retenue par la loi française²³⁹¹. Le refus de la Cour est donc fondé sur la conception et la finalité des règles de l'état civil²³⁹². Le jugement étranger ne pouvait pas être reconnu, car selon la loi française, un enfant ne peut pas être rattaché à deux hommes. La situation aurait pu être différente si l'adoption avait été simple, car l'enfant aurait conservé ses liens de filiations d'origine ou s'il s'était agi de l'adoption de l'enfant du concubin ou de la concubine²³⁹³.

585. La réception d'un jugement étranger d'adoption par deux concubins de même sexe (après la loi du 17 mai 2013). La solution retenue dans ces décisions ne serait plus en vigueur depuis l'ouverture du mariage et de l'adoption aux couples de même sexe par la loi du 17 mai 2013²³⁹⁴. La caducité de cette jurisprudence avait déjà été prévue avant même l'adoption de la loi dite « mariage pour tous »²³⁹⁵. Et ce, en vertu du principe d'actualité de l'ordre public, lequel implique la prise en compte des mœurs et des conceptions sociales au

²³⁸⁷ Obs. I, Gallmeister, préc. ; Obs. L. Gannagé, préc.

²³⁸⁸ C. civ., art. 370-5.

²³⁸⁹ Obs. D. Vigneau, préc.

²³⁹⁰ *Ibid.* ; Obs. L. D'Avout, préc.

²³⁹¹ Obs. L. Gannagé, préc.

²³⁹² Obs. L. Gannagé, préc.

²³⁹³ V. en ce sens, Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010 ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel, interview C. Mécaray ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. Hammje : la Cour de cassation a ordonné l'exéquat à une décision concernant l'adoption de l'enfant de la concubine car elle permet le partage de l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant.

²³⁹⁴ Obs. L. Gannagé, préc.

²³⁹⁵ Obs. J. Hauser, préc.

moment où le juge doit statuer²³⁹⁶. La décision relative au mariage entre deux hommes, un marocain et un français, confirme que le mariage entre personnes de même sexe est une composante l'ordre public international français²³⁹⁷. Toutefois, l'arrêt du 7 juin 2012 permet d'envisager que le jugement d'adoption au profit d'un couple non marié, qu'il soit de même sexe ou de sexe différent, pourrait être reconnu en droit français, l'ordre public international français étant indifférent au le lien qui unit les adoptants, à condition que la décision partage l'autorité parentale entre eux.

B. Le maintien de la condition de l'altérité sexuelle pour l'établissement du lien de filiation

586. La Cour de cassation a réaffirmé la nécessité de l'altérité sexuelle pour les liens de parenté dans un avis rendu par la première chambre civile²³⁹⁸. En l'espèce une femme cherchait à établir un lien de filiation à l'égard de l'enfant de sa concubine en se faisant délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état. Le premier juge a alors saisi la Cour de cassation sur avis et lui a posé deux questions. D'abord, celle de savoir si le juge d'instance peut délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au profit de la concubine de la mère de l'enfant ; ensuite, si l'impossibilité de délivrer ledit acte méconnaissait l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de la Convention internationale des droits de l'enfant et entraînait une atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la Convention EDH, au regard du but légitime poursuivi. La Cour de cassation a répondu à la première question par la négative et n'a pas répondu à la seconde, en affirmant que ce contrôle relevait de la compétence des juges du fond. Selon la Cour, la loi du 17 mai 2013 a expressément exclu qu'un lien de filiation puisse être établi à l'égard de deux personnes de même sexe, si ce n'est par l'adoption. Elle rappelle alors la disposition de l'article 6-1 du Code civil : si le mariage est ouvert aux couples de même sexe, seule l'adoption leur est ouverte pour établir un lien de filiation, les autres modes d'établissement du lien de filiation sont donc exclus pour ces couples. Puisque ces modes d'établissement de la filiation ne sont pas ouverts aux couples de même sexe mariés, il en va de même *a fortiori* pour les concubins de même sexe. La Cour conforte son raisonnement en faisant appel à l'article 320 du Code civil afin de

²³⁹⁶ Obs. D. Vigneau, préc.

²³⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2015, déc. préc.

²³⁹⁸ Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis, n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *Procédures* 2018, comm. 151 M. Douchy-Oudot.

souligner que « ces dispositions s’opposent à ce que deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles soient établies à l’égard d’un même enfant ». Dès lors, la Cour conclut en affirmant « qu’un lien de filiation ne peut être établi, par la possession d’état, à l’égard du concubin de même sexe que le parent envers lequel la filiation est déjà établie. »

587. Ainsi, plusieurs solutions peuvent être dégagées de ce premier « avis de chambre » rendu par la première chambre civile depuis l’entrée en vigueur de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle²³⁹⁹. En effet, en invoquant l’article 6-1 du Code civil, introduit par la loi du 17 mai 2013, la Cour affirme que l’altérité sexuelle est une condition de formation de tous les liens de filiation, sauf pour l’adoption dès lors que le couple de même sexe est marié²⁴⁰⁰. La Cour renforce son raisonnement en invoquant le principe chronologique de l’article 320 du Code civil, lequel interdit l’établissement de deux liens de filiation concurrents à l’égard de la même personne. C’est ainsi qu’elle affirme la position du droit français : il est interdit d’établir deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles à l’égard d’un même enfant.

588. Le recours au principe chronologique était nécessaire, car les questions posées à la Cour concernaient l’établissement de la filiation par la possession d’état. La seule condition de l’altérité sexuelle pour établir un lien de filiation à l’égard d’un enfant qui est déjà rattaché à sa mère n’était pas suffisante pour interdire l’établissement du lien de filiation à l’égard de la concubine de la mère. En effet, la possession d’état est fondée sur une vérité sociologique, c’est-à-dire sur « le vécu » entre l’enfant et le parent prétendu. Des comportements extérieurs qui caractérisent le *tractatus*, la *fama* et le *nomen* doivent permettre de constater la possession d’état. Le lien peut alors être établi, car le parent prétendu s’occupe de l’enfant comme s’il était le sien. Par conséquent, la considération du sexe du parent ne devrait avoir aucune incidence, la possession d’état n’étant pas *a priori* fondée sur le mythe de l’engendrement. Et pour cause, la Cour refuse de l’admettre au profit des couples de même sexe, d’une part car la loi l’interdit et, d’autre part, car l’esprit et l’architecture de la filiation, telle que façonnées par le droit en vigueur, sont inspirés de la vérité biologique. La possession d’état est un mode d’établissement de filiation « charnelle »²⁴⁰¹, à l’instar de la filiation établit dans le titre VII du Code civil et

²³⁹⁹ L. n° 2016-1547; COJ, art. L. 441-2.

²⁴⁰⁰ Obs. H. Fulchiron, *D.* 2018, p. 983 ; Obs. A.-M. Leroyer, *RTD civ.* 2018, p. 375.

²⁴⁰¹ Note Y. Bernand, *Dr. fam.* 2018, comm. 130.

doit donc ressembler à celle fondée sur le mythe de l'engendrement²⁴⁰², même si sa réalité est sociologique²⁴⁰³.

589. En refusant de répondre à la question relative à l'intérêt de l'enfant, la Cour de cassation reconnaît la compétence du juge du fond pour apprécier l'éventuelle atteinte disproportionnée à un droit fondamental des parties au regard du but légitime poursuivi²⁴⁰⁴. La finalité du refus de la Cour de cassation de délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état au profit de la concubine de la mère de l'enfant serait de préserver la vérité biologique sur laquelle est fondée la possession d'état, ainsi que la différence entre la filiation maternelle et la filiation paternelle. Toutefois, la loi du 17 mai 2013 a remis en cause le principe d'ordre public de la filiation bisexuée²⁴⁰⁵. Ainsi, il semblerait que pour éviter d'ouvrir la possession d'état aux couples non mariés de même sexe, les juges du fond ne puissent pas avancer le seul argument de la condition de l'altérité sexuelle de la possession d'état. Il faudrait alors que les juges du fond confortent cette thèse avec le principe chronologique, qui permet de garantir la bilatéralité et l'exclusivité du lien de parenté : un enfant ne peut avoir qu'une filiation maternelle et une filiation paternelle. Pour le Professeur Anne-Marie Leroyer²⁴⁰⁶, la possession d'état est réservée aux couples de sexe différent afin d'éviter une fraude à l'adoption, dont les règles seraient contournées afin d'obtenir l'établissement du lien de filiation. Cette fraude caractériserait le caractère équivoque de la possession d'état et la rendrait inopérante. L'interdiction de la possession d'état pour les couples de même sexe pourrait ainsi être considérée comme une atteinte proportionnée au regard du but légitime poursuivi. Cette interdiction s'applique à tous les couples de même sexe, qu'ils soient mariés ou non. De même, l'impossibilité pour une personne non mariée d'adopter l'enfant de son compagnon est justifiée par la différence de situation entre le mariage et le concubinage.

590. L'ouverture la possession d'état aux couples de même sexe priverait d'intérêt l'adoption de l'enfant du conjoint et remettrait en cause l'intention du législateur de limiter leur accès à la filiation par le biais de l'adoption, qui donne lieu à une filiation fictive ou du moins élective. Cependant, elle pourrait mettre fin aux difficultés posées par le maintien du modèle actuel, fondé sur l'indifférence partielle de l'altérité de sexe en matière de parenté, notamment le traitement différencié entre couples mariés de sexe différent et couples mariés de même

²⁴⁰² Obs. H. Fulchiron, préc.

²⁴⁰³ Obs. A.-M. Leroyer, préc.

²⁴⁰⁴ Obs. H. Fulchiron, préc.

²⁴⁰⁵ *Ibid.*

²⁴⁰⁶ Obs. A.-M. Leroyer, préc.

sexe. Ainsi, l'ouverture de la possession d'état et même de la reconnaissance volontaire aux couples mariés de même sexe pourrait prévenir une condamnation de la part de la Cour de Strasbourg pour discrimination à l'égard des couples mariés de même sexe. De même, l'ouverture des modes d'établissement de la filiation aux couples de même sexe pourrait permettre de lutter contre le détournement d'institution en matière d'adoption et peut-être aussi d'éviter le recours à la gestation pour autrui à l'étranger. La probable ouverture de la procréation médicalement assistée au profit des femmes célibataires et des femmes de même sexe constitue une opportunité afin de revoir le modèle de la filiation tout entier.

591. Ainsi, le caractère relatif à l'indifférence de l'altérité sexuelle du lien familial se manifeste partiellement dans les liens de parenté. En effet, seule l'adoption est ouverte aux couples mariés de même sexe. L'altérité de sexe demeure, pour l'instant, une condition de formation du lien de filiation.

Conclusion du chapitre II

592. Le juge révèle, dans les motifs de sa décision, que lien familial est un lien juridique, car il est déterminé par les conditions de formation fixées par la loi. Le lien familial est modelé par les conditions qui traduisent les caractères issus de la règle d'ordre public familial : la bilatéralité et l'exclusivité, l'interdiction de l'inceste et l'indifférence de l'altérité sexuelle. Ces caractères constituent un élément essentiel du concept de lien familial.

593. Nous avons constaté que le juge peut seulement créer ou reconnaître un lien qui remplit les conditions de formation fixées par la loi et qui présente les caractères issus de la règle d'ordre public familial. Ce faisant, il préserve la conception de la famille retenue par le législateur et par le droit.

594. Les décisions mettant en évidence les caractères de bilatéralité et d'exclusivité nous permettent que constater que le lien familial est une union juridique entre deux personnes. En effet, un lien familial ne peut unir que deux personnes, lesquelles ne peuvent être unies à d'autres par un lien familial concurrent. Cette caractéristique se manifeste différemment, selon le lien familial concerné. S'agissant des liens de couple, il existe une condition de monogamie pour le mariage, ainsi qu'une condition d'exclusivité pour le Pacs et pour le concubinage. La bigamie, la « polypacsie » et la « polypalachie » sont interdites dans le système juridique français. La caractérisation de ces situations empêche la formation du lien de couple. Si le lien a malgré tout été établi, il pourra être attaqué afin de l'annuler. Ces caractères modèlent alors les liens de couple et le couple lui-même, lequel ne peut être constitué que de deux personnes.

Concernant les liens de parenté, ces caractères se manifestent par le principe de chronologique qui régit le lien de filiation, lequel prévoit que tant qu'une filiation n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui la contredirait. De même, en matière d'adoption, ces critères se manifestent par l'interdiction d'être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. En effet, en dehors de cette hypothèse, l'adoption plénière confère une filiation adoptive qui se substitue à la filiation d'origine. Quant à l'adoption simple, elle implique la perte de l'exercice de l'autorité parentale pour le parent d'origine et son transfert au parent adoptif. Ces critères façonnent les liens de parenté et garantissent la lisibilité de la filiation : une personne ne peut pas avoir deux filiations maternelles ou deux filiations paternelles, hormis le cas de l'adoption par un couple de même sexe.

595. Les décisions mettant en exergue le deuxième caractère issu de la règle d'ordre public familial nous permettent de constater que le lien familial est une union dans laquelle l'inceste est interdit. Ce caractère concerne en premier lieu les liens de couple. En effet, les personnes ont une obligation de trouver leur conjoint, leur partenaire de pacs et leur concubin en dehors de leur famille. Le Code civil pose une interdiction de l'inceste à l'égard du mariage et du Pacs. Si pour le mariage il établit la possibilité de lever cette interdiction à travers une dispense octroyée par le Président de la République en cas d'inceste relatif — entre alliés et entre l'oncle et la nièce ou le neveu, et entre la tante et le neveu ou la nièce —, lorsque l'auteur de l'alliance est décédé, il ne prévoit aucune dispense à l'égard du Pacs. Concernant le concubinage, le Code n'édicte expressément aucune interdiction de l'inceste. Cependant, cette exigence semble être comprise dans les conditions de stabilité et de continuité. Ce caractère interdit alors que les membres du couple appartiennent à la même famille.

S'agissant du lien de parenté, l'interdiction de l'inceste suppose que la filiation d'un enfant ne peut pas être établie à l'égard de ses deux parents dès lors qu'il existe entre eux un lien de parenté à un degré prohibé. L'inceste interdit l'établissement de tout lien de filiation. Ainsi, seul un lien de filiation pourra être établi à l'égard de l'enfant incestueux. L'impossibilité d'établir les deux liens de filiation a pour finalité d'éviter l'institutionnalisation de la filiation incestueuse et de protéger l'enfant en évitant que les relations incestueuses de ses parents soient attestées dans son acte de naissance.

596. Concernant le troisième caractère issu de la règle d'ordre public familial, les décisions rendues par les juges judiciaires permettent de constater que le lien familial est une union où l'altérité sexuelle est partiellement indifférente. À l'égard des liens de couple, l'altérité sexuelle a été effacée en tant que condition de formation. En effet, depuis la loi du 17 mai 2013, les trois modes de vie de couple — le mariage, le Pacs et le concubinage — sont ouverts tant aux couples de sexe différent qu'aux couples de même sexe. En matière de lien matrimonial, nous avons constaté que l'accès au mariage aux couples de même sexe est une composante de l'ordre public international français. Les couples de personnes de même sexe peuvent alors célébrer mariage dès lors que l'un d'eux est français ou que l'un d'eux a sa résidence en France, et ce, même si la règle personnelle de l'un des prétendants interdit ce type d'union. La loi étrangère est alors écartée afin de garantir le droit au mariage.

S'agissant du lien de parenté, en revanche, l'altérité sexuelle reste une condition pour pouvoir établir un lien de filiation, hormis le cas de l'adoption conjointe et de l'enfant du

conjoint pour les couples mariés de même sexe. C'est pourquoi il est possible de constater que cette indifférence de l'altérité sexuelle n'est que partielle. En effet, le juge judiciaire refuse l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé et du concubin. De même, il refuse d'étendre les autres modes d'établissement du lien de filiation — possession d'état, reconnaissance volontaire et possession d'état — aux couples de même sexe. Sur le fondement des articles 6-1 et 320 du Code civil, la Cour de cassation a rappelé que le législateur n'a ouvert l'accès à la filiation qu'aux couples mariés de même sexe et seulement à travers l'adoption.

597. En bref, le lien familial serait l'union juridique entre deux personnes, dans laquelle l'inceste est interdit et où l'altérité sexuelle est partiellement indifférente.

Conclusion du titre 1

598. La révélation des éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille implique d'abord leur identification. Cette identification est réalisée par le juge lorsqu'il réalise l'opération de qualification qui caractérise la phase inductive de l'acte juridictionnel. Le résultat de cette identification est alors révélé dans les motifs de la décision rendue par le juge, lorsqu'il exerce la démarche déductive de l'acte juridictionnel.

599. L'opération de qualification est constituée de deux étapes, d'abord la recherche de la règle de droit applicable à l'espèce, puis la confrontation de la règle de droit retenue aux faits sur lesquels les parties fondent leur prétention. Ainsi, le juge interprète les faits à la lumière de la règle de droit afin de les traduire en langage juridique. Ce faisant, il détermine le régime juridique applicable à la situation de fait de l'espèce. Si cette dernière réunit les conditions fixées par la règle de droit, il ordonne alors la levée de l'obstacle qui empêche l'exercice du droit subjectif demandé par les parties et la réalisation de la règle de droit en l'espèce.

600. Appliquée à notre objet de recherche, la réalisation de l'opération de qualification permet au juge d'identifier les éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille à travers l'identification des éléments constitutifs du lien familial, ce qui contribue à vérifier l'hypothèse selon laquelle l'unité conceptuelle de la notion de famille réside bien dans le lien familial.

Nous avons alors constaté que lorsque le juge réalise la première étape de l'opération de qualification consistant dans la détermination de la règle de droit applicable, il identifie les caractères du lien familial issus de la règle d'ordre public, qui constituent l'élément objectif, du lien familial.

601. Les caractères issus de la règle d'ordre public familial sont déterminés par les conditions positives et négatives de formation du lien familial. Ces conditions sont donc régies par un ensemble de règles d'ordre public qui dessine et préserve la *conception de la famille* retenue par le droit. L'analyse des conditions de formation du lien familial nous a permis de repérer les trois critères communs à tout lien familial : *la bilatéralité et l'exclusivité, l'interdiction de l'inceste et l'indifférence de l'altérité sexuelle*. Si ces critères sont en principe stables, ils ne sont pas immuables, car ils sont soumis à l'évolution des mœurs et de la conception sociale et juridique de la famille. À ces caractères s'ajoute la conformité du lien

familial aux droits fondamentaux des parties. Ce caractère semble émerger comme un nouvel élément de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Il est révélé par le juge lorsqu'il admet, en exerçant notamment un contrôle de conventionnalité *in concreto*, la création ou la reconnaissance d'un lien familial qui ne remplit pas les conditions de formation fixées par la loi et qui ne présente pas les caractères issus de la règle d'ordre public familial. En effet, le juge peut accepter l'établissement d'un lien familial *contra-legem* lorsqu'il considère que son refus peut entraîner une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de nature familiale des parties, au regard du but légitime poursuivi. La création ou la reconnaissance de ces liens implique l'exercice d'un acte jurisprudentiel et s'avère exceptionnelle. Ces liens ne remettent pas en cause les conditions et les caractères du lien familial posés par la règle d'ordre public familial.

602. Ainsi, lorsque le juge exerce la démarche inductive de l'acte juridictionnel et prononce son jugement, il révèle dans les motifs de sa décision que le lien familial est une union juridique entre deux personnes, lesquelles ne peuvent pas être unies à d'autres par un lien familial concurrent. De même, le lien familial est une union dans laquelle l'inceste est interdit. Les membres d'un couple ne peuvent pas appartenir à la même famille et l'enfant ne peut pas être rattaché à ses deux parents dès lors qu'il existe entre eux un de parenté. La filiation de l'enfant incestueux ne peut être établie qu'à l'égard d'un seul parent. Enfin, le lien familial est l'union où l'altérité sexuelle est partiellement indifférente. Si cette indifférence est totale pour la constitution des liens de couple, elle n'est que partielle pour l'établissement du lien de parenté. L'altérité sexuelle reste alors une condition de formation du lien de filiation, hormis le cas de l'adoption conjointe et de l'adoption de l'enfant du conjoint pour les couples mariés de même sexe.

Titre 2 Un lien juridique fondé sur la volonté caractérisée de constituer une famille ou *animus familiae*

604. Pour que le lien familial puisse être établi, il faut avant tout constater l'existence d'une volonté caractérisée de *faire famille* ou *animus familiae*. En effet, la volonté caractérisée par l'intention d'établir un lien familial ou *animus familiae* est l'élément fondateur de tous les liens familiaux. L'*animus familiae* déclenche leur formation. Il est donc antérieur au lien familial, lequel n'existe que parce qu'une ou deux personnes ont manifesté leur volonté d'être unies par ce lien, tout en acceptant les conséquences, effets, droits et obligations qui en découlent. De ce fait, l'*animus familiae* constitue un autre élément constitutif du concept de lien familial.

605. La formation du lien familial n'est pas seulement une affaire privée, relevant de la seule volonté individuelle. Au contraire, la société s'intéresse à sa formation. L'existence des conditions de formation régies par la loi reflète l'importance donnée par la collectivité au lien familial et, en général, à la famille. Ainsi, afin que le lien familial puisse être valablement constitué, il faut que l'*animus familiae* respecte les exigences des conditions de formation du lien familial qui se traduisent par les caractères issus de la règle d'ordre public familial, dont la bilatéralité et l'exclusivité, l'interdiction de l'inceste et l'indifférence partielle de l'altérité sexuelle.

606. Si cet *animus familiae* peut prendre une forme différente selon le lien familial concerné, liens de couple ou lien de parenté, il est nécessaire dans la formation et dans la qualification de tous les liens familiaux.

S'agissant des liens de couple, en matière de lien matrimonial, cet *animus familiae* prend la forme du consentement des futurs époux nécessaire pour que le lien matrimonial soit formé²⁴⁰⁷. Il en va de même pour ce qui est du Pacs, dont la nature est contractuelle²⁴⁰⁸. S'agissant du concubinage, l'*animus familiae* n'est pas institutionnalisé ou constaté par un acte juridique en raison de sa nature factuelle. Cependant, l'intention de vivre en couple selon la conception du concubinage se manifeste par « la vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité »²⁴⁰⁹.

²⁴⁰⁷ C. civ., art. 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement ».

²⁴⁰⁸ Cons. const, 9 nov. 1999, cons. déc. préc.

²⁴⁰⁹ C. civ., art. 515-8.

Concernant les liens de parenté, la forme de l'*animus familiae* est déterminée par le mode d'établissement du lien de filiation. En effet, lorsque la filiation est établie à l'égard de la mère, l'*animus familiae* se manifeste par sa désignation dans l'acte de naissance²⁴¹⁰ si elle n'a pas exprimé sa volonté d'accoucher dans l'anonymat²⁴¹¹. Lorsque le lien de filiation est établi à l'égard de l'homme marié par la présomption de paternité, l'*animus familiae* est présumé avoir été manifesté lors de la célébration du mariage²⁴¹². En outre, lorsque le lien de filiation est établi par la possession d'état à travers l'acte de notoriété²⁴¹³ ou par l'action en constatation de la possession d'état²⁴¹⁴, l'*animus familiae* se manifeste par la réunion de faits qui révèlent le lien de filiation, dont le *tractatus, la fama et le nomen*²⁴¹⁵. En revanche, lorsque le lien de filiation est établi par reconnaissance, l'*animus familiae* se manifeste par la volonté constatée dans un acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique²⁴¹⁶. De même, lorsque le lien est établi à travers une action, l'*animus familiae* se manifeste par la prétention formulée par le demandeur²⁴¹⁷. Enfin, en cas d'adoption, l'*animus familiae* se manifeste aussi par la prétention du ou des demandeurs²⁴¹⁸ et par le consentement de l'adopté, dès lors qu'il est âgé de plus de treize ans²⁴¹⁹.

607. Ainsi, lorsque le juge saisi d'une demande portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial exerce l'opération de qualification, il identifie l'*animus familiae* comme élément constitutif du concept de lien familial (Chapitre 1). Puis, lorsqu'il exerce la démarche déductive de l'acte juridictionnel et prononce son jugement, il révèle la manière dont il appréhende la nature juridique de l'*animus familiae* (Chapitre 2).

²⁴¹⁰ C. civ., art. 311-25.

²⁴¹¹ C. civ., art. 326.

²⁴¹² C. civ., art. 312.

²⁴¹³ C. civ., art. 317.

²⁴¹⁴ C. civ., art. 330.

²⁴¹⁵ C. civ., art. 311-1 ; v. *infra*. n° 654.

²⁴¹⁶ C. civ., art. 316.

²⁴¹⁷ Pour l'action en recherche de maternité, C. civ., art. 352 ; pour l'action en recherche de paternité, C. civ., art. 327 ; pour l'action en rétablissement de la présomption de paternité, C. civ., art. 329.

²⁴¹⁸ C. civ., art. 353.

²⁴¹⁹ C. civ., art. 345.

Chapitre 1 L'identification de *l'animus familiae* comme un élément constitutif du lien familial

609. L'opération de qualification qui caractérise la démarche inductive de l'acte juridictionnel a permis au juge dans un premier temps, celui de la détermination de la règle applicable, d'identifier l'élément objectif de l'unité conceptuelle de la notion de famille, c'est-à-dire un ensemble de caractères issus de la règle d'ordre public familial. Elle le conduit aussi à identifier le second élément constitutif de cette unité conceptuelle, subjectif cette fois, et caractérisé par la volonté de constituer un lien familial ou *animus familiae*. Cette identification a lieu lorsque le juge accomplit la seconde étape de l'opération de qualification qui consiste à interpréter les faits de l'espèce.

610. Le juge peut interpréter les faits de l'espèce une fois qu'il a déterminé la règle applicable. Cette interprétation consiste à vérifier si la prémisse mineure du syllogisme (les faits de l'espèce) se trouve effectivement dans sa prémisse majeure (la règle de droit)²⁴²⁰. L'interprétation implique alors la confrontation des faits de l'espèce au contenu de la règle de droit déterminée. Une fois que le fait est subsumé à la catégorie juridique qui lui correspond, le juge mettra en relation ces éléments²⁴²¹ afin de vérifier si les conditions fixées par la règle de droit sont réunies dans le cas d'espèce²⁴²². Le juge exerce alors une interprétation des faits à la lumière de la règle de droit : la loi dispose que pour que l'effet *P* se produise, il faut que le fait *Q* soit constaté²⁴²³. C'est à ce stade que le juge est capable d'établir une conclusion et d'en tirer les conséquences juridiques nécessaires pour déterminer le sens de sa décision²⁴²⁴. L'expression de la règle de droit doit décrire de façon exacte la situation de l'espèce²⁴²⁵. De ce fait, la règle de droit pourra être considérée comme applicable dès lors que son expression juridique et les éléments du cas d'espèce sont identiques²⁴²⁶. Le juge peut alors faire droit à la demande des parties lorsque les circonstances correspondent aux conditions posées par la règle de droit.

²⁴²⁰ MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », n°52, *op. cit.*, p. 58, n° 60.

²⁴²¹ WACHSMANN (P.), art. préc.

²⁴²² MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », p. 63, n° 64.

²⁴²³ TROPER (M.), « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 843.

²⁴²⁴ *Ibid.*

²⁴²⁵ MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé », n°52, *op. cit.*, p. 59, n° 60.

²⁴²⁶ *Ibid.*, p. 61, n° 62.

611. Le juge identifie l'*animus familiae* comme élément de l'unité conceptuelle de la notion de famille chaque fois qu'il est saisi d'une demande portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial. Dans cette hypothèse, le juge doit vérifier si les faits de l'espèce justifient la levée de l'obstacle qui empêche l'établissement ou la réception du lien demandé. Il doit donc déterminer si les conditions légales relatives à la création ou à la reconnaissance du lien familial sont réunies en l'espèce. L'analyse des faits litigieux lui permet alors de constater qu'ils révèlent une intention d'établir ou de faire reconnaître un lien familial. Telle est en effet la finalité recherchée par les parties. C'est ainsi qu'il identifie la volonté caractérisée de *faire famille* ou *animus familiae* comme le second élément de l'unité conceptuelle de la notion de famille.

L'*animus*²⁴²⁷ *familiae* implique l'intention²⁴²⁸ de constituer un lien familial - de couple ou de parenté - à l'égard d'une autre personne. Il s'agit donc d'une résolution intime, qui relève de la volonté interne, d'accepter les conséquences juridiques et les finalités qu'entraîne le lien familial. Ainsi, l'*animus familiae* suppose la volonté²⁴²⁹ caractérisée d'être uni juridiquement à une autre personne par un lien familial et d'établir à son égard une certaine interdépendance. De ce fait, l'*animus familiae* constitue l'élément psychologique et donc subjectif²⁴³⁰ de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Cette volonté caractérisée se manifeste dans la réalité par un ensemble de faits qui permettent de constater l'intention des personnes de *faire famille*. Si cette volonté caractérisée se concrétise de différentes manières selon le lien familial concerné,

²⁴²⁷ V. « Animus », in *Vocabulaire juridique* : « terme latin signifiant 'âme', 'esprit', encore utilisé pour désigner un élément intentionnel permettant de qualifier exactement certaines situations juridiques ; la nature de l'intention est désignée par un second mot au génitif... » ; v. aussi « Animus », in *Dictionnaire Larousse* : « État d'esprit de celui qui pense, de bonne foi, être titulaire d'un droit. »

²⁴²⁸ V. Intention in *Vocabulaire juridique* : « Résolution intime d'agir dans un certain sens, donnée psychologique (relevant de la volonté interne) qui, en fonction du but qui la qualifie, est souvent retenue comme un élément constitutif d'un acte ou d'un fait juridique. » ; v. aussi « Intention », in *site du Centre national de ressources textuelles et lexicales* : « Disposition d'esprit, mouvement intérieur par lequel une personne se propose, plus ou moins consciemment et plus ou moins fermement, d'atteindre ou d'essayer d'atteindre un but déterminé, indépendamment de sa réalisation, qui peut être incertaine, ou des conditions qui peuvent ne pas être précisées. »

²⁴²⁹ V. « Volonté », in *Vocabulaire juridique* : « 1 Faculté de vouloir ; aptitude de fait à comprendre la portée de l'acte et à se décider, condition de validité d'un acte juridique... » « ...question de fait appréciée cas par cas... » « 2 Fait de vouloir ; acte de volition constitutif du consentement nécessaire à la formation de l'acte juridique, qui comprend un élément psychologique (volonté interne) et un élément d'extériorisation (volonté déclarée). » ; v. aussi PFERSMANN (O.), « Volonté », in *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 1527 : la volonté désigne « la faculté de se proposer un but pour agir... » ; *ibid.*, p. 1530 : « la volonté est considérée comme le substrat psychologique concret et empirique de l'acte, la faculté de viser et de réaliser un but juridiquement permis, l'ensemble des données qui permettent d'imputer un acte permis ou interdit à une personne et, partant, de la charger des conséquences juridiquement pertinentes » ; v. aussi FRISON-ROCHE (M.-A.), « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573, n° 2 : « Ainsi, par la volonté, la personne manifeste sa puissance, sa capacité à poser à elle-même sa propre loi, sa liberté. »

²⁴³⁰ LAMARCHE (M.), « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mél. J. Hauser, op. cit.*, p. 227 et s.

elle constitue une condition intrinsèque à l'établissement de tous les liens familiaux. Dès lors, on peut considérer que la volonté de constituer une famille ou *animus familiae* est l'élément fondateur de tout lien familial.

612. Afin de mieux comprendre l'*animus familiae* en tant qu'élément subjectif de l'unité conceptuelle de la notion de famille, nous analyserons le contenu de cette volonté caractérisée de *faire famille* (Section 1), puis la manière dont cette volonté se concrétise (Section 2).

Section 1 La notion d'animus familiae

613. L'*animus familiae* est l'intention d'une personne d'être liée juridiquement à une autre par un lien familial. Cette intention implique une volonté d'assumer les conséquences et les finalités que ce lien entraîne, dont l'union juridique et personnelle entre les personnes unies par un lien familial et l'interdépendance établie entre eux. Ainsi, cette volonté caractérisée ou *animus familiae* se présente de différentes façons, selon le lien familial concerné.

614. L'analyse de l'*animus familiae* nous amène à retenir la distinction classique des liens familiaux²⁴³¹ entre liens de couple²⁴³² et liens de parenté²⁴³³. Nous verrons que la volonté caractérisée de faire famille est nécessaire tant pour la constitution d'un lien de couple (§1) que d'un lien de parenté (§2).

§1 La notion d'*animus familiae* dans le lien de couple

615. L'*animus familiae* suppose dans la formation d'un lien de couple une volonté caractérisée d'établir ce lien de couple et d'accepter les conséquences et les finalités qu'il entraîne²⁴³⁴.

²⁴³¹ V. pour le lien de couple, *supra*. n^{os} 127 à 134 ; v. pour le parenté, n^{os} 153 à 155.

²⁴³² Le lien de couple est celui qui est reconnu par le droit entre deux personnes qui s'engagent volontairement et durablement dans une vie commune affective, sexuelle et matérielle.

²⁴³³ Le lien de parenté est celui qui est reconnu par le droit et qui unit deux personnes sur un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre.

²⁴³⁴ Pour Mme. Saulier, s'il existe, bien que de façon étroite, une liberté d'être en couple, celle-ci est limitée car elle doit être exercée en conformité avec son objet. Dès lors, l'établissement d'un lien de couple sans l'intention de vivre en couple, mérite d'être sanctionné. Cependant, cette sanction ne peut pas atteindre les concubins en raison du caractère informel du lien qui les unit (« Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif », *op. cit.*, p. 50, n^o 40).

616. L'union juridique qu'entraîne un lien de couple comprend des effets personnels : la personne n'est plus considérée comme un célibataire. Elle est prise en compte au regard de son statut de personne liée par un lien de couple : deux personnes au lieu d'une seule. Cette union peut entraîner pour l'époux et pour les partenaires d'un Pacs la modification de leur état civil²⁴³⁵. De même, l'union juridique produite par un lien de couple implique l'établissement d'une communauté de vie, qui a une dimension affective, sexuelle et matérielle²⁴³⁶. Ainsi, il est possible de constater que le lien de couple est un lien de cohabitation²⁴³⁷, un lien affectif²⁴³⁸ et un lien de solidarité²⁴³⁹. Cette communauté de vie peut résulter des devoirs et des obligations auxquels sont soumis les membres du couple, en raison de leur statut juridique. Telle est la situation des époux et des partenaires pacsés. Ces devoirs ont pour objet de *rattacher* les personnes entre elles. En revanche, elle peut aussi résulter d'une manifestation de volonté de vivre en couple, traduite par des actes qui révèlent une communauté de vie de fait. Tel est le cas pour les concubins.

617. Ainsi, cette volonté caractérisée se manifeste différemment selon le mode de vie de couple concerné. En effet, s'il existe une intention matrimoniale (A), il y a également une intention de vivre en couple selon le statut du Pacs et une intention de vivre en couple sous la forme d'un concubinage (B).

A. L'intention matrimoniale

618. Pour ce qui est du mariage, la volonté caractérisée qu'implique *l'animus familiaris* se manifeste par l'intention matrimoniale qui doit exister entre les époux lors de la célébration du mariage²⁴⁴⁰, dont le défaut entraîne la nullité du mariage²⁴⁴¹. L'intention matrimoniale implique

²⁴³⁵ Pour les époux, ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 491, n°1034 à 1037 ; Pour les partenaires pacsés, ROCHFELD (J.), « Réforme du PACS », *RTD civ.* 2006, p. 624 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude 1 n° 9 et 10 ; SIMLER (P.), HILT (P.), « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », *JCP G* 2006, doctr. 161, n° 4 à 9.

²⁴³⁶ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 39

²⁴³⁷ DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Couple et cohabitation », art. préc.

²⁴³⁸ LABRUSSE-RIOU (C.), « Couple et lien affectif », in *La notion juridique de couple*, *op. cit.*, p. 75.

²⁴³⁹ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 205, n° 225 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « MARIAGE », *J. Cl. Civil Code*, Art. 212 à 215, Fasc. 10, LexisNexis, n° 68 et s.

²⁴⁴⁰ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 658, n° 1488-1489 ; COURBÉ (P.), GOUTTENNOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 48, n° 109 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 70, n° 106.

²⁴⁴¹ La Cour de cassation considère, sur le fondement de l'article 146 du Code civil, que le mariage célébré dans le but d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale est considéré comme nul, d'une nullité absolue, par (V. pou la nullité du mariage célébré en vue d'un but successoral, Civ. 1^{re} 28 oct. 2003, *Juris-data* n° 2003-

que les époux adhèrent à l'institution matrimoniale²⁴⁴², dont la finalité est la fondation d'une famille²⁴⁴³. De même, elle suppose que les époux acceptent de se soumettre à l'ensemble du statut matrimonial²⁴⁴⁴. Ils assument donc les conséquences juridiques que produit le lien matrimonial et les devoirs et obligations²⁴⁴⁵ réciproques et indivisibles²⁴⁴⁶ du mariage²⁴⁴⁷. En effet, «juridiquement, on ne se marie pas à moitié, mais avec sa moitié»²⁴⁴⁸.

619. L'acceptation de conséquences que produit le lien matrimonial. L'intention matrimoniale suppose l'acceptation des conséquences que produit le lien matrimonial, lesquelles sont caractérisées par la modification de la qualité de personne des futurs époux, qui cessent d'être des personnes célibataires pour devenir des personnes mariées²⁴⁴⁹. Ainsi, la célébration du mariage, constatée par un acte de mariage, modifie l'état civil des personnes mariées²⁴⁵⁰, qui ne sont plus deux personnes juridiquement étrangères l'une à l'autre²⁴⁵¹. Le mariage donne même le droit aux époux de porter, à titre d'usage, le nom de l'autre époux, par substitution ou adjonction à son propre nom dans l'ordre qu'ils choisissent²⁴⁵². Il est alors possible de constater le degré élevé d'intensité de l'union qu'entraîne le lien matrimonial.

De même, l'intention matrimoniale suppose d'assumer les devoirs et les obligations du mariage. Les époux sont tenus d'accomplir les devoirs de nature personnelle, dont le devoir de

020634 ; *Dr. fam.* 2004, comm. 15, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2004, p. 2, note J.-P. Gridel ; V. aussi pour la nullité d'un mariage dont le but était d'appréhender le patrimoine de l'époux et sans l'intention de se soumettre aux obligations nées du mariage, *Civ.* 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 09-15.606 ; *D.* 2013, Pan. p. 1095, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *Dr. fam.* 2013, comm. 24, note V. Larribau-Terneyre ; *AJ fam.* 2013, p. 137, obs. B. de Boysson ; V. aussi *Cons. const.*, n° 2012-261 QPC, 22 juin 2013 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 9, note V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2012, p. 510, note J. Hauser : « la protection constitutionnelle de la liberté du mariage ne confère pas le droit de contracter mariage à des fins étrangères à l'union matrimoniale »).

²⁴⁴² BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 55, n° 185.

²⁴⁴³ LAMARCHE (M.), LEMOULAND (J.-J.), « Mariage (2o conditions de formation) », *op. cit.*, n° 64 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 117, n° 113.

²⁴⁴⁴ ÉGÉA (V.), *op. cit.*, p. 71, n° 106.

²⁴⁴⁵ *C. civ.*, arts. 212 à 226.

²⁴⁴⁶ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 96, n° 104.

²⁴⁴⁷ ROCHE-DAHAN (J.), « Les devoirs nés du mariage », *RTD civ.* 2000, p. 735.

²⁴⁴⁸ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 96, n° 104.

²⁴⁴⁹ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 70, n° 106 ; *ibid.*, p. 492, n° 1037.

²⁴⁵⁰ *Ibid.*

²⁴⁵¹ *C. civ.*, art. 75, al. 6 : « [L'officier de l'état civil] recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ. » ; *C. civ.*, art. 76, al. 3 : « En marge de l'acte de naissance de chaque époux, il sera fait mention de la célébration du mariage et du nom du conjoint. »

²⁴⁵² *C. civ.*, art. 225 ; *comp. C. civ.*, art. 300 ; Le droit de porter le nom de l'autre époux est une conséquence importante du mariage qui montre bien l'intensité de l'union juridique entre les époux qui produit le lien matrimonial. Cela est également démontré par le contentieux relatif à l'usage du nom après le divorce (*C. civ.*, art. 264 : « A la suite du divorce, chacun des époux perd l'usage du nom de son conjoint. » « L'un des époux peut néanmoins conserver l'usage du nom de l'autre, soit avec l'accord de celui-ci, soit avec l'autorisation du juge, s'il justifie d'un intérêt particulier pour lui ou pour les enfants. »)

respect, de fidélité, d'assistance²⁴⁵³ et de communauté de vie²⁴⁵⁴, cette dernière est composée, en principe, d'un élément matériel, comprenant la communauté de toit et la communauté de lit²⁴⁵⁵ et d'un élément intentionnel, impliquant une communauté d'intérêts ou d'activités²⁴⁵⁶. De même, le mariage engendre des devoirs de nature pécuniaire, tels que le devoir de secours²⁴⁵⁷, la contribution aux charges du mariage²⁴⁵⁸ et la solidarité des dettes ménagères²⁴⁵⁹. Par ailleurs, la dimension filiale du mariage impose aux époux l'obligation commune de direction morale et matérielle de la famille, laquelle implique que les époux pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir²⁴⁶⁰.

B. L'intention de vivre en couple selon le statut du Pacs ou en concubinage

620. Les modes de vie de couple alternatifs au mariage impliquent aussi une intention de vivre en couple et d'accepter les conséquences qui en découlent.

621. S'agissant du Pacte civil de solidarité, la volonté caractérisée de faire famille ou *animus familiare* se manifeste par le consentement des partenaires. Ce dernier implique l'intention de vivre en couple selon le cadre juridique du Pacs²⁴⁶¹. L'absence de cette intention pourrait entraîner la nullité du Pacs pour défaut d'objet et de cause²⁴⁶².

À cet égard, le Conseil constitutionnel affirmait la nature contractuelle du Pacs, dans sa décision du 9 novembre 1999, en statuant que « les articles 1109 et suivants du Code civil, relatifs au consentement, sont applicables au Pacte civil de solidarité »²⁴⁶³. Dès lors, la volonté de conclure un Pacs implique que les partenaires doivent consentir à la cause ou au but poursuivi et à l'objet du Pacs, déterminés par le législateur²⁴⁶⁴. La cause ou le but serait, selon

²⁴⁵³ C. civ., art. 212 : « Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, (...), assistance ».

²⁴⁵⁴ C. civ., art. 215, al. 1^{er} : « Les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie ».

²⁴⁵⁵ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 104, n° 268 ; BLOUGH (R.), « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.*, 2009, étude 19, n° 8 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 495, n° 1044 ; HENAFF (G.), « La communauté de vie en droit français », art. préc.

²⁴⁵⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 496, n° 1047 ; BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 108, n° 276.

²⁴⁵⁷ C. civ., art. 212.

²⁴⁵⁸ C. civ., art. 214.

²⁴⁵⁹ C. civ., art. 220.

²⁴⁶⁰ C. civ., art. 213.

²⁴⁶¹ COURBÉ (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 54, n° 128.

²⁴⁶² BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.* p. 288, n° 626 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 72 ; HAUSER (J.), « Aujourd'hui et demain, le PACS (1^{re} partie) », *RJPF* 1999-11 ; SAULIER (M.), « Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif », *op. cit.*, p. 57, n° 48.

²⁴⁶³ Cons. const., 9 nov. 1999, cons. 28, déc. préc. ; v. *supra*. n° 447.

²⁴⁶⁴ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.* p. 287, n° 625 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, n° 11117, p. 526 ; HAUSER (J.), « Aujourd'hui et demain, le PACS (1^{re} partie) », *RJPF* 1999-11 ;

l'article 515-1 du Code civil, l'organisation de « la vie commune » des partenaires. Quant à l'objet, il comprend le statut des partenaires pacsés, constitué par les conséquences que le lien entre partenaires pacsés produit, ainsi que par les devoirs et les obligations entre partenaires, fixés par les articles 515-4 et suivants du Code civil.

Dès lors, l'intention de vivre en couple conformément au cadre du Pacs implique l'acceptation des conséquences entraînées par le lien entre partenaires pacsés, parmi lesquelles la modification de l'état civil des partenaires. Ainsi, si la déclaration du Pacs ne donne pas lieu à un acte de l'état civil²⁴⁶⁵, depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, portant réforme des successions et des libéralités, la déclaration du Pacs fait l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de chaque partenaire, avec l'indication de l'identité de l'autre partenaire²⁴⁶⁶. Pour les personnes de nationalité étrangère nées à l'étranger, cette information est portée sur un registre tenu au service central d'état civil du ministère des Affaires étrangères²⁴⁶⁷. Cependant, le Pacs n'ouvre pas au partenaire le droit d'utiliser le nom de famille de l'autre partenaire²⁴⁶⁸. Si le Pacs est entré « par la petite porte »²⁴⁶⁹ à l'état civil, il reste tout de même un contrat civil. Toutefois, sa place à l'état civil s'est vue renforcée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, qui a remplacé le greffier du tribunal d'instance par l'officier de l'état civil pour l'enregistrement du Pacs²⁴⁷⁰.

622. L'acceptation des devoirs et des obligations du Pacs. L'intention de conclure un Pacs implique aussi d'assumer les devoirs correspondant au statut des partenaires pacsés. Ces devoirs constituent les effets du lien entre partenaires pacsés : l'union personnelle entre les partenaires et l'établissement entre eux d'une certaine interdépendance. En effet, les partenaires sont tenus des devoirs de nature personnelle, dont l'obligation de vie commune, qui peut être interprétée de la même façon que la communauté de vie des époux²⁴⁷¹, et l'obligation

LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 69 ; LEMOULAND (J.-J.), « La formation et dissolution du Pacte civil de solidarité », art. préc. ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 394, n° 483.

²⁴⁶⁵ Cons. const. 9 nov. 1999, cons. 29, déc. préc. : « La conclusion d'un pacte civil de solidarité ne donne lieu à l'établissement d'aucun acte d'état civil, l'état civil des personnes qui le concluent ne subissant aucune modification » ; v. *supra*. n° 447.

²⁴⁶⁶ ROCHFELD (J.), « Réforme du PACS », *RTD civ.* 2006, p. 624 ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude 1 n° 9 et 10 ; Simler (P.), HILT (P.), « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », *JCP G* 2006, doct. 161, n° 4 à 9.

²⁴⁶⁷ C. civ., art. 515-3-1.

²⁴⁶⁸ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 115.

²⁴⁶⁹ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 872, n° 1907.

²⁴⁷⁰ BEIGNIER (B.), « Enregistrement du Pacs : du greffe à l'état civil », *Dr. fam.*, 2017, comm. 151.

²⁴⁷¹ V. aussi en ce sens BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 39 ; BLOUGH (R.), art. préc., n° 8 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 526, n° 1137 ; TERRÉ (F.), FENOUILLET (F.), « Droit de la

d'assistance réciproque²⁴⁷². De même, ils ont des obligations de nature patrimoniale, dont l'aide matérielle et la solidarité des dettes de la vie courante²⁴⁷³.

623. L'intention de vivre en couple en tant que concubins. Concernant le concubinage, la volonté caractérisée de faire famille ou *animus familiae* se manifeste par la « vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité »²⁴⁷⁴. Ces caractères de la vie commune sont nécessaires afin que leur relation puisse être qualifiée de concubinage. Ainsi, l'intention de vivre en couple est appréciée comme un fait juridique qui permet la constatation du concubinage²⁴⁷⁵. Cette condition de vie commune stable et continue implique l'intention des concubins d'être volontairement unis par un lien de concubinage et d'entretenir entre eux une certaine interdépendance affective et matérielle²⁴⁷⁶.

§2 La notion d'*animus familiae* dans le lien de parenté

624. À l'instar du lien de couple, la constitution du lien de parenté implique un *animus familiae* caractérisé par une volonté²⁴⁷⁷ d'établir un lien de parenté en acceptant les conséquences et les finalités que ce lien entraîne.

famille », *op. cit.*, p. 319, n° 366 ; SAULIER (M.), *op. cit.*, p. 86, n° 76 : Pour l'auteur la différence sémantique entre communauté de vie et vie commune n'entraîne pas une véritable différence substantielle. Ainsi, elle soulève que le législateur (En matière d'assistance médicale à la procréation, le terme de « communauté de vie » est employé tantôt pour les époux tantôt pour les concubins - C. civ., art. 311-19, al. 3, C. santé publ., art. L. 2141-2, al. 2) et la jurisprudence emploient le terme de « communauté de vie » pour les partenaires et les concubins, sans la réduire à une simple cohabitation. C'est pourquoi, elle conclut que les deux termes doivent être tenus pour synonymes.

²⁴⁷² C. civ., art. 515-4, al. 1^{er}.

²⁴⁷³ C. civ., art. 515-4, al. 2.

²⁴⁷⁴ C. civ., art. 515-8.

²⁴⁷⁵ SAULIER (M.), « Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif », *op. cit.*, p. 88, n° 78.

²⁴⁷⁶ BLOUGH (R.), « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.*, 2009, étude 19, n° 9.

²⁴⁷⁷ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 282, n° 557 : « La volonté joue un rôle déterminant dans le rattachement de l'enfant, y compris pour l'établissement de la filiation par l'effet de la loi. Certes le rattachement provient de la loi pour la présomption de paternité et pour l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance, pour autant, la présomption de paternité constitue encore une incidence directe du consentement du mariage ; quant à l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant, elle n'établit logiquement la filiation maternelle que si la mère ne conserve pas l'anonymat. Pour la femme qui accouche, révéler son identité constitue l'expression d'une volonté qui a pour incidence le rattachement de l'enfant. La volonté se combine une nouvelle fois ici avec le lien dit 'de sang'. Cela étant, sans volonté, le lien de sang ne suffit pas, en droit à rattacher l'enfant à son parent. Il en va bien sûr de même avec la reconnaissance, manifestation de la volonté de se voir rattacher l'enfant, avec l'adoption ou avec le consentement à une procréation médicalement assistée. L'expression de la volonté parentale s'exprime alors de manière brève et ponctuelle, classiquement, dans un acte juridique. À cela il convient d'ajouter une seconde modalité d'expression de la volonté de se voir rattacher l'enfant, de manière plus durable en se comportant au quotidien comme un parent : la possession d'état. » ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n^{os} 5 à 7 ; TERRÉ (F.), GOLDIEGENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 399, n° 443.

Contrairement à ce qui se passe pour le lien de couple, cette volonté n'émane que d'une seule personne. Tel est le cas lors de la déclaration de l'enfant en désignant la mère ou le père dans l'acte de naissance²⁴⁷⁸, lorsque le parent reconnaît volontairement l'enfant²⁴⁷⁹ ou en cas d'adoption²⁴⁸⁰. Il en va de même pour ce qui est de l'enfant ou du parent prétendu qui exerce une action en recherche de paternité ou de maternité²⁴⁸¹, ainsi qu'en cas d'exercice d'une action en constatation de la possession d'état²⁴⁸². Toutefois, il est possible d'envisager une exception en matière d'adoption, car l'enfant ne doit consentir à son adoption que lorsqu'il est âgé de plus de 13 ans²⁴⁸³. L'établissement du lien de filiation par la possession d'état²⁴⁸⁴ apporte une autre exception. En effet, le parent prétendu doit traiter l'enfant comme s'il était le sien et ce dernier doit traiter le parent prétendu comme s'il était son parent²⁴⁸⁵.

625. Ainsi, l'intention d'établir un lien de filiation implique l'acceptation des conséquences²⁴⁸⁶ que ce lien entraîne. Ces dernières ont pour objet de rattacher juridiquement et l'enfant à ses parents (A) et d'établir entre eux une certaine interdépendance (B).

A. Le rattachement juridique de l'enfant à ses parents

626. Le rattachement juridique de l'enfant à ses parents implique qu'ils sont liés par un lien de filiation sur un plan vertical²⁴⁸⁷. Ce lien a pu être défini « comme le rapport juridique qui unit deux personnes dont l'une descend de l'autre et comme la situation juridique, source de droits et d'obligations, qui en découle »²⁴⁸⁸. Parents et enfants font alors partie de la même famille²⁴⁸⁹. Le lien de parenté unit l'enfant à son père ou à sa mère²⁴⁹⁰. Ainsi, cette union

²⁴⁷⁸ Pour l'établissement du lien de filiation maternelle, C. civ., art. 311-25 ; Pour l'établissement du lien de filiation par la présomption de paternité, C. civ., art. 312.

²⁴⁷⁹ C. civ., art. 316.

²⁴⁸⁰ Pour l'adoption plénière, C. civ., art. 343 et s. ; Pour l'adoption simple, C. civ. art. 360 et s.

²⁴⁸¹ C. civ., art. 325 et 327.

²⁴⁸² C. civ., art. 330.

²⁴⁸³ C. civ., art. 345, al. 3.

²⁴⁸⁴ C. civ. art. 317.

²⁴⁸⁵ C. civ., art. 311-1, 1°.

²⁴⁸⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 342, n° 690 et s. ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 28 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 499, n° 562.

²⁴⁸⁷ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 545, n° 273 et s. ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 499, n° 562.

²⁴⁸⁸ DELFOSE-CICILE (M.-L.), « Le lien parental », *op. cit.*, p. 16, n° 2.

²⁴⁸⁹ C. civ., art. 310 : « Tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux. »

²⁴⁹⁰ V. « Filiation », *in Vocabulaire juridique* ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 1.

comporte une incidence sur l'état civil, sur la dévolution du nom de famille de l'enfant, ainsi que sur l'autorité parentale.

627. Les conséquences du lien de filiation sur l'état civil. L'établissement du lien de filiation implique l'acceptation de la modification de l'état civil²⁴⁹¹, qui est généralement²⁴⁹² constatée par les actes de l'état civil. Ces actes constituent la preuve du lien de filiation, ainsi que le « titre » de l'établissement extrajudiciaire du lien de filiation²⁴⁹³.

Ainsi, lorsque la filiation est établie de façon extrajudiciaire, elle peut être constatée par l'acte de naissance de l'enfant, qui énonce le nom et les prénoms de l'enfant, les noms du parent ou des parents qui sont désignés à l'officier de l'état civil²⁴⁹⁴. En effet, lorsqu'elle est établie par l'effet de la loi, la filiation maternelle est établie par la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant²⁴⁹⁵, alors que la filiation paternelle est établie par la désignation du mari de la femme comme le père de l'enfant dans l'acte de naissance de l'enfant²⁴⁹⁶. De même, la filiation de l'enfant peut être établie par la reconnaissance paternelle ou maternelle volontaire de l'enfant, laquelle peut être constatée par l'acte de naissance dressé par l'officier de l'état civil ou par acte authentique devant notaire²⁴⁹⁷. Dans ce cas, la reconnaissance fait l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant, portant les informations relatives à l'identité, au lieu, date ou âge de l'enfant, ainsi que celles relatives à l'identité et au domicile de l'auteur de la reconnaissance²⁴⁹⁸. Par ailleurs, la filiation établie par la possession d'état constatée dans l'acte de notoriété est mentionnée en marge de l'acte de naissance de l'enfant.

628. En revanche, lorsque le lien de filiation est établi de façon judiciaire, le jugement qui déclare la filiation maternelle ou paternelle de l'enfant fait l'objet d'une mention en marge de l'acte de naissance de l'enfant²⁴⁹⁹. De même, le jugement qui prononce l'adoption plénière de l'enfant fait l'objet d'une transcription sur les registres de l'état civil, la transcription du jugement tenant lieu d'acte de naissance²⁵⁰⁰. Enfin, le jugement qui prononce l'adoption simple

²⁴⁹¹ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 342, n° 689.

²⁴⁹² La reconnaissance volontaire de l'enfant peut être faite par acte authentique (C. civ., art. 316, al. 3).

²⁴⁹³ FAVIER (Y.), « Actes de l'état civil », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 1-2 ; FOSSIER (TH.), « Actes de l'état civil », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 1-4 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (10 généralités) », *op. cit.*, n° 29.

²⁴⁹⁴ C. civ., art. 57.

²⁴⁹⁵ C. civ., art. 311-25.

²⁴⁹⁶ C. civ., art. 312.

²⁴⁹⁷ C. civ., art. 316.

²⁴⁹⁸ C. civ., art. 62, al. 4.

²⁴⁹⁹ IGEC, n° 219 ; FOSSIER (TH.), « Actes de l'état civil », *op. cit.*, n° 70.

²⁵⁰⁰ C. civ., art. 354, al. 4.

de l'enfant est mentionné ou transcrit sur les registres de l'état civil à la requête du procureur de la République²⁵⁰¹.

629. Les conséquences du lien de filiation sur le nom de l'enfant. L'établissement de la filiation suppose également la détermination du nom de famille de l'enfant²⁵⁰², lequel traduit son rattachement à sa famille²⁵⁰³. En effet, l'établissement du lien de filiation donne lieu à la dévolution du nom de famille à l'enfant²⁵⁰⁴. Lorsque la filiation est établie à l'égard de deux parents, ils ont le droit choisir le nom de famille de l'enfant : soit le nom du père, soit le nom de la mère, soit les deux, accolés dans l'ordre qu'ils choisissent.

Toutefois, si la déclaration n'a pas été faite conjointement, l'enfant prend le nom du parent qui a réalisé en premier lieu la déclaration et le nom de son père si sa filiation est établie simultanément à l'égard de l'un et de l'autre²⁵⁰⁵. En cas de désaccord entre les parents, signalé par l'un d'eux à l'officier de l'état civil, au plus tard au jour de la déclaration de naissance ou après la naissance, lors de l'établissement simultané de la filiation, l'enfant prend leurs deux noms, dans la limite du premier nom de famille pour chacun d'eux, accolés selon l'ordre alphabétique²⁵⁰⁶.

En revanche, si la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, l'enfant prend le nom de ce parent. En cas d'établissement d'un second lien de filiation durant la minorité de l'enfant, les parents peuvent choisir le nom de l'enfant. Le changement du nom est mentionné en marge de l'acte de l'état civil de l'enfant. Si ce dernier est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est nécessaire²⁵⁰⁷.

Par ailleurs, lorsque la filiation a été établie judiciairement, « le tribunal statue, s'il y a lieu sur... » « l'attribution du nom »²⁵⁰⁸ de l'enfant. Toutefois, la modification du lien de filiation n'emporte le changement du nom de famille des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement²⁵⁰⁹. À cet égard, la Cour de cassation a précisé que l'intérêt de l'enfant peut être pris en considération par le TGI pour statuer sur l'attribution du nom de l'enfant en cas de désaccord entre les parents et peut décider « soit de la substitution du nom du parent à l'égard

²⁵⁰¹ C. civ., art. 362

²⁵⁰² LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 28.

²⁵⁰³ LAROCHE-GISSEROT (F.), « Nom – Prénom », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 7.

²⁵⁰⁴ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 342, n^{os} 692 à 696 ; LAROCHE-GISSEROT (F.), « Nom – Prénom », *op. cit.*, n° 11 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 533, n° 583.

²⁵⁰⁵ C. civ., art. 311-21, al. 1^{er}.

²⁵⁰⁶ *Ibid.*

²⁵⁰⁷ C. civ., art. 311-23.

²⁵⁰⁸ C. civ., art. 331.

²⁵⁰⁹ C. civ., art. 61-3, al. 2.

duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu, au nom porté jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre »²⁵¹⁰. Ainsi, la Cour de cassation a accepté, de façon implicite, que l'enfant puisse continuer à utiliser le nom de famille attaché au lien de filiation annulé par une décision de justice²⁵¹¹.

630. Les conséquences du lien de filiation sur l'autorité parentale. L'établissement du lien de filiation entraîne des droits et des devoirs qui relèvent de l'autorité parentale²⁵¹². Cette dernière, octroyée en principe aux parents, est constituée des droits et des devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. En effet, en raison de l'autorité parentale, les parents doivent protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect de sa personne²⁵¹³. Pour les époux, cette obligation rappelle celle posée par l'article 213 du Code civil, relative à la direction morale et matérielle de la famille : les époux « pourvoient à l'éducation des enfants et préparent leur avenir ». En contrepartie, l'enfant doit honneur et respect à ses père et mère²⁵¹⁴.

B. L'interdépendance du lien de parenté

631. La constitution du lien de parenté implique également l'acceptation d'établir entre l'enfant et ses parents une certaine interdépendance. En effet, le lien de parenté entraîne un effet patrimonial ou économique qui se concrétise par l'obligation alimentaire²⁵¹⁵, laquelle pèse

²⁵¹⁰ Cass. avis n° 10-00.004P, 13 sept. 2010 ; *Bull. civ.* 2010, Avis, n° 4 ; *AJ fam.* 2010, p. 498, obs. F. Chénéde ; *RTD Civ.* 2010 p.759, obs. J. Hauser ; *JCP* 2011, 13, Th. Garé : « Le tribunal de grande instance, saisi par les parties d'une demande de changement de nom d'un enfant, formée dans le cadre d'une action aux fins d'établissement judiciaire d'un second lien de filiation, auxquelles sont applicables les dispositions de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, dans sa rédaction issue de la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009, est compétent, sur le fondement de l'article 331 du code civil, pour statuer sur l'attribution du nom de l'enfant en cas de désaccord entre les parents et peut décider, en considération de l'ensemble des intérêts en présence et plus particulièrement de celui supérieur de l'enfant, soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu, au nom porté jusque-là porté par l'enfant, soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre. »

²⁵¹¹ Civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 08-14.619, D. 2010. 892 ; *Ibid.* 1442, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Ibid.* 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ fam.* 2010. 239, obs. S. Milleville ; *Dr. fam.* 2010. Comm. 102, note P. Murat ; *Deffrénois*, 2010. 1358 obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 2010 p.521, obs. J. Hauser.

²⁵¹² ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 344, n° 697 ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (10 généralités) », *op. cit.*, n° 28 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 533, n° 583.

²⁵¹³ C. civ., art. 371-1, *in fine*.

²⁵¹⁴ C. civ., art. 371.

²⁵¹⁵ V. « Alimentaire », *in Vocabulaire juridique*.

récioproquement sur l'enfant et ses parents. De même, l'interdépendance se manifeste par la vocation successorale légale²⁵¹⁶.

632. L'obligation alimentaire réciproque entre l'enfant et ses parents. L'aspect matériel de l'autorité parentale entraîne une obligation à l'égard des parents de contribuer, à proportion de leurs ressources, à l'entretien et l'éducation de leurs enfants. Cette obligation ne cesse pas de plein droit lorsque l'enfant est majeur²⁵¹⁷. Pour les parents mariés, cette obligation conforte celle de l'article 203 du Code civil : « les époux contractent ensemble, par le seul fait du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants »²⁵¹⁸. En contrepartie, l'enfant doit des aliments à ses parents dans le besoin²⁵¹⁹. Si cette obligation alimentaire s'avère réciproque entre les parents et l'enfant²⁵²⁰, le débiteur peut se voir déchargé de tout ou partie de la dette alimentaire lorsque le créancier aura lui-même manqué gravement à ses obligations²⁵²¹.

633. La vocation successorale de l'enfant et des parents. La filiation détermine la place de l'enfant dans la famille de ses parents et le place dans un ordre généalogique construit par le droit²⁵²². La filiation fonde ainsi la vocation successorale entre les parents et leurs enfants²⁵²³. Si la loi ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation pour déterminer les parents appelés à succéder²⁵²⁴, l'enfant adopté de façon simple reste dans sa famille d'origine et conserve tous ses droits, notamment ses droits héréditaires²⁵²⁵. De ce fait, lui et ses

²⁵¹⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 344, n° 698 et s. ; LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (10 généralités) », *op. cit.*, n° 28 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 533, n° 583.

²⁵¹⁷ C. civ., art. 371-2 ; RÉGLIER (A.-C.), « La détermination de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en cas de désunion ou l'immixtion de l'analyse économique en droit de la famille », *Dr. fam.* 2015, dossier 55.

²⁵¹⁸ V. aussi C. civ., art. 208, al. 1^{er} : « Les aliments ne sont accordés que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui que les doit. »

²⁵¹⁹ C. civ., art. 205.

²⁵²⁰ C. civ., art. 207, al. 1^{er} ; V. pour l'adoptant sous la forme plénière, C. civ., art. 358 : « L'adopté a, dans la famille de l'adoptant, les mêmes droits et les mêmes obligations qu'un enfant dont la filiation est établie en application du titre VII du présent livre » ; V. pour l'adoptant sous la forme simple, C. civ., art. 367 : « L'adopté doit des aliments à l'adoptant s'il est dans le besoin et, réciproquement, l'adoptant doit des aliments à l'adopté. Les père et mère de l'adopté ne sont tenus de lui fournir des aliments que s'il ne peut les obtenir de l'adoptant. L'obligation de fournir des aliments à ses père et mère cesse pour l'adopté dès lors qu'il a été admis en qualité de pupille de l'Etat ou pris en charge dans les délais prescrits à l'article L. 132-6 du code de l'action sociale et des familles. »

²⁵²¹ C. civ., art. 207, al. 2.

²⁵²² LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (10 généralités) », *op. cit.*, n° 17.

²⁵²³ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 344, n° 698 et s. ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 533, n° 583.

²⁵²⁴ C. civ., art. 733, al. 1^{er}.

²⁵²⁵ C. civ., art. 364, al. 1^{er}.

descendants ne sont considérés comme héritiers que de l'adoptant et non pas des ascendants de ce dernier²⁵²⁶.

L'ordre des héritiers est établi par l'article 734 du Code civil, dans lequel les enfants et leurs descendants ont une place privilégiée, puis les père et mère, ainsi que les collatéraux, tels que les frères et sœurs et leurs descendants. Ainsi, les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère²⁵²⁷. Si c'est l'enfant qui décède sans avoir laissé ni postérité, ni frère, ni sœur, ni descendants de ces derniers, ses père et mère lui succéderont, chacun pour moitié²⁵²⁸.

Section 2 La concrétisation de l'animus familiae dans la constitution des liens familiaux

634. L'*animus familiae* est omniprésent dans tous les liens familiaux consacrés par la loi, car il constitue une condition de leur constitution. La volonté caractérisée de constituer une famille ou *animus familiae* est l'élément fondateur du lien familial, il est nécessaire afin que le lien ait une existence et produise ses effets de droit. Cette volonté se concrétise en tant que fait d'une manière différente selon la nature du lien familial concerné.

Ainsi, dans les liens de couple, l'*animus familiae* se concrétise dans le lien matrimonial par l'échange des « oui » solennels devant l'officier de l'état civil, alors qu'il se concrétise dans le lien entre partenaires pacsés par la conclusion de la convention de Pacs. De même, dans le lien entre concubins, l'*animus familiae* se concrétise par le fait de mener volontairement une vie commune.

Quant aux liens de parenté, la volonté de constituer un lien de filiation peut se concrétiser par l'acceptation de la mère d'être désignée comme mère dans l'acte de naissance de l'enfant, ainsi que par le consentement matrimonial de l'époux et le défaut de remise en cause de la présomption de paternité. De même, il se concrétise par la reconnaissance volontaire de l'enfant ou par le comportement d'une personne à agir en tant que parent de l'enfant et de ce dernier de se comporter comme l'enfant du parent prétendu en cas de constatation de la possession d'état. Pour ce qui est de l'établissement judiciaire de la filiation, la volonté se concrétise par l'exercice de l'action en établissement du lien de filiation ou par la requête en adoption.

²⁵²⁶ C. civ., art. 368.

²⁵²⁷ C. civ., art. 735.

²⁵²⁸ C. civ., art. 736.

635. La validité de la volonté par laquelle se concrétise l'*animus familiae* est régie soit par des règles propres au lien familial concerné, comme c'est le cas du mariage, soit par des règles générales qui déterminent la validité du consentement²⁵²⁹, tel est le cas du Pacs. Ainsi, cette volonté doit être réelle, sérieuse, exempte de vices et individualisée.

636. Afin d'identifier la manière dont l'*animus familiae* se concrétise dans la constitution de chaque lien familial, il convient de retenir la distinction classique²⁵³⁰ entre lien de couple²⁵³¹ et lien de parenté.²⁵³² Nous verrons ainsi que l'*animus familiae* est un élément fondateur des liens de couple (§1) et des liens de parenté (§2).

§1 La concrétisation de l'*animus familiae* dans la constitution des liens de couple

637. Le Code civil consacre trois modes de vie de couple, dont le mariage²⁵³³, le Pacte civil de solidarité²⁵³⁴ et le concubinage²⁵³⁵, pour lesquels la volonté de constituer une famille ou *animus familiae* est une condition de leur existence. Dès lors, il convient d'analyser l'existence (A) et l'intégrité (B) de l'*animus familiae* dans la constitution des différents modes de vie de couple.

A. L'existence de l'*animus familiae* dans les liens de couple

638. Les trois formes de vie de couple donnent lieu à trois liens de couple différents, dont le lien matrimonial, le lien entre partenaires pacsés et le lien entre concubins. L'*animus familiae* constitue l'élément fondateur de ces trois liens.

639. L'existence de l'*animus familiae* dans le lien matrimonial. L'article 146 du Code civil dispose : « il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » Ainsi, l'*animus familiae* est concrétisé au sein du lien matrimonial par le consentement des futurs époux, lors

²⁵²⁹ Les conditions de la validité du consentement des articles 1128 et du Code civil.

²⁵³⁰ V. pour le lien de couple, *supra*. n^{os} 127 à 134 ; v. pour le parenté, n^{os} 153 à 155.

²⁵³¹ Le lien de couple est celui qui est reconnu par le droit entre deux personnes qui s'engagent volontairement et durablement dans une vie commune affective, sexuelle et matérielle.

²⁵³² Le lien de parenté est celui qui est reconnu par le droit et qui unit deux personnes sur un plan vertical, l'un étant le descendant de l'autre.

²⁵³³ C. civ., art. 63 à 76 et 143 à 227.

²⁵³⁴ C. civ., art. 515-1 à 515-7.

²⁵³⁵ C. civ., art. 515-8.

de la célébration du mariage²⁵³⁶. Ce consentement doit alors être exprimé²⁵³⁷ de façon consciente²⁵³⁸ et sérieuse²⁵³⁹ par les époux devant l'officier de l'état civil. À cet égard, la présence des époux de nationalité française devant l'officier de l'état civil lors du mariage est obligatoire, même s'il est célébré à l'étranger²⁵⁴⁰. La présence de l'époux français est alors une condition de formation du mariage, laquelle est considérée par la jurisprudence comme une condition de fond²⁵⁴¹, dont la finalité est de permettre à l'officier de l'état civil de constater la réalité du consentement²⁵⁴². Le mariage posthume constitue toutefois une exception à l'obligation pour les époux d'être présents lors de la célébration du mariage²⁵⁴³.

640. L'existence de l'*animus familiae* dans le lien entre partenaires pacsés. Le Pacte civil de solidarité²⁵⁴⁴ est avant tout un contrat²⁵⁴⁵. De ce fait, le consentement des partenaires

²⁵³⁶ C. civ., art. 75, al. 6 : « [L'officier de l'état civil] recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour époux : il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ. »

²⁵³⁷ Les futurs époux doivent pouvoir manifester leur consentement de manière certaine. Ainsi, s'ils sont atteints d'une maladie qui les empêche de manifester leur consentement d'une façon verbale, ils peuvent le faire à travers des signes ou des gestes. C'est donc l'officier de l'état civil qui doit apprécier la valeur de ces formes de manifestation du consentement (Civ. 1^{re}, 22 janv. 1968 ; *D.* 1968, p. 309 ; *JCP* 1968. II. 15442, note R. L. : Civ. 1^{re}, 31 janv. 2006 ; *AJ fam.* 2006, p. 112, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2006, p. 283, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2006, comm. 79, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2006, p. 1416, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau).

²⁵³⁸ Les futurs époux doivent manifester un consentement conscient. Ainsi, l'article 414-1 du Code civil dispose que « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte. » Dès lors, les troubles mentales au moment de la célébration peuvent emporter la nullité du mariage, lorsque les futurs époux ne comprennent pas le sens de l'acte auquel ils s'engagent (Civ. 1^{re}, 4 mai 2011, n° 09-68983 ; *RTD civ.* 2011, p. 515, obs. J. Hauser ; *D.* 2012, p. 971, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011, p. 330, obs. Siffrein-Blanc).

²⁵³⁹ Le caractère sérieux du consentement implique l'intention matrimoniale des futurs époux, qui suppose leur volonté d'adhérer au statut des gens mariés, intégré par les obligations réciproques du mariage, par ses effets personnels et matériels et par la finalité de l'institution matrimoniale. Ainsi, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt de principe que « le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale » célébré contracté dans un but étranger à l'union matrimoniale » (Civ. 1^{re}, 28 oct. 2008, *Bull. civ.* I, n° 215 ; *D.* 2004, p. 21, note J.-P. Gridel ; *RTD civ.* 2004, p. 66, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2004, comm. 24, obs. Larribau-Terneyre ; *Défrenois* 2004, p. 143, note J. Massip ;)

²⁵⁴⁰ C. civ., art. 146-1.

²⁵⁴¹ TGI Paris, 28 nov. 1995, *BICC* n° 427, p. 23 ; Civ. 1^{re}, 28 mars 2006 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 118, note V. Larribau-Terneyre.

²⁵⁴² BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 677, n° 1525.

²⁵⁴³ Le mariage posthume peut être célébré par autorisation du président de la République, pour des motifs graves, dès lors qu'une réunion suffisante de faits établit sans équivoque son consentement. Les effets de ce mariage remontent à la date du jour précédent celui du décès de l'époux (C. civ., art. 146-1, al. 2). Cependant, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux (C. civ., art. 146-1, al. 3).

²⁵⁴⁴ C. civ., art. 515 : « Un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune. »

²⁵⁴⁵ Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999 a déterminé que « les articles 1109 (anc.) – C. civ., art. 1130 nouv. - et suivants du code civil, relatif au consentement, sont applicables au pacte civil de solidarité » (Cons. const., Déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, cons. 28 ; *Dr. fam.* 1999, Hors-série, p. 46, obs. G. Drago ; *D.* 2000. Somm. 424, obs. Garneri ; *D.* 1999, chron. p. 483, note J.-J. Lemouland ; *JCP* 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; *ibid.* 26 juill. 2000, obs. Mathieu et Verpeaux ; *JCP N* 2000, 270,

est une condition essentielle de sa formation²⁵⁴⁶, bien que cette exigence ne soit qu'implicite²⁵⁴⁷. Ainsi, l'*animus familiae* se concrétise par le consentement nécessaire pour conclure un Pacs. Ce dernier doit être conscient²⁵⁴⁸ et sérieux²⁵⁴⁹. La déclaration du Pacs implique, de manière implicite²⁵⁵⁰, la présence des partenaires²⁵⁵¹, autrefois devant le greffe du tribunal d'instance²⁵⁵², aujourd'hui devant l'officier de l'état civil²⁵⁵³ ou le notaire²⁵⁵⁴, afin qu'ils aient connaissance de la date de prise d'effet du Pacs²⁵⁵⁵. Dès lors, le Pacs ne peut pas être conclu par procuration²⁵⁵⁶, et la possibilité d'un Pacs posthume est écartée²⁵⁵⁷.

641. L'existence de l'*animus familiae* dans le lien entre concubins. Le lien entre concubins est une union de fait²⁵⁵⁸ dont les caractères doivent correspondre à la définition du concubinage établie par la loi²⁵⁵⁹, afin qu'il puisse produire des effets de droit. Ainsi, le concubinage suppose une vie commune stable et continue, laquelle implique une relation

comm. N. Molfessis ; *JCP G* 1999, n° 43, act. p. 1909, note J. Rubellin-Devichi ; *LPA* 1999, p. 6, comm. J.-E. Shoettl). Ce faisant, le Conseil Le Conseil a affirmé la nature contractuelle du Pacs.

Postérieurement, il a eu l'opportunité de réaffirmer cette nature dans une décision du 21 octobre 2015, dans laquelle le Conseil a affirmé que la réforme du 23 juin 2006, qui a modifié le régime du Pacs, n'a pas fait perdre sa nature contractuelle au Pacte civil de solidarité (Cons. const., 21 oct. 2015, n° 2015-9 LOM : JO 23 oct. 2015, p. 19738 ; *Dr. fam.* 2015, comm. 213, obs. J.-R. Binet) ; V. sur la question de la nature contractuelle du Pacs, BEIGNIER (B.), « Le PACS en questions : Aspects civils », *Dr. fam.* 1999, Hors-série, p. 33 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 27 et s. ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 394, n°485 ; RAYMOND (G.), « Pacs et droit des contrats », *Contrats, conc., cons.*, 2000, chron. 14.

²⁵⁴⁶ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 53, n° 127.

²⁵⁴⁷ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 56 ; LEMOULAND (J.-J.), « La formation et la dissolution du pacte civil de solidarité », *JCP N.* 2000, p. 406, spéc. n° 14.

²⁵⁴⁸ L'article 414-1 du Code civil dispose que « pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit ». De ce fait, la conclusion du Pacs ne sera pas valable si l'un des partenaires est atteint d'un trouble mental. En effet, il sera entaché par une nullité relative (C. civ. art. 414-2), contrairement à ce qui est prévu pour le mariage dans la même hypothèse (P. Courbe, A. Gouttenoire, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 53, n° 127). De même, le nouvel article 1129 du Code civil dispose que « conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement un contrat ».

²⁵⁴⁹ La conclusion du Pacs doit être fondée sur une intention d'adhérer au statut des partenaires pacsés, lequel implique une intention de vivre en couple et d'organiser une vie commune (Cons. const., Déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, déc. préc., cons. 26 ; P. Courbe, A. Gouttenoire, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 54, n° 128.)

²⁵⁵⁰ C. civ., art. 515-3, al. 1^{er} : « Les personnes qui concluent un pacte civil de solidarité en font la déclaration conjointe... »

²⁵⁵¹ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 292, n° 635 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 83, n° 238 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 86.

²⁵⁵² C. civ., art. 513-3, al. 1^{er} (rédaction antérieure à la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016).

²⁵⁵³ C. civ., art. 513-3, al. 1^{er} (rédaction issue de la loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016).

²⁵⁵⁴ C. civ., art. 513-3, al. 5.

²⁵⁵⁵ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 238, n° 457.

²⁵⁵⁶ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 292, n° 635 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 86.

²⁵⁵⁷ Rép. min. n° 47405, JOAN Q 21 août 2000, p. 4987 ; *Dr. fam.* 2001. comm. 35, obs. B. Beignier ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 83, n° 238 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 86.

²⁵⁵⁸ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 14.

²⁵⁵⁹ C. civ., art. 515-8 : « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

affective et sexuelle²⁵⁶⁰ entre les concubins²⁵⁶¹. Dès lors, l'*animus familiae* se manifeste par la volonté²⁵⁶² des concubins de mener une communauté de vie²⁵⁶³. Cette dernière constitue l'élément essentiel du concubinage qui permet de qualifier la relation de fait entre deux personnes de concubinage²⁵⁶⁴.

B. L'intégrité de l'*animus familiae* dans les liens de couple

642. L'*animus familiae* qui constitue un lien de couple doit être libre et éclairé. Ainsi, si la loi dispose des règles qui ont pour objet de protéger l'intégrité du consentement pour établir un lien matrimonial ou un lien entre partenaires, aucune règle n'est prévue pour ce qui est du lien entre concubins, le concubinage étant une situation de fait. Cependant, le concubin et l'ancien concubin sont protégés par le dispositif de lutte contre les violences au sein du couple et peuvent faire l'objet de l'ordonnance de protection prévue par les articles 515-9 et suivants du Code civil.

643. L'intégrité de l'*animus familiae* dans le lien matrimonial. L'article 180 du Code civil dispose que le consentement des époux doit être libre et exempt de tout vice. Contrairement au droit commun des contrats, en matière matrimoniale, seules la violence et l'erreur peuvent porter atteinte au consentement des futurs époux, le dol étant trop compliqué à distinguer des manœuvres de séduction²⁵⁶⁵. Ainsi, le consentement au mariage est une manifestation de la liberté fondamentale du mariage²⁵⁶⁶, laquelle implique la liberté de se

²⁵⁶⁰ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 26 ; *ibid.*, n° 39 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 30, n° 79.

²⁵⁶¹ Dans sa décision du 2 novembre 1999, le Conseil constitutionnel a affirmé que « la notion de vie commune ne couvre pas seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes ». En effet, la communauté de vie « suppose, outre une résidence commune, une vie de couple... » (Cons. const., Déc. n° 99-419 DC du 9 nov. 1999, déc. préc., cons. 26).

²⁵⁶² BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 39 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 27, n° 73 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 34, n° 52.

²⁵⁶³ HENAFF (G.), « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 551.

²⁵⁶⁴ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 26 ; *ibid.*, n° 39 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 30, n° 79 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 261, n° 514.

²⁵⁶⁵ La phrase de Loysel témoigne de cette complexité : « en mariage trompe qui peut » ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 662, n° 1498.

²⁵⁶⁶ La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 consacre le droit au mariage dans son article 16. De même, le Pacte international de New York du 19 décembre 1966 consacre le droit au mariage dans son article 23. Il en va de même pour ce qui est de la Convention européenne des droits de l'homme dans son article 12. Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît le droit au mariage dans son article 9. La liberté du mariage a été reconnue par le Conseil constitutionnel d'abord comme l'une des composantes de la « liberté individuelle » (Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Rec. Cons. const.* p. 224, *JO* 18 août ; *JCP* 1993, III. 6372, note J.-B. d'Onorio), puis comme une composante de la « liberté personnelle » (Cons. const. 20

marier et de choisir son conjoint, ainsi que la liberté de ne pas se marier²⁵⁶⁷. De ce fait, le consentement qui résulte de l'exercice d'une violence physique ou morale, y compris par crainte révérencielle envers un parent, entraîne la nullité du mariage²⁵⁶⁸. De même, le consentement au mariage suppose la connaissance des futurs époux préalablement à la célébration du mariage. C'est pourquoi l'erreur dans la personne et sur les qualités essentielles de la personne entraîne la nullité du mariage²⁵⁶⁹.

nov. 2003, n° 2003-484 DC, *Rec. Cons. const.* p. 224, *JO* 27 nov. ; *D.* 2004, p. 1405, note O. Lecucq ; *RTD civ.* 2004, p. 65, obs. J. Hauser) ; V. LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « L'effectivité de la liberté fondamentale du mariage : la protection du consentement », in *La liberté fondamentale du mariage*, *op. cit.*, p. 105 et s.

²⁵⁶⁷ LAMARCHE (M.), LEMOULAND (J.-J.), « Mariage (2^o conditions de formation), *op. cit.*, n°s 94 et s.

²⁵⁶⁸ C. civ., art. 180, al. 1^{er} ; La violence suppose une menace dans la personne ou dans les biens de la personne contrainte à se marier. La violence peut être physique (CA Agen, 14 juin 1980, *D.* p. 1891.2.153, pour une mariée frappée à coups de bâton ; V. plus récemment CA Bordeaux, 21 févr. 2006, *Dr. fam.* 207, comm. 121, note V. Larribau-Terneyre) ou morale, à travers des pressions sur la personne pour l'obliger à se marier (CA Toulouse, 30 déc. 1947, *Gaz. Pal.* 1948, I. 128, pour une menace de dénonciation à la Gestapo de la mariée ; Civ. 1^{re} 17 déc. 1968, *D.* 1969, p. 410, pour le jeune homme contraint de se marier avec une fille sous des menaces des mort ; TGI Versailles 25 avr. 1979 ; *Gaz. Pal.* 1979, 2. 532 ; *RTD civ.* 1979, p. 142, obs. R. Nerson, J. Rubellin-Devichi, pour un jeune homme obligé par son père à se marier afin de ne pas nuire la renommée de la famille, qui avait invité un nombre considérable de personnes à la célébration, dont plusieurs personnalités, faisant impossible l'annulation du mariage). La menace doit présenter une certaine gravité et avoir été injuste et illégitime par le détournement d'une voie de droit (CA Aix-en-Provence 29 no. 1932, *DH* 1933. Somm. 19, pour une menace de recourir à des poursuites correctionnelles).

La lutte contre les mariages forcés ont amené le législateur à prendre plusieurs mesures, tel que l'alignement de l'âge matrimonial des femmes de 15 à 18 et la modification de l'article 180 du Code civil, qui a entraîné l'ouverture de l'action en nullité du mariage pour violence au ministère public et la disparition de la confirmation du mariage par la vie commune des époux pendant six mois, ainsi que la reconnaissance de la crainte révérencielle comme une cause de nullité du mariage (loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs). Plus tard, le législateur a renforcé le dispositif civil et pénal de lutte contre les mariages forcés à travers l'institution de l'ordonnance de protection temporaire au sein des articles 515-9 à 515-13 du Code civil (loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010). Ainsi, l'article 515-13 dispose que l'ordonnance de protection peut être délivrée en urgence par le JAF à la personne majeure menacée de mariage forcé. Le JAF peut aussi ordonner, à la demande de la personne victime, l'interdiction de sortie du territoire de la personne menacée (Loi n° 2014-873 du 4 août 2014).

²⁵⁶⁹ L'erreur est une fausse représentation de la réalité (V. J. GHESTIN, Y.-M. SERINET, « Erreur », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 1 ; PH. Delebecque, F.-J. Pansier, « Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat », LexisNexis, 7^e éd., 2016, p. 77, n° 103 : « L'erreur consiste à croire vrai ce qui est faux et *vice versa*. Elle suppose que le contrat a été conclu sous l'effet d'une opinion contraire à la réalité). En matière de mariage, l'erreur constitue un vice du consentement matrimonial lorsque elle a déterminé ce dernier (Civ. 1^{re}, 19 févr. 1975, *Bull. civ.* I, n° 70 ; *D.* 1975. IR 101.) L'erreur peut porter sur l'identité de la personne. Ainsi, il est possible repérer deux hypothèses : l'erreur sur l'identité physique de la personne (qui est irréalisable) et l'erreur de l'identité civile de la personne (il est possible de penser à une personne qui se fait passer pour une autre en utilisant de faux papiers. V. CA Paris, 12 mars 1903, *DP* 1903. 2. 191 ; S. 1904. 2. 47, pour un époux qui se faisait passer pour un membre de la famille de Toulouse-Lautrec).

De même, l'erreur peut porter sur une qualité essentielle de la personne. Puisque la loi ne liste pas les qualités essentielles de la personne, la notion de « qualité essentielle de la personne » est laissée à l'interprétation du juge, qui peut révéler le contenu en appliquant une appréciation tantôt objective tantôt subjective de ce que l'on attend chez un conjoint (M. Lamarche, J.-J. Lemouland, « Mariage (2^o conditions de formation) », *op. cit.*, n° 217 et s. ; P. Courbe, A. Gouttenoire, *op. cit.*, p. 51, n° 119). Elles ont donc une dimension sociologique et une dimension individuelle (A. Bénabent, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 54, n° 182) et doivent permettre d'accomplir l'objet du mariage d'instaurer une communauté de vie et les devoirs qui découlent du mariage (J.-J. Lemouland, *op. cit.*, p. 127, n° 121). Cependant, le droit tient plus à préciser la manière dont il convient d'apprécier la nullité du mariage pour erreur sur les qualités de la personne qu'à définir ces dernières (V. Égéa, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 78, n° 121).

644. L'intégrité de *l'animus familiae* dans le lien entre partenaires pacsés. L'absence de textes spécifiques relatifs à la condition du consentement des futurs partenaires renvoie aux règles du droit commun des contrats. En effet, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 2006, a affirmé que « les articles 1109 et suivants²⁵⁷⁰ du Code civil, relatifs au consentement, sont applicables au pacte civil de solidarité »²⁵⁷¹. Ainsi, ces règles disposent que « l'erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu'ils sont de nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes »²⁵⁷². Dès lors, l'atteinte au consentement²⁵⁷³ des partenaires par l'erreur²⁵⁷⁴, le dol ou la violence entraîne la nullité relative²⁵⁷⁵ du Pacs.

Ainsi, la jurisprudence retient l'erreur sur l'honorabilité (V. CA Rennes, 11 déc. 2000, *Dr. fam.* 2001, comm. 67, note H. Lécuyer, pour un époux qui maintenait en secret une liaison qu'il n'avait pas l'intention de mettre fin ; V. aussi TGI Paris, 13 févr. 2001, *Dr. fam.* 2002, comm. 1, note H. Lécuyer, pour l'ignorance de l'époux de l'activité de prostitution de la épouse), l'erreur sur la santé de l'époux (V. TGI Rennes, 9 nov. 1976, *D.* 1977, p. 539, note H. Cosnard, pour la maladie mentale de l'un des époux empêchant le déroulement normal de la vie conjugale ; V. CA Pau, 30 août 1990, *RTD civ.* 1991, p.709, obs. J. Hauser, D. Huet-Weiller, pour la maladie mentale ignorait par l'époux lors de la célébration du mariage ; V. TGI Dinan, 4 avr. 2006, *RTD civ.* 2007, p. 550, obs. J. Hauser, aussi pour un conjoint atteint de séropositivité), l'erreur sur l'aptitude sexuelle de l'un des époux (V. CA Paris, 26 mars 1982, *Gaz. Pal.* 1982. 2. 519, note J.M. ; toutefois V. CA Pau, 26 avr. 2004, *Dr. fam.*, 2004, comm. 115, note V. Larribau-Terneyre, l'erreur n'a pas été retenue lorsque l'âge de l'un des époux permet de supposer des troubles sexuels ; V. CA Rouen, 6 mars 2008, *AJ fam.* 2008, p. 399, obs. F. C. ; *RTD civ.* 2008, p. 659, obs. J. Hauser, le refus de l'un des époux de consulter un médecin pour remédier aux troubles sexuels et le refus de consommer le mariage a pu être retenu comme une erreur sur une qualité essentielle), l'erreur sur la qualité de divorcé de l'époux (V. TGI Paris, 5 janv. 1982 ; *RTD civ.* 1983, p. 327, obs. R. Nerson, J. Rubellin-Delvichi ; Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, *LPA* 11 déc. 1998, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998, p. 659, obs. J. Hauser).

La jurisprudence tend néanmoins à retenir une conception objective des qualités essentielles de la personne. Ainsi, le mensonge de l'épouse concernant sa virginité n'a pas été retenu comme une erreur entraînant la nullité du mariage (CA Douai, 17 nov. 2008 ; *D.* 2008, p. 2938, note V. Égéa ; *JCP* 2009. I. 102, obs. A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2009, p. 98, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2008, comm. 167, V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2010, p. 729, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau). De même, si les qualités religieuses ne sont pas considérées comme une qualité essentielle de la personne (V. CA Montpellier, 4 mai 1847, *DP* 1847. 2. 81 ; CA Lyon, 10 mars 1853, *DP* 1853. 2. 210, pour le refus de la bénédiction religieuse du mariage), un courant jurisprudentiel récent montre une certaine sensibilité de la part des juges aux convictions religieuses (V. TGI Le Mans, 7 déc. 1981, *JCP* 1986. II. 20573, note J.-J. Lemouland ; CA Aix-en-Provence 15 nov. 2005 ; *JCP* 2006. IV. 2366, pour des musulmans, constitue une erreur sur les qualités essentielles de l'époux le refus pour l'autre époux de se soumettre au mariage religieux).

²⁵⁷⁰ Devenus les articles 1128 et suivants par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

²⁵⁷¹ Déc. préc., cons. 28.

²⁵⁷² C. civ., art. 1130.

²⁵⁷³ LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 59 à 63 ; LEMOULAND (J.-J.), « La formation et la dissolution du Pacte civil de solidarité », art. préc., n° 14.

²⁵⁷⁴ V. CA Paris, 9 nov. 2006 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 30, note V. Larribau-Terneyre ; pour une décision qui a admis la recevabilité de la demande de nullité du Pacs pour erreur, mais refusé la nullité car le caractère déterminant de l'erreur sur les mobiles de l'un des partenaires n'a pas été démontré

²⁵⁷⁵ C. civ., art. 1131 : « Les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat ».

§ 2 La concrétisation de l'*animus familiae* dans la constitution des liens de parenté

645. Le lien de parenté résulte du lien de filiation²⁵⁷⁶, que celle-ci soit fondée sur la procréation, y compris médicalement assistée, la possession d'état ou l'adoption²⁵⁷⁷. Si le lien de filiation peut être établi de manière extrajudiciaire (A) et judiciaire (B), l'*animus familiae* est toujours l'élément fondateur.

A. La concrétisation de l'*animus familiae* dans l'établissement extrajudiciaire du lien de filiation

646. Si le lien de filiation peut être établi de manière extrajudiciaire par l'effet de la loi (1), par reconnaissance volontaire (2) et par la constatation de la possession d'état constatée par un acte de notoriété (3)²⁵⁷⁸, pour toutes ces formes d'établissement de la filiation, l'*animus familiae* constitue l'élément fondateur du lien.

*1. L'*animus familiae* dans l'établissement du lien de filiation par l'effet de la loi*

647. Afin d'analyser la manière dont l'*animus familiae* se concrétise dans l'établissement du lien de filiation par l'effet de la loi, il faut distinguer selon que ce lien est établi entre la mère et l'enfant ou entre le père et l'enfant.

648. **L'*animus familiae* dans le lien de filiation maternelle.** L'*animus familiae* se concrétise par la volonté de la mère de vouloir établir un lien de filiation maternelle en acceptant qu'elle soit désignée comme la mère de l'enfant dans l'acte de naissance²⁵⁷⁹. Selon l'adage *mater semper certa est*, le lien de filiation maternelle est établi par la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant²⁵⁸⁰. Cependant, cette désignation n'est pas

²⁵⁷⁶ LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *op. cit.*, n° 2.

²⁵⁷⁷ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 3, n° 6 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 423, n° 522. ; MALAURIE (PH.), « Couple, procréation et parenté », art. préc.

²⁵⁷⁸ C. civ., art. 310-1.

²⁵⁷⁹ LEROYER (A.-M.), « Réforme de la filiation », *RTD civ.* 2005, p. 836.

²⁵⁸⁰ C. civ., art. 311-25 ; L'ordonnance du 4 juillet 2005, portant réforme de filiation, a consacré l'établissement de la filiation maternelle par l'effet de la loi en désignant la femme qui accouche l'enfant comme la mère de ce dernier. En effet, avant cette ordonnance, la filiation maternelle à l'égard d'une femme non mariée était établie par reconnaissance de l'enfant. Cependant, cette situation avait été considérée comme contraire à la Convention EDH depuis l'arrêt Marcks (CEDH, 13 juin 1979, Marcks c/ Belgique ; Grands arrêts CEDH, n°s 43 et 58), dans lequel la Cour de Strasbourg avait affirmé que l'établissement de la filiation devait résulter de la déclaration de naissance et considéré que la reconnaissance imposée à la femme célibataire entraînait une discrimination.

obligatoire²⁵⁸¹ et la personne qui déclare l'enfant, généralement le père, les médecins ou le personnel des maternités²⁵⁸², peut ne pas indiquer le nom de la mère dans l'acte de naissance²⁵⁸³. Dans ce cas, l'officier de l'état civil ne peut pas établir de lien de filiation à l'égard de la mère. Cependant, le lien de filiation maternelle pourra être établi ultérieurement par reconnaissance volontaire²⁵⁸⁴ ou par l'exercice d'une action en recherche de maternité²⁵⁸⁵.

De même, la mère peut s'opposer à établissement de la filiation maternelle en décidant d'accoucher dans le secret, c'est-à-dire d'accoucher sous X²⁵⁸⁶. En effet, la mère peut demander que le secret de son admission et de son identité soit préservé²⁵⁸⁷. Dans ce cas, son nom ne sera pas désigné dans l'acte de naissance de l'enfant²⁵⁸⁸. Le lien de filiation maternelle peut néanmoins être établi, car la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009²⁵⁸⁹ a fait disparaître la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité en cas d'accouchement sous X, prévue l'article 325 du Code civil issu de l'ordonnance du 4 juillet 2005. Cependant, le résultat de cette action peut s'avérer peu effectif, l'identité de la mère étant ignorée²⁵⁹⁰.

Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 février 2006 (Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 107, note P. Murat) avait déjà accepté l'établissement de la filiation maternelle par la désignation dans l'acte de naissance de l'enfant la femme accouchée en tant que mère.

²⁵⁸¹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 368, n° 1081.

²⁵⁸² LE GUIDE (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2^o modes extrajudiciaires d'établissement) », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 32.

²⁵⁸³ C. civ., art. 57.

²⁵⁸⁴ V. *Infra.* n° 650 et s.

²⁵⁸⁵ C. civ., art. 311-25.

²⁵⁸⁶ L'accouchement dans le secret est consacré par l'article L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles. Cette pratique a été instaurée dans le Code civil au sein de l'article 326 par la loi du 8 janvier 1993 et maintenu par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

La pratique de l'accouchement sous X a été validée par la Cour européenne des droits de l'homme, qui a considéré la France n'avait pas excédé la marge d'appréciation qui lui doit être reconnue en raison de l'accès aux origines organisé par la loi du 22 janvier 2002 et la création du Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP), qui garantit le droit de l'enfant à connaître ses origines et son droit au respect à une vie privée et familiale (CEDH 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France*, D. 2003. IR. 739. 2003. Chron. 1240, par Mallet-Bricout, *JCP* 2003. II. 10049, note Gouttenoire-Cornut et Sudre, *JCP* 2003. I. 120, étude Malaurie, *Gaz. Pal.* 2005. 408, note Royant, *RJPF* 2003-4/34, obs. Le Boursicot, *Dr. fam.* 2003. Comm. 58, note Murat, *Dr. fam.* 2003. Chron. 14, par Gaumont-Prat, *LPA* 11 juin 2003, note Roy, *RTD civ.* 2003. 276, obs. Hauser, *RTD civ.* 2003. 375, obs. Marguénaud, *RDSS* 2003. 219, étude F. Monéger ; dans le même sens : CEDH 10 janv. 2008, *AJ fam.* 2008. 78, obs. F. Chénéde, *Dr. fam.* 2008. Alerte 13, obs. M. Brugeman, *D.* 2008. AJ. 415, obs. P. Guiomard, *RTD civ.* 2008. 285, obs. J. Hauser).

Le Conseil constitutionnel a également considéré l'accouchement sous X comme conforme à la Constitution (Cons. const. Déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 ; *AJDA* 2012, p. 1036 ; *AJ fam.* 2012, p. 406, obs. F. Chénéde ; *RDSS* 2012, p. 750, note D. Roman ; *RTD civ.* 2012, p. 520, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 120, note C. Neirinck ; *JCP* 2012, 878, obs. Y. Favier ; *RJPF* 2012-6/17, obs. M.-C. le Boursicot ; *D.* 2013. Pan. p. 1437, obs. F. Granet-Lambrecht).

²⁵⁸⁷ C. civ., art. 326.

²⁵⁸⁸ C. civ., art. 57, al. 1^{er}.

²⁵⁸⁹ Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation et modifiant ou abrogeant diverses dispositions relatives à la filiation

²⁵⁹⁰ Ainsi, afin de concilier le droit à la vie privée de la mère avec le droit de l'enfant de connaître ses origines, la loi n° 2002-93 du 22 janvier 2002, relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'État (J. Rubellin-Devichi, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. fam.* 2002, chron 11), a organisé une procédure de levée du secret de l'identité de la mère et

649. L'*animus familiae* dans le lien de filiation paternelle. Le consentement matrimonial du père exprimé lors de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil²⁵⁹¹ et l'absence de remise en cause des effets résultant de la présomption de paternité²⁵⁹² peuvent expliquer l'établissement du lien de filiation paternelle par l'effet de la loi. C'est ainsi que se manifeste l'*animus familiae*. En effet, selon l'adage *pater is est quem nuptiaem demonstrant*, le père est celui que les noces désignent. Ainsi, le Code civil consacre la présomption de paternité²⁵⁹³ dans l'article 312 : « L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari ». Cela implique que la mère de l'enfant soit la femme du mari²⁵⁹⁴ et que l'enfant soit conçu²⁵⁹⁵ ou né pendant le mariage²⁵⁹⁶. La présomption de paternité est alors une présomption légale simple, qui dispense l'enfant de démontrer sa filiation paternelle²⁵⁹⁷. Cette présomption est un effet du mariage, dont le fondement²⁵⁹⁸ a pu être rattaché²⁵⁹⁹ aux devoirs de fidélité²⁶⁰⁰ et de communauté de vie²⁶⁰¹, ainsi qu'au mariage en lui-même et à l'acceptation par avance du

créé le Conseil national d'accès aux origines personnelles (CNAOP). Ce dernier est chargé de connaître des demandes d'accès à la connaissance de l'origine de l'enfant et des déclarations de levée de secret. Pour ce faire, la femme qui accouche sous X est invitée à laisser des renseignements dits non identifiants, relatifs à sa santé, celle du père, les origines de l'enfant et les circonstances de sa naissance, ainsi que son identité, sous pli fermé. Dès lors, l'enfant majeur ou les représentants de l'enfant mineur peuvent adresser une demande de levée du secret. De leur côté, le parent de naissance de l'enfant adressent la déclaration d'autorisation de levée du secret de leur identité (CASF, art. L. 147-1 et s.)

²⁵⁹¹ V. *supra*, n° 639.

²⁵⁹² C. civ., art. 313.

²⁵⁹³ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « La présomption de paternité », *Dr. fam.* 2006, étude 3.

²⁵⁹⁴ L'enfant est couvert par la présomption de paternité dès lors que son acte de naissance désigne le mari en qualité de père (C. civ., art. 313).

²⁵⁹⁵ C. civ., art. 311 : « La loi présume que l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance. »

« La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cette période, suivant ce qui est demandé dans l'intérêt de l'enfant. »

« La preuve contraire est recevable pour combattre ces présomptions. »

²⁵⁹⁶ La présomption de paternité peut être écartée lorsque l'acte de naissance ne désigne pas le mari en qualité de père. De même, elle est écartée si l'enfant a été conçu durant la séparation légale des parents, par demande ou jugement de divorce ou de séparation de corps, ou s'il est né plus de 300 jours après l'ordonnance de non-conciliation et moins de 180 après le rejet de la demande ou depuis la réconciliation (C. civ., art. 313). Cependant, la présomption se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas une filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers (C. civ., art. 314).

²⁵⁹⁷ C. civ., art. 1354.

²⁵⁹⁸ V. pour une analyse historique des justifications de la présomption de paternité, TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 426, n° 458.

²⁵⁹⁹ GUIDEC (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2^o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 45 et s. ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Présomption de paternité », *J. Cl. Civil Code*, Art. 312 à 315, LexisNexis, n° 1 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil », *op. cit.*, p. 712, n° 1597 ; *ibid.*, p. 952, n° 2068 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 463, n° 571 ;

²⁶⁰⁰ C. civ., art. 212 ; Cependant, le rattachement au devoir de fidélité a été constaté car l'adultère de la mère ne constitue pas une exclusion de la présomption de paternité, qui peut être d'ailleurs écartée malgré le devoir de fidélité, notamment en cas de séparation légale des époux (F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 426, n° 458).

²⁶⁰¹ C. civ., art. 215 ; Cependant, le fondement de la présomption de paternité sur la communauté de vie peut être contesté, car la présomption de paternité peut jouer même lorsque l'enfant a été conçu avant le mariage (P.

mari d'être le père des enfants dont sa femme accouche²⁶⁰² et à la volonté de protéger la famille légitime²⁶⁰³. Aujourd'hui, la présomption de paternité ne semble justifiée que par une question de probabilité de ce que l'enfant né de la femme mariée soit l'enfant de son mari ou *plerumque fit*²⁶⁰⁴, ainsi que par une certaine facilité de preuve²⁶⁰⁵. Elle révèle la dimension filiale du mariage et constitue l'une des différences entre le mariage et le Pacs ou le concubinage²⁶⁰⁶.

Cependant, la présomption de paternité peut être écartée lorsque l'acte de naissance ne désigne pas le mari en qualité de père. De même, elle est écartée si l'enfant a été conçu durant la séparation légale des parents, par demande ou jugement de divorce ou de séparation de corps, ou s'il est né plus de 300 jours après l'ordonnance de non-conciliation et moins de 180 après le rejet de la demande ou depuis la réconciliation²⁶⁰⁷. Toutefois, la présomption se trouve rétablie de plein droit si l'enfant a la possession d'état à l'égard du mari et s'il n'a pas de filiation paternelle déjà établie à l'égard d'un tiers²⁶⁰⁸.

2. L'animus familiae dans l'établissement du lien de filiation par reconnaissance volontaire

650. La reconnaissance volontaire de l'enfant implique que le consentement²⁶⁰⁹ de l'auteur soit existant et intègre. Concernant l'existence du consentement, si la capacité de l'auteur de la reconnaissance n'est pas requise, son consentement doit être exprimé par une personne saine d'esprit, la nullité du consentement pouvant être prononcée en cas de trouble mental ou

Courbe, A. Gouttenoire, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 370, n° 1080). De même, la suspension de la communauté de vie n'entraîne pas la mise à l'écart de cette présomption (F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 426, n° 458).

²⁶⁰² COLIN (A.), « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 282.

²⁶⁰³ RAYNAUD (P.), « Le présomption de paternité légitime dans la jurisprudence récente », *in Mél. P. Roubier*, Dalloz, 1961, t. 2, p. 217.

²⁶⁰⁴ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », p. 295, n° 578 ; *ibid.*, n° 580 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 427, n° 458.

²⁶⁰⁵ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 360, n° 878 ; CHAMPENOIS (G.), « La paternité », *in Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, 1804-2004*, Dalloz, 2004, p. 359 ; LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 463, n° 571.

²⁶⁰⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », p. 295, n° 578.

²⁶⁰⁷ C. civ., art. 313.

²⁶⁰⁸ C. civ., art. 314.

²⁶⁰⁹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 381, n° 1127 ; GUIDEC (R.), CHABOT (G.), « Filiation (20 modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 103 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), *J. Cl. Civil Code*, Art. 316, fasc. 470, Établissement de la filiation par la reconnaissance, n° 27 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 457, n° 488 et s.

d'affaiblissement des facultés mentales²⁶¹⁰. Ainsi, l'article 459, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que le majeur protégé peut reconnaître l'enfant « dans la mesure où son état le permet ». Par ailleurs, s'agissant de l'intégrité du consentement de l'auteur de la reconnaissance, elle renvoie aux exigences du consentement de l'article 1130 du Code civil et implique l'absence de vices du consentement, dont l'erreur, la violence ou le dol²⁶¹¹.

651. L'*animus familiae* dans la reconnaissance volontaire de l'enfant. Lorsque le lien de filiation est établi par reconnaissance volontaire, l'*animus familiae* se manifeste par la volonté du parent de reconnaître l'enfant avant ou après la naissance, y compris lorsqu'il est issu d'une procréation médicalement assistée, afin qu'il lui soit juridiquement rattaché²⁶¹². Ainsi, la reconnaissance de l'enfant²⁶¹³ suppose un acte juridique²⁶¹⁴ solennel²⁶¹⁵, volontaire²⁶¹⁶, irrévocable²⁶¹⁷, unilatéral²⁶¹⁸ et personnel²⁶¹⁹, par lequel l'auteur accepte²⁶²⁰ ou

²⁶¹⁰ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », p. 381, n° 1127 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 458, n° 489.

²⁶¹¹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », p. 381, n° 1127 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 458, n° 489.

²⁶¹² *Ibid.*, p. 306, n° 605.

²⁶¹³ C. civ., art. 316.

²⁶¹⁴ GUIDEC (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2^o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 94 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), *J. Cl. Civil Code*, Art. 316, fasc. 470, Établissement de la filiation par la reconnaissance, n° 9 à 23.

²⁶¹⁵ L'acte de reconnaissance est réalisé par acte authentique. Elle peut être faite devant l'officier de l'état civil dans l'acte de naissance, ou par tout acte authentique, tel un contrat de mariage, un testament authentique ou un jugement (C. civ., art. 316, al. 3). Conformément à l'article 60 du Code civil, l'acte de reconnaissance comporte les données identifiants de l'auteur de la reconnaissance, dont le prénom, le nom, le domicile, le lieu et la date de naissance ou l'âge, ainsi que la date et le lieu de naissance, le sexe et les prénoms de l'enfant, ou tous les renseignements utiles sur sa naissance. Cet acte est inscrit à sa date sur les registres de l'état civil. Seules les mentions relatives à l'auteur de la reconnaissance sont portées, le cas échéant, en marge de l'acte de naissance de l'enfant. Enfin, lors de l'établissement de l'acte de reconnaissance, il est fait lecture à l'auteur de la reconnaissance des articles relatifs aux droits et aux obligations qui résultent de l'autorité parentale (C. civ., art. 371-1 et 371-2).

²⁶¹⁶ La reconnaissance de l'enfant ne dépend que de la volonté de l'auteur et n'est pas obligatoire (P. Courbe, A. Gouttenoire, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 378, n° 1116). De ce fait, le refus de reconnaissance d'un enfant ne peut pas donner lieu à des dommages et intérêts (CA Caen, 29 mars 2012 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 168, note C. Neirinck). Ainsi, la capacité de l'auteur de la reconnaissance n'est pas requise. Dès lors, un parent mineur peut effectuer la reconnaissance de l'enfant, sans qu'il ait besoin de l'autorisation des parents ou de l'intervention des représentants légaux (Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 968, n° 2101).

²⁶¹⁷ Une fois la reconnaissance de l'enfant faite, l'auteur ne peut pas se rétracter. La finalité de ce caractère est de garantir la stabilité juridique du lien de filiation de l'enfant. Cependant, elle peut être attaquée par une action en contestation de la filiation si le lien n'est pas conforme à la réalité et elle peut faire l'objet d'une nullité si les conditions de validité n'ont pas été remplies (GUIDEC (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2^o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 99).

²⁶¹⁸ La reconnaissance établit une filiation divisible, car elle ne concerne que le parent qui la réalise (C. civ., art. 316, al. 2). Ainsi, elle n'est pas subordonnée à l'autorisation de la mère (P. Courbe, A. Gouttenoire, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 378, n° 1117). La reconnaissance de l'enfant par la mère est relativement rare, la mère ayant cette qualité lorsqu'elle est désignée comme la mère de l'enfant dans l'acte de naissance de l'enfant (V. *supra.* 648) Il est toutefois possible de songer à la possibilité de l'omission de la désignation de la mère dans l'acte de naissance par la personne qui a déclaré l'enfant, ainsi qu'en cas de rétractation d'accouchement sous X, si l'enfant n'a pas fait l'objet d'un placement en vue d'adoption (Civ. 1^{re}, 6 avr. 2004, n° 03-19.026 ; *AJ fam.* 2004,

confesse²⁶²¹ être le père ou la mère de l'enfant²⁶²² et manifeste sa volonté d'établir un lien de filiation à son égard²⁶²³, s'engageant ainsi à accomplir ses devoirs parentaux²⁶²⁴.

Une situation particulière est constituée par la procréation médicalement assistée avec tiers donneur²⁶²⁵, dans laquelle les époux ou les concubins doivent donner leur consentement au juge ou au notaire, qui les informe des conséquences de leur acte au regard de la filiation. En effet, ce consentement entraîne une interdiction de toute action d'établissement ou de contestation de la filiation, sauf s'il est prouvé que l'enfant n'est pas issu de la PMA ou que le consentement a été privé d'effet. Si la présomption de paternité couvre l'enfant issu de la PMA dont les parents sont mariés, le consentement du partenaire pacsé ou du concubin l'oblige à reconnaître l'enfant issu de la PMA. S'il refuse, il est possible d'engager sa responsabilité et d'établir le lien de filiation paternelle à travers une action en recherche de paternité, dont le fondement sera le consentement à la PMA et non pas la preuve biologique de sa paternité²⁶²⁶. De ce fait, il est possible de parler de paternité forcée ou obligatoire²⁶²⁷.

p. 241, obs. F. Bicheron ; *RDSS* 2004, p. 691, obs. F. Monéger ; *Dr. fam.* 2004, comm. 120, obs. P. Murat). De même, il est possible pour la mère de réaliser la reconnaissance avant la naissance de l'enfant afin de déterminer son nom de famille de l'enfant (C. civ., art. 311-21, al. 1^{er}). Ainsi, la reconnaissance intéresse notamment les enfants dont les parents ne sont pas mariés et pour qui la présomption de paternité ne joue pas, ainsi que ceux pour lesquels la présomption de paternité a été écartée (C. civ., art. 315).

²⁶¹⁹ La reconnaissance ne peut être faite que par l'auteur lui-même. Si la représentation légale est écartée (C. civ., art. 458), la représentation conventionnelle est acceptée, à condition que le mandataire soit muni d'une procuration authentique et spéciale (TGI Paris, 12 déc. 1995 ; *D.* 1996. Somm. p. 382, obs. F. Granet ; *Dr. fam.* 1997, comm. 3, note P. Murat). Cela exclut la possibilité pour les héritiers et pour les créanciers de la réaliser. Ainsi, la Cour de cassation a censuré la reconnaissance d'un enfant réalisé dans un acte de décès dressé sur la déclaration d'un tiers, en considérant que « la simple indication de la filiation du défunt dans un acte de décès sur les déclarations d'un tiers ne peut valoir reconnaissance » (Civ. 1^{re}, 14 janv. 2009, *Bull. civ.* n° 5 ; *RTD civ.* 2009, p. 304 ; *Dr. fam.* 2009, comm. 26, C. Neirinck ; *RJPF* 4/35, obs. T. Garé.)

²⁶²⁰ V. pour la double nature de la reconnaissance, d'une part aveu du parent prétendu, d'autre part, engagement de prise en charge de l'enfant, COLIN (A.), « La protection illégitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 257.

²⁶²¹ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 469, n° 582.

²⁶²² COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 378, n° 1115 ;

²⁶²³ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 855, n° 855.

²⁶²⁴ GUIDEC (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2^o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 92 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Établissement de la filiation par la reconnaissance », *J. Cl. Civil Code*, Art. 316, fasc. 470, LexisNexis, n° 9.

²⁶²⁵ C. civ., art. 311-19.

²⁶²⁶ C. civ., art. 311-20.

²⁶²⁷ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 385 ; n° 812 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 917, n° 2016 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 903, n° 886 et s.

3. *L'animus familiae dans l'établissement du lien de filiation par la possession d'état*

652. L'établissement du lien de filiation par la possession d'état nécessite d'une constatation judiciaire. En effet, selon l'article 317 du Code civil, elle doit être constatée par le juge d'instance, qui peut être saisi afin qu'il délivre un acte de notoriété. La saisine du juge peut être réalisée par l'enfant ou par ses parents dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu. L'acte de notoriété est établi à partir des déclarations de trois témoins, mais le juge peut demander aux parties de produire tout autre document qui atteste de la réunion suffisante des faits.

Lorsque le lien de filiation est établi par la possession d'état²⁶²⁸, l'*animus familiae* se concrétise par le comportement d'une personne qui agit comme s'il était le parent de l'enfant, en contribuant à son éducation et à son entretien, ainsi que par le comportement de ce dernier qui agit comme s'il était l'enfant du parent prétendu²⁶²⁹. Autrement dit l'*animus familiae* se caractérise par le *tractatus* qui constitue la possession d'état.

653. La possession d'état²⁶³⁰ implique une présomption légale qui permet de déduire un fait inconnu, la filiation de l'enfant, à partir d'un fait connu, le comportement d'une personne à l'égard d'une autre en le traitant comme un enfant²⁶³¹. Ainsi la possession d'état est un moyen d'établissement de la filiation subsidiaire²⁶³². De même, la possession d'état tient à renforcer un lien de filiation déjà existant, en confortant la force probante d'un titre²⁶³³ et peut permettre le rétablissement de la présomption de paternité²⁶³⁴. Dès lors, elle constitue une situation de fait²⁶³⁵ qui révèle une réalité sociologique²⁶³⁶ et affective²⁶³⁷ entre deux personnes qui

²⁶²⁸ V. « Possession d'état », in *Vocabulaire juridique* : « le fait, pour un individu, de se comporter comme ayant un état d'être considéré comme l'ayant, même si en droit il ne l'a pas, auquel la loi attache des effets variables ».

²⁶²⁹ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 319, n° 633.

²⁶³⁰ V. pour une analyse comparative entre la possession en droit des biens et le droit de la famille, SAULIER (M.), « Possession et possession d'état », *RTD civ.* 2016, p. 555.

²⁶³¹ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 354, n° 865 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 320, n° 635.

²⁶³² GUIDEC (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 129.

²⁶³³ MIRABAIL (S.), « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* 2014, étude 2 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 490, n° 535.

²⁶³⁴ C. civ., art. 314.

²⁶³⁵ La possession d'état serait alors « l'expression juridique de la vie de l'enfant avec ses parents » (R. Guidec, G. Chabot, « Filiation (2o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 139). Si la possession d'état correspond souvent à la vérité biologique du lien de filiation, elle peut aussi être présente dans un lien qui unit un enfant à une personne qui lui est étrangère par le sang (F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 482, n° 523.). La paix sociale et la paix des familles justifient la consécration de l'apparence du lien de filiation (F. Granet-Lambrechts, « Possession d'état », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 3).

entretiennent des relations familiales, et plus précisément des relations filiales, vécues au quotidien²⁶³⁸.

654. Les éléments de la possession d'état. L'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 a consacré sein de l'article 311-1 du Code civil les trois éléments qui constituent la possession d'état : le *nomen*, la *fama* et le *tractatus*²⁶³⁹. La jurisprudence rappelle que ces éléments ne sont ni limitatifs²⁶⁴⁰ ni cumulatifs²⁶⁴¹. Si traditionnellement le *nomen* était l'élément essentiel de la possession d'état, sa conception contemporaine est notamment fondée sur le *tractatus* et la *fama*, tel que le montre l'ordre des éléments de la liste de l'article 311-11 du Code civil.

Ainsi, cette liste met en exergue le *tractatus* à travers le traitement de l'enfant par ses parents prétendus et réciproquement²⁶⁴² la manière dont l'enfant traite ces derniers comme ses parents. Le comportement des parents prétendus à l'égard de l'enfant implique qu'ils doivent pourvoir à l'éducation, à l'entretien et à l'installation de l'enfant. Le *tractatus* permet ainsi de constater la réalité sociologie du lien de filiation entre le parent prétendu et l'enfant²⁶⁴³. Il devient alors l'élément le plus important et le plus probant de la possession d'état²⁶⁴⁴, car il permet de constater que la conception de la possession d'état dans le système de la filiation renvoie à une filiation vécue²⁶⁴⁵.

Ensuite, la *fama*, qui désigne la renommée ou la réputation²⁶⁴⁶, est prise en compte à travers la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et le père prétendu dans la société et

²⁶³⁶ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 482, n° 523.

²⁶³⁷ MILLET (F.), « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G* 2006, 2006, doct. 112.

²⁶³⁸ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 319, n° 633.

²⁶³⁹ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 354, n° 866 ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 319, n° 634 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », p. 970, n° 2105 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Possession d'état », *op. cit.*, n° 15.

TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 454, n° 508.

²⁶⁴⁰ Civ. 1^{re}, 5 juill. 1988, n° 86-14.489 ; *D.* 1989, p. 398, concl. M. Charbonnier ; Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-11.717, n° 97-11.717 ; *D.* 1999, p. 195, obs. F. Granet ; *Dr. fam.* 1999, comm. 122, note P. Murat.

²⁶⁴¹ Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, *Bull. civ.* I, n° 120 ; *D.* 1997, p. 48, note J. Massip ; Civ. 1^{re} 16 mars 1999, *Bull. civ.* I, n° 98 (préc.).

²⁶⁴² La circulaire de présentation de l'ordonnance n° 759-2005 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation du 30 juin 2006 (BO n° 102) établit que le *tractatus* « entraîne toujours une réciprocité, qui implique que l'enfant en âge de le faire se comporte comme tel à l'égard du parent prétendu ».

²⁶⁴³ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, . 484, n° 528.

²⁶⁴⁴ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Possession d'état », *op. cit.*, n° 19.

²⁶⁴⁵ GUIDEC (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2o modes extrajudiciaires d'établissement) », *op. cit.*, n° 142.

²⁶⁴⁶ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 320, n° 634.

par la famille, ainsi que par les autorités publiques²⁶⁴⁷. La *fama* est ainsi « l'image extérieure de la possession d'état »²⁶⁴⁸.

Enfin, le *nomen* est le fait que l'enfant porte le nom de famille du parent prétendu. Alors que cet élément était le plus important de la possession d'état sous l'empire de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972, l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 l'a rétrogradé en dernier lieu au regard du *tractatus* et même de la *fama*²⁶⁴⁹. Si traditionnellement et symboliquement le nom de famille est le signe d'appartenance de l'enfant à la famille du parent prétendu²⁶⁵⁰, il ne constitue pas par lui-même un lien de filiation. En effet, le nom de famille ne fait que révéler l'existence du lien de filiation²⁶⁵¹.

655. La qualité des éléments de la possession d'état. Pour que la possession d'état puisse être effective, elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque²⁶⁵². La continuité suppose que les éléments qui constituent la possession d'état aient un caractère habituel²⁶⁵³. Cependant, elle peut être intermittente²⁶⁵⁴, à condition qu'elle soit habituelle²⁶⁵⁵ et s'inscrive dans la durée²⁶⁵⁶, afin de pouvoir apprécier la possession d'état comme une situation normale²⁶⁵⁷. De même, la possession d'état peut être prénatale²⁶⁵⁸ ou se constituer après la naissance²⁶⁵⁹. Enfin, si la loi ne détermine pas clairement si la possession d'état doit perdurer

²⁶⁴⁷ Pour la circulaire du 30 juin 2006 (préc.), la reconnaissance de la qualité de l'enfant par l'autorité publique « joue un rôle déterminant en cas de décès et notamment pour constater une possession d'état prénatale, pour laquelle l'élément sociologique de la filiation n'a pu se constituer. »

²⁶⁴⁸ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Possession d'état », *op. cit.*, n° 22.

²⁶⁴⁹ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 486, n° 528.

²⁶⁵⁰ GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Possession d'état », *op. cit.*, n° 24.

²⁶⁵¹ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 320, n° 634.

²⁶⁵² C. civ., art. 311-2.

²⁶⁵³ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 320, n° 636.

²⁶⁵⁴ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 355, n° 868 ; GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Possession d'état », *op. cit.*, n° 20.

²⁶⁵⁵ Civ. 1^{re}, 3 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 69 ; *D.* 1993, p. 133, note J. Massip ; *RTD civ.* 1993, p. 109, obs. J. Hauser : « la continuité que doit présenter la possession d'état n'implique pas nécessairement une communauté de vie ou des relations constantes ; qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier, compte tenu des circonstances de la cause, si les faits qui, réunis, indiquent le rapport de filiation, peuvent être relevés habituellement »

²⁶⁵⁶ Civ. 1^{re}, 24 mars 1993 ; *D.* 1994, p. 346, note J. Massip, les éléments de la possession d'état ne sont pas suffisamment caractérisés, les relations entre le parent prétendu et l'enfant n'étant qu'épisodiques ; V. aussi Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 03-19.274 F-D : *Juris-data* n° 2005-030465 ; *RTD civ.* p. 100, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2006, comm. 2, note P. Murat, considération du très bref temps écoulé entre la naissance de l'enfant et la condamnation à mort du père prétendu.

²⁶⁵⁷ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 486, n° 427.

²⁶⁵⁸ C. civ., art. 317, al. 3 : « La délivrance de l'acte de notoriété ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans à compter de la cessation de la possession d'état alléguée ou à compter du décès du parent prétendu, y compris lorsque celui-ci est décédé avant la déclaration de naissance. »

²⁶⁵⁹ TGI Paris, 7 mars 2000 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 66, pour l'admission de la possession d'état dont les relations entre le parent prétendu et l'enfant ont été constituées 64 ans après la naissance de l'enfant.

au jour où elle est constatée, il est possible de considérer que le *tractatus* peut être retenu même s'il est antérieur²⁶⁶⁰, alors que la *fama* et le *nomen* doivent être appréciés dans le présent²⁶⁶¹.

656. Quant aux caractères paisible et non équivoque, ils impliquent que la possession d'état doit être exempte de vices. Ainsi, elle ne peut pas être constituée par la violence²⁶⁶² ou par une fraude à la loi²⁶⁶³. De même, la possession d'état ne doit pas être équivoque²⁶⁶⁴. Dès lors, elle ne doit pas être concurrente²⁶⁶⁵. En cas de possessions d'état successives, certaines juridictions ont retenu la possession d'état la plus récente²⁶⁶⁶, mais d'autres ont appliqué le principe chronologique²⁶⁶⁷ et admis la plus ancienne²⁶⁶⁸. Enfin, le *tractatus* ne doit être motivé que par l'intention d'établir un lien de filiation²⁶⁶⁹.

²⁶⁶⁰ L'acte de notoriété peut être délivré dans les cinq ans de la cessation de la possession d'état (C. civ., art. 317). Cependant, la Cour de cassation a considéré que la possession d'état peut devenir équivoque durant son existence (Civ. 1^{re}, 31 mars 2010, n° 08-70171).

²⁶⁶¹ La reconnaissance du lien de filiation dans la société, par la famille et par l'autorité publique est exigée au présent (C. civ., art. 311-1).

²⁶⁶² La possession d'état n'est pas valable si l'enfant a fait l'objet d'un enlèvement ou si l'enfant retient contre sa volonté le parent prétendu (F. Terré, C. Goldie-Genicon, D. Fenouillet, « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 488, n° 531).

²⁶⁶³ L'acte de notoriété constatant la possession d'état à l'égard d'un enfant issu d'une gestation pour autrui ne permet par l'établissement du lien de filiation, car la GPA constitue une convention contraire à l'ordre public (TGI Lille, 22 mars 2007 ; *D.* 2007, p. 1251, note X. Labbé ; *RTD civ.* 2007, p. 556, obs. J. Hauser.)

²⁶⁶⁴ La circulaire du 30 juin 2006 (préc.) affirme que « le caractère équivoque peut notamment résulter d'une fraude ou d'une violation de la loi. Il peut en être ainsi lorsque la possession d'état est invoquée pour contourner les règles régissant l'adoption, l'interdiction d'établir la filiation incestueuse ou la gestation pour le compte d'autrui. Le caractère équivoque peut également résulter du conflit de possessions d'état successives ou concurrentes. » ; V. sur l'incidence de l'équivoque en droit, NICOLAU (G.), « L'équivoque entre vice et vertu », *RTD civ.* 1996, p. 57.

²⁶⁶⁵ CA Lyon, 29 oct. 1992, 6 janv. 1994 (« la possession d'état d'enfant légitime est équivoque car concurrente à une possession d'état d'enfant naturel établie par ailleurs par l'acte de notoriété délivré par le juge des tutelles ») ; TGI Paris, 20 oct. 1993 (concurrency entre la possession d'état du père biologique prédécédé de l'enfant et de sa famille et celle du mari de la mère qui a reconnu l'enfant après le mariage légitime) ; *RTD civ.* 1994 p. 337, obs. J. Hauser.

²⁶⁶⁶ Civ. 1^{re}, 25 nov. 1980, *D.* 1981. IR 296, obs. D. Huet-Weiller ; Civ. 1^{re}, 23 juin 1987 ; *D.* 1987, p. 613, note J. Massip ; Civ. 1^{re}, 5 nov. 1991 ; *Defrénois* 1992, p. 304, obs. J. Massip ; Civ. 1^{re}, 18 févr. 1992, no 90-16.697 ; *Bull. civ.* I, n° 50 ; *D.* 1992. Somm. 317, obs. F. Granet-Lambrechts.

²⁶⁶⁷ C. civ., art. 320.

²⁶⁶⁸ TGI Paris, 2 déc. 1975 ; *RDSS* 1976, p. 563, obs. P. Raynaud ; 13 mai 1975, *JCP* 1975. II. 18112, note J. Vidal.

²⁶⁶⁹ V. pour les manœuvres frauduleuses d'un parent pour créer l'apparence d'une possession d'état afin d'écarter une possession d'état antérieure Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, no 90-20.252 ; *Bull. civ.* I, no 207 ; *Defrénois* 1993, p. 300, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1993, p. 108, obs. J. Hauser ; *D.* 1993. Somm. 161, obs. F. Granet-Lambrechts ; Civ. 1^{re}, 15 juill. 1993, no 91-21.693 ; *D.* 1994. Somm. 115, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Defrénois* 1994, p. 328, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1993, p. 806, obs. J. Hauser ; Civ. 1^{re}, 14 juin 2000, no 98-16.122 ; *D.* 2001. 969).

B. L'*animus familiae* dans l'établissement judiciaire de la filiation

657. Le lien de filiation peut aussi être établi par un jugement. Ce dernier peut être rendu à la suite de l'exercice d'une action aux fins de l'établissement de la filiation (1), ainsi que d'une demande d'adoption (2). Dans les deux cas, l'*animus familiae* se concrétise par la volonté des plaideurs d'établir un lien de filiation.

1. L'*animus familiae* dans l'établissement du lien de filiation par une action aux fins d'établissement de la filiation

658. Lorsque le lien de filiation est établi par une action aux fins d'établissement de la filiation, l'*animus familiae* se manifeste par l'intention de faire déclarer l'existence du lien de filiation entre l'enfant et le parent prétendu par le juge. L'*animus familiae* du demandeur constitue alors l'objet de sa prétention, laquelle est véhiculée par sa demande²⁶⁷⁰.

L'exercice d'une action en établissement de la filiation suppose d'une part l'absence de lien de filiation maternelle ou paternelle de l'enfant²⁶⁷¹, qui constitue la cause de la prétention²⁶⁷² et, d'autre part, l'intention de ce dernier, manifestée par lui-même ou par ses parents ou représentants légaux²⁶⁷³, et par exception pour toute personne qui y a intérêt²⁶⁷⁴, d'établir un lien de filiation à l'égard du parent prétendu²⁶⁷⁵, qui constitue l'objet de la prétention et donc l'objet du litige²⁶⁷⁶. Le Code civil consacre quatre types d'actions en établissement de la filiation, dont l'action en recherche de maternité²⁶⁷⁷ et de paternité²⁶⁷⁸,

²⁶⁷⁰ V. *supra*. n° 88.

²⁶⁷¹ Selon le principe chronologique qui régit l'ensemble d'actions relatives à la filiation, « tant qu'elle n'a pas été contestée en justice, la filiation légalement établie fait obstacle à l'établissement d'une autre filiation qui le contredirait » (C. civ., art. 320) ; V. *supra*. n° 160.

²⁶⁷² V. *supra*. n°s 91 et s.

²⁶⁷³ Pendant la minorité de l'enfant, seul le parent à l'égard de qui la filiation est établie peut exercer l'action en recherche de paternité ou de maternité. À défaut du parent, l'action peut être intentée par le tuteur (C. civ., art. 328, al. 1 et 2). De même, l'action en rétablissement de la présomption de paternité peut être exercée durant la minorité de l'enfant par chacun des époux (C. civ., art. 329).

²⁶⁷⁴ L'action en constatation de la possession d'état peut être exercée par toute personne qui y a intérêt (C. civ., art. 330).

²⁶⁷⁵ L'action en recherche de paternité ou de maternité est exercée contre le parent prétendu ou ses héritiers. À défaut d'héritiers ou si ceux-ci ont renoncé à la succession, elle est dirigée contre l'État. (C. civ., art. 328, al. 3).

²⁶⁷⁶ V. *supra*. n°s 93 et s.

²⁶⁷⁷ C. civ., art. 325.

²⁶⁷⁸ C. civ., art. 327.

l'action en rétablissement de la présomption de paternité²⁶⁷⁹ et l'action en constatation de la possession d'état, qui permettront au demandeur d'attendre son objectif²⁶⁸⁰.

659. La double manifestation de l'*animus familiae* dans l'action en constatation de la possession d'état. L'*animus familiae* se manifeste doublement dans l'action en contestation de la possession d'état, d'une part par l'intention de l'enfant ou de ses représentants d'établir le lien de filiation et, d'autre part, par le *tractatus*, la *fama* et le *nomen* qui constituent la possession d'état²⁶⁸¹. En effet, la preuve implique la réunion des éléments suffisants prévus dans les articles 311-1 et 311-2 du Code civil, l'expertise biologique étant écartée. La preuve porte donc sur la réalité de ce que le parent prétendu s'est conduit comme le parent de l'enfant et réciproquement du comportement de ce dernier en tant qu'enfant du parent prétendu.

2. L'*animus familiae* dans l'établissement d'un lien de filiation par l'adoption

660. Lorsque le lien de filiation est établi par l'adoption, l'*animus familiae* se manifeste par la prétention de l'adoptant ou des adoptants d'adopter un enfant afin d'établir à son égard un lien de filiation, par le consentement de l'enfant âgé de plus de treize ans d'être adopté, ainsi que par le consentement du parent de l'enfant à l'adoption par son conjoint.

L'adoption²⁶⁸² est conçue comme un acte juridique²⁶⁸³, comme une procédure²⁶⁸⁴ et comme une institution²⁶⁸⁵, dont la finalité est la création d'un lien de filiation entre deux personnes étrangères par le sang. De ce fait, qu'elle soit plénière ou simple, l'adoption implique la volonté des adoptants de se lier avec un enfant²⁶⁸⁶ avec lequel ils n'ont aucun lien par le sang²⁶⁸⁷. Si la filiation adoptive est souvent qualifiée de filiation fictive²⁶⁸⁸, elle peut aussi être considérée comme une filiation élective²⁶⁸⁹.

²⁶⁷⁹ C. civ., art. 329.

²⁶⁸⁰ C. civ., art. 330.

²⁶⁸¹ V. *supra*. n° 654.

²⁶⁸² Du latin *adoptio* (*ad optio*), qui signifie « par le choix », « par l'option » (*cf.* V. Égéa, « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 403, note 1.

²⁶⁸³ TERRÉ (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 725, n° 753.

²⁶⁸⁴ LARRIBAU-TERNEYRE (V.), AZAVANT (M.), « Adoption », *op. cit.*, n° 1.

²⁶⁸⁵ *Ibid.* ; ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », p. 401, n° 842.

²⁶⁸⁶ TERRÉ (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 767, n° 788.

²⁶⁸⁷ LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 539, n° 675.

²⁶⁸⁸ BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 1039, n° 2243 ; COURBÉ (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 449, n°.

²⁶⁸⁹ BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », p. 393, n° 1000 ; EUDIER (F.), « Adoption », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 1.

La volonté caractérisée des adoptants d'établir un lien de filiation adoptive se manifeste déjà par la réalisation de la procédure administrative en vue de l'obtention de l'agrément²⁶⁹⁰, lequel implique une vérification préalable du projet d'adoption et ne vise pas un projet d'adoption particulier. L'agrément est nécessaire pour l'adoption d'un pupille de l'État, d'un enfant remis à un organisme autorisé pour l'adoption ou d'un enfant étranger si n'est pas l'enfant du conjoint de l'adoptant²⁶⁹¹.

661. La concrétisation de l'*animus familiae* des adoptants. L'*animus familiae* ne se concrétise que par la demande d'adoption présentée devant le tribunal de grande instance²⁶⁹², qui véhicule la prétention des adoptants de vouloir adopter afin d'établir un lien de filiation avec l'enfant²⁶⁹³. À ce stade, l'enfant à adopter a déjà fait l'objet d'un placement chez les futurs adoptants²⁶⁹⁴ durant un délai de six mois²⁶⁹⁵. Dès lors, le projet d'adoption d'un enfant en particulier est alors concrétisé. Le dépôt de la requête en adoption montre bien que l'adoption est fondée sur la volonté des futurs adoptants²⁶⁹⁶.

Le consentement doit alors être manifesté par une personne saine d'esprit²⁶⁹⁷ et perdurer jusqu'au jugement d'adoption. La requête en adoption est un acte strictement personnel qui ne permet pas l'assistance ou à la représentation²⁶⁹⁸. Cependant, si l'adoptant décède après avoir été régulièrement recueilli en vue de son adoption, la requête peut être présentée en son nom par le conjoint survivant ou l'un de ses héritiers²⁶⁹⁹.

662. La concrétisation de l'*animus familiae* du parent de l'enfant et de l'adopté. L'*animus familiae* se manifeste aussi par le consentement du parent de l'enfant à l'adoption par son conjoint, sauf s'il est dans l'impossibilité d'exprimer sa volonté²⁷⁰⁰, ainsi que par le consentement de l'enfant âgé de plus de treize ans à son adoption, qui peut être rétracté à tout

NEIRINCK (C.), « Les filiations électives », *JCP* 1997. I. 4067.

²⁶⁹⁰ CASF, art. L. 225-2 et s.

²⁶⁹¹ C. civ., art. 353-1.

²⁶⁹² C. civ., art. 353.

²⁶⁹³ TERRÉ (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 768, n° 790.

²⁶⁹⁴ C. civ., art. 351

²⁶⁹⁵ C. civ., art. 353.

²⁶⁹⁶ TERRÉ (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, 767, n° 789.

²⁶⁹⁷ Civ. 1^{re}, 10 juin 1981, *Bull. civ.*, I, n° 20 ; en cas d'un consentement vicié, il est possible de contester l'adoption par voie de recours contre le jugement et non pas par voie de nullité (Civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, *Bull. civ.* I, n° 292) ; Cependant, « le juge des tutelles, sur l'avis du médecin traitant, peut autoriser le majeur protégé à présenter, seul ou avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu, une requête en adoption » (Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 05-20.243, *Bull. civ.* I, n° 218 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 153, note T. Fossier ; *ibid.*, comm. 193, note P. Murat).

²⁶⁹⁸ C. civ., art. 458.

²⁶⁹⁹ C. civ., art. 353, al. 4.

²⁷⁰⁰ C. civ., art. 343-1, al. 2.

moment jusqu'au prononcé de l'adoption²⁷⁰¹. Ce dernier peut demander à être entendu même s'il est âgé de moins de treize ans, car l'adoption est une procédure qui le concerne²⁷⁰². La forme dont ces consentements²⁷⁰³ doivent être donnés est régie par l'article 348-3 du Code civil. Ainsi, les consentements requis démontrent la volonté tantôt du parent de l'enfant tantôt de l'adoptant de vouloir établir un lien de filiation avec une personne qui lui est biologiquement étrangère.

²⁷⁰¹ C. civ., art. 345, al. 3 ; Ce consentement est un acte strictement personnel (C. civ., art. 458, al. 2) et ne peut pas donner lieu à assistance ou représentation. La Cour de cassation a déterminé que « seul le juge des tutelles, sur avis du médecin traitant, peut autoriser le majeur protégé, seul ou avec l'assistance du tuteur ou de la personne qui en tient lieu, à consentir à sa propre adoption » (Civ. 1^{re} 8 oct. 2008, *Bull. civ.* 2008, I, n° 233 ; comm. 334 ; *RTD civ.* 2008, p. 655 J. Hauser ; *AJ fam.* 2008, p. 435, obs. L. Pécaut-Rivolier, *D.* 2008, p. 2663, note V. Norguin ; *Défrenois* 2008, 38871, n° 9, note A.-M. Boussard ; *Dr. fam.* 2008, comm. 173, note P. Murat ; *Procédures* 2008, comm. 334, obs. M. Douchy-Oudot).

²⁷⁰² C. civ., art. 353, al. 2.

²⁷⁰³ Pour le consentement de l'adoptant, C. civ., art. 345, al. 3.

Conclusion du chapitre I

663. La réalisation de l'opération de qualification permet au juge d'identifier le second élément constitutif de l'unité conceptuelle de la notion de famille, l'élément subjectif caractérisé par une volonté de *faire famille* ou *animus familiae*. En effet, lorsque le juge est saisi d'une prétention portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial, il doit déterminer si le lien demandé est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Pour ce faire, il doit réaliser une opération de qualification, laquelle implique la détermination de la règle applicable et l'interprétation des faits de l'espèce. Une fois que le juge a déterminé la règle d'ordre public qui régit la formation du lien familial et qui constitue le premier élément constitutif de l'unité conceptuelle, d'ordre objectif, il peut confronter les faits de l'espèce aux présupposés de la règle afin de vérifier si les conditions fixées par la loi sont remplies. C'est à ce stade que le juge constate que l'ensemble des faits sur lequel est fondée la prétention des parties révèle une intention de faire famille ou *animus familiae*. Dès lors, le juge constate que cet *animus familiae* est l'élément qui donne lieu à la création ou à la reconnaissance du lien familial. L'*animus familiae* pourrait donc être considéré comme l'élément fondateur du lien familial.

664. L'*animus familiae* implique l'intention de constituer un lien familial et d'accepter les conséquences juridiques que ce lien entraîne. Ainsi, l'*animus familiae* suppose la volonté d'être uni juridiquement à une autre personne par un lien horizontal – lien de couple – ou par un lien vertical – lien de parenté - de nature familiale. De même, cette volonté suppose l'acceptation des effets, des droits et des obligations qu'entraîne l'établissement du lien familial. Ainsi, cet *animus familiae* se manifeste et se concrétise de différentes manières, selon qu'il s'agit d'un lien de couple ou d'un lien de parenté.

665. Concernant les liens de couple, il a fallu faire la distinction entre le lien matrimonial, le lien entre partenaires pacsés et le lien entre concubins. Pour ce qui est du lien matrimonial, l'*animus familiae* se manifeste lors de la célébration du mariage, à travers l'échange des consentements. Ce consentement doit être exprimé de façon consciente et sérieuse par les époux devant l'officier de l'état civil. Afin que ce consentement soit valable, il doit être exempt d'erreur et de violence et révéler une véritable intention matrimoniale. S'agissant du lien entre partenaires, l'*animus familiae* se manifeste lors de la conclusion du Pacs par la rencontre des consentements des futurs partenaires. Ces consentements impliquent l'intention de vouloir

vivre en couple selon le statut du Pacte civil de solidarité. À l'instar du mariage, ce consentement doit être conscient et sérieux. Le Pacs étant un contrat, le consentement des partenaires doit être libre et éclairé, exempt donc d'erreur, de dol et de violence. Quant au concubinage, l'*animus familiae* se manifeste et se concrétise par la vie commune de fait entre les concubins.

666. S'agissant des liens de parenté, l'*animus familiae* se manifeste par l'intention d'au moins une personne d'établir un lien de filiation à l'égard d'une autre personne et d'accepter les conséquences qui en découlent. Toutefois, l'*animus familiae* se concrétise d'une manière différente selon que le lien de filiation est établi de façon extrajudiciaire ou de façon judiciaire.

Lorsque le lien de filiation est établi de manière extrajudiciaire, l'*animus familiae* se concrétise par la désignation de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant et par la présomption de paternité non renversée, dès lors que le mari est le père de l'enfant. De même, l'*animus familiae* se concrétise par la reconnaissance volontaire de l'enfant, y compris lorsqu'il est issu d'une PMA, le consentement du parent prétendu devant être intègre et exempt de tout vice du consentement. De plus, lorsque le lien de filiation est établi par un acte de notoriété attestant la possession d'état, l'*animus familiae* se concrétise de deux manières. D'abord, par le comportement d'une personne qui agit comme s'il était le parent de l'enfant, en contribuant à son éducation et à son entretien, ainsi que par le comportement de ce dernier, qui agit comme s'il était l'enfant du parent prétendu. Ensuite, par la constatation judiciaire de la possession d'état à travers l'acte de notoriété. Afin que la possession d'état soit valable, elle doit être continue, paisible, publique et non équivoque.

Lorsque le lien de filiation est établi de façon judiciaire, l'*animus familiae* se concrétise par la demande en établissement du lien de filiation. En revanche, l'établissement d'un lien de filiation par l'action en constatation de la possession d'état implique une double concrétisation de l'*animus familiae* : d'abord, par les comportements du parent prétendu et de l'enfant, puis, par l'action elle-même. Enfin, en ce qui concerne l'établissement du lien de filiation adoptive, l'*animus familiae* se concrétise par la demande en adoption de l'enfant, par le consentement du parent qui accepte l'adoption de l'enfant par son époux et par le consentement de l'enfant lui-même dès lors qu'il est âgé de plus de treize ans.

Chapitre II L'appréhension de l'*animus familiae* par le juge judiciaire

667. Lorsque le juge exerce l'opération de qualification qui caractérise la démarche inductive de l'acte juridictionnel, il constate que lien familial est fondé sur une volonté caractérisée de *faire famille* ou *animus familiae*. Nous avons montré que cet élément constitutif est antérieur à la formation du lien familial, car c'est lui qui déclenche sa création. Il convient désormais d'analyser la manière dont le juge, en exerçant la démarche déductive qui suppose le prononcé du jugement, révèle dans les motifs de sa décision la manière dont il appréhende la nature juridique de l'*animus familiae*.

668. On le sait, le législateur ne définit ni la famille ni le lien familial. Si la loi, source principale du lien familial, détermine les conditions de formation des liens familiaux, elle n'explique pas la nature familiale de ces liens. Si elle n'est pas directement distinguée, l'exigence d'une volonté tendant à la création d'un lien familial apparaît à la lecture de ces conditions. Le juge doit, quant à lui, appréhender le sens de la nature familiale du lien dès lors qu'il est confronté à une question portant sur la création ou la reconnaissance d'un lien familial. Il devra vérifier l'existence de la volonté de *faire famille* ou *animus familiae* et sa conformité à la notion de famille retenue par le droit. Pour ce faire, il doit appréhender l'*animus familiae* et interpréter le sens que le législateur donne à la nature familiale du lien. Cette nature implique l'ensemble des qualités et des propriétés toujours présentes qui définissent le lien familial et lui confèrent son identité²⁷⁰⁴.

Ainsi, le juge peut révéler dans les motifs de sa décision, d'une façon directe ou indirecte, parfois même sibylline, la nature juridique de l'*animus familiae*.

669. L'analyse des motifs des décisions relatives tant à la protection de la volonté manifestée d'établir un lien familial (Section 1) qu'à la protection de l'institution familiale (Section 2) nous permettra donc de constater la manière dont le juge appréhende l'*animus familiae*.

²⁷⁰⁴ V. « Nature », in *TLFi*, site du *CNRTL*, spéc. III. A.

Section 1 La protection de l'animus familiae dans la formation du lien familial

670. L'*animus familiae* est appréhendé par la loi et par le juge à partir de la protection de la volonté manifestée d'établir un lien familial. En effet, la loi et le juge protègent l'*animus familiae* afin de garantir la liberté des personnes d'être unies par un lien de couple et de choisir la personne avec laquelle elles souhaitent former ce couple. De même, la volonté d'établir un lien de parenté doit être libre et éclairée. Si la loi et le juge garantissent l'intégrité de cette volonté, l'intervention du juge s'avère limitée en raison de la manière dont les modes d'établissement de la filiation sont mis en œuvre. En effet, le juge ne vérifie pas l'intégrité du consentement lorsque le lien de filiation est établi par l'effet de la loi ou lors de l'exercice d'une action. En revanche, il doit vérifier l'existence et l'intégrité du consentement lorsqu'il est saisi d'une demande en nullité d'une reconnaissance ou d'une demande en adoption, ainsi que de l'appel ou de la tierce opposition contre le jugement d'adoption.

671. Afin d'analyser la manière dont le juge garantit la protection de l'*animus familiae* dans la formation d'un lien familial, il convient de distinguer selon qu'il s'agit d'un lien de couple (§1) ou d'un lien de parenté (§2).

§1 La protection de l'*animus familiae* dans la formation du lien de couple

672. Le législateur a prévu des mécanismes qui protègent cet *animus familiae*. D'abord, on l'a vu précédemment²⁷⁰⁵, l'autorisation à mariage et à contracter un Pacs pour les personnes sous curatelle et sous tutelle (A), puis, l'opposition à mariage (B), et enfin la nullité tant du mariage que du Pacs (C). Ces mécanismes permettent au juge de garantir la protection de l'*animus familiae* dans la formation du lien de couple.

A. La protection du consentement des majeurs protégés par les autorisations à mariage et au Pacs

673. À travers les autorisations à mariage et à contracter un Pacs, le législateur a établi des mécanismes qui permettent de protéger l'*animus familiae* des majeurs protégés, tant sous

²⁷⁰⁵ V. *supra.* n^{os} 138 et s.

tutelle que sous curatelle, et de constater la réalité de leur consentement. En effet, le mariage nécessite préalablement le consentement du majeur protégé²⁷⁰⁶. Le juge peut alors intervenir directement dans l'autorisation à mariage des personnes sous tutelle ou sous curatelle afin de réaliser la constatation de ce consentement. En effet, il peut être saisi afin qu'il autorise la célébration du mariage des majeurs sous curatelle, à défaut de celle du curateur, et sous tutelle, à défaut de celle du conseil de famille lorsqu'il a été constitué²⁷⁰⁷. Il en va de même pour ce qui est du Pacte civil de solidarité, le juge pouvant intervenir afin d'autoriser sa conclusion par une personne sous curatelle, en cas de refus du curateur²⁷⁰⁸, ainsi que par une personne sous tutelle, à défaut d'autorisation du conseil de famille, s'il n'a pas été constitué²⁷⁰⁹. Ainsi, pour la Cour de cassation, l'appréciation de la capacité sous tutelle à donner son consentement relève de l'appréciation souveraine des juges du fond²⁷¹⁰.

C'est en raison de la protection du consentement des majeurs sous curatelle que les autorisations à mariage ont été considérées comme conformes à la Constitution²⁷¹¹. En effet, ces autorisations n'impliquent pas une interdiction du mariage pour les personnes sous curatelle, car il existe la possibilité d'obtenir l'autorisation par le curateur ou à défaut par le juge, à la suite d'un débat contradictoire et à travers une décision motivée, qui considère les aptitudes de l'intéressé. Cette décision peut faire l'objet d'un recours.²⁷¹² Dès lors, si la liberté du mariage est limitée, cette restriction est justifiée par la finalité de protéger les intérêts du majeur sous curatelle. L'atteinte à la liberté du mariage n'est donc pas disproportionnée²⁷¹³.

De plus, la protection du consentement de ces majeurs implique aussi l'impossibilité de se faire représenter pour célébrer le mariage et pour demander l'autorisation à mariage. C'est

²⁷⁰⁶ Civ. 1^{re}, 24 mars 1998, n° 97-11.252 P : *GAJC*, *op. cit.*, p. 397 n° 65 ; *D.* 1999, p. 19, note J.-J. Lemouland ; *Defrénois* 1998. 1398, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998, p. 658, obs. J. Hauser : (rendu sous C. civ., anc. art. 506) Le mariage d'un majeur en tutelle nécessite, préalablement, le consentement du majeur. Si ce consentement n'a pu être recueilli, le majeur étant muet et privé de toute possibilité de manifester sa volonté, la délibération du conseil de famille autorisant le mariage est à bon droit réformée.

²⁷⁰⁷ C. civ., art. 460.

²⁷⁰⁸ Par analogie au régime du mariage pour la personne sous tutelle, C. civ., art. 460, al. 1^{er} ; Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685, *JurisData* n° 2017-004100 ; *D.* 2017, p. 2038, obs. A. Gouëzel ; *D.* 2017, p. 1292, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91 S. Dumas-Lavenac : « La conclusion d'un Pacs par un majeur sous curatelle renforcée doit être autorisée dès lors que les partenaires ne présentent pas d'empêchement au sens de l'article 515-2, 1°, peu importe qu'ils entretiennent entre eux une relation de type filiale. »

²⁷⁰⁹ C. civ., art. 462, al. 1^{er}.

²⁷¹⁰ Civ. 1^{re}, 5 déc. 2012 : *D.* 2012. 2699, obs. D. Noguero, J.-M. Plazy ; *RTD civ.* 2013. 93, obs. J. Hauser.

²⁷¹¹ Cons. const. 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, *JO* 30 juin ; *D.* 2013, *Pan.* p. 1093, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 136, note M. Bruggeman ; *Dr. fam.* 2012, comm. 148, note I. Maria ; G. Raoul-Cormeil, *D.* 2012, p. 1899.

²⁷¹² Cons. const. 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC, *JO* 30 juin ; *D.* 2013, *Pan.* p. 1093, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 136, note M. Bruggeman ; *Dr. fam.* 2012, comm. 148, note I. Maria ; G. Raoul-Cormeil, *D.* 2012, p. 1899 ; v. *supra.* n° 145.

²⁷¹³ *Ibid.*, cons. 8, déc. préc.

ainsi, que pour censurer une cour d'appel qui a accueilli la demande de la tutrice du majeur sous tutelle tendant à voir autoriser le mariage du majeur protégé, la Cour de cassation, au visa des articles 458 et 460 du Code civil, a considéré, dans un attendu de principe, que « si le mariage d'un majeur en tutelle doit être autorisé par le juge des tutelles, il constitue un acte dont la nature implique un consentement strictement personnel et qui ne peut donner lieu à représentation »²⁷¹⁴.

Par cette décision, la Cour de cassation limite le pouvoir du tuteur, qui ne peut pas présenter la requête en autorisation de mariage pour le mariage protégé, ce dernier étant le seul à pouvoir la formuler²⁷¹⁵. En affirmant que le mariage « implique un consentement strictement personnel », la Cour de cassation soulève son caractère d'acte strictement personnel²⁷¹⁶. Et ce, conformément à la lettre de l'article 515 du Code civil, qui dispose que sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.

Cependant, le mariage et le Pacs font l'objet des dispositions particulières, au sein des articles 460 et 461 du Code civil²⁷¹⁷. Ainsi, l'intention serait de dissocier l'autorisation à mariage, qui relève de la compétence du juge des tutelles ou du conseil de famille s'il a été constitué, de la formation du mariage, dans laquelle seuls les consentements des futurs époux permettent la création du lien matrimonial²⁷¹⁸. Toutefois, puisqu'il s'agit du mariage d'un majeur sous tutelle, son seul consentement n'est pas suffisant. Sa vulnérabilité appelle à une protection accrue à travers l'autorisation à mariage, accordée en amont de la célébration du mariage²⁷¹⁹. C'est cet argument qui a été donné par le Conseil constitutionnel pour considérer comme constitutionnel l'article 460 du Code civil²⁷²⁰. Si en écartant la possibilité pour le tuteur de présenter une requête en autorisation de mariage pour le majeur sous tutelle, la Cour semble vouloir souligner l'importance de son consentement à mariage, elle confond l'autorisation à mariage donnée par le juge des tutelles et la condition du mariage lui-même. En effet, si le consentement implique un acte personnel, la formulation de la requête en autorisation à

²⁷¹⁴ Civ. 1re, 2 déc. 2015, n° 14-25.777 ; *D.* 2015, p. 2560 ; *ibid.* 2016 ; p. 875, obs. G. Raoul-Cormeil ; *AJ fam.* 2016, p. 107, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2016, p. 83, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2016-2/19, obs. S. Mauclair ; *Dr. fam.* 2016, comm. 36, note I. Maria ; *D.* 2016, p. 1334, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *D.* 2016, p. 1523, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro, J.-M. Plazy.

²⁷¹⁵ Obs. G. Raoul-Cormeil, n° 3, préc.

²⁷¹⁶ *Ibid.* ; obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro, J.-M. Plazy, préc ; Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

²⁷¹⁷ Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

²⁷¹⁸ Obs. G. Raoul-Cormeil, n° 5-6.

²⁷¹⁹ *Ibid.* n° 8.

²⁷²⁰ Cons. const. 29 juin 2012, cons. 7, déc. préc.

mariage pour le majeur sous tutelle ne paraît pas avoir un caractère d'acte personnel ou strictement personnel, car cette autorisation ne peut pas être assimilée au consentement du majeur à se marier²⁷²¹. De ce fait, la mise à l'écart d'une représentation ne serait pas justifiée. Au contraire, le raisonnement de la Cour paraît affirmer que s'il ne peut pas formuler la requête, il ne pourra donc pas prononcer son consentement le jour de la célébration²⁷²².

Si la finalité de l'arrêt semble être celle de protéger à tout prix le consentement du majeur, la Haute juridiction ferme la possibilité au majeur sous tutelle incapable de manifester son consentement, pourtant existant, d'exercer sa liberté au mariage²⁷²³.

B. La protection du consentement par l'opposition à mariage

674. Un second mécanisme qui assure la protection du consentement des futurs époux est l'opposition à mariage, laquelle peut être formulée par l'époux de l'un des prétendants²⁷²⁴, les père et mère et à défaut de ces derniers, les aïeuls et aïeules des futurs époux²⁷²⁵, à défaut d'ascendants, le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains majeurs²⁷²⁶, le tuteur et le curateur si le conseil de famille leur a donné l'autorisation²⁷²⁷, et le ministère public pour les cas où il pourrait demander la nullité du mariage²⁷²⁸. De plus, lorsqu'il existe des indices sérieux de l'absence de consentement²⁷²⁹ de la part d'au moins l'un des futurs époux, il est possible pour l'officier de l'état civil de saisir le procureur de la République. Ce dernier est tenu, dans les quinze jours suivants, soit de laisser procéder au mariage, soit de faire opposition à celui-ci, soit de décider qu'il sera sursis à sa célébration, dans l'attente des résultats de l'enquête à laquelle il fait procéder²⁷³⁰.

675. Afin de déclarer l'opposition à mariage comme conforme à la Constitution, le Conseil a relevé les garanties offertes par l'article 176 du Code civil, qui dispose les conditions de l'opposition, la possibilité pour les époux de demander la mainlevée de l'opposition et l'obligation du procureur de la République d'apporter la preuve que la célébration n'est

²⁷²¹ Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

²⁷²² Obs. G. Raoul-Cormeil, n° 10, préc.

²⁷²³ obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro, J.-M. Plazy, préc.

²⁷²⁴ C. civ., art. 172.

²⁷²⁵ C. civ., art. 173.

²⁷²⁶ C. civ., art. 174.

²⁷²⁷ C. civ., art. 175.

²⁷²⁸ C. civ., art. 175-1.

²⁷²⁹ C. civ., art. 146 ; C. civ., art. 180 : l'article vise l'absence de liberté du consentement, la contrainte sur les époux y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, l'erreur dans la personne ou sur les qualités essentielles de la personne.

²⁷³⁰ C. civ., art. 175-2.

envisagée qu'à des fins étrangères à l'union matrimoniale. Ainsi, le Conseil constitutionnel considère que l'opposition à mariage constitue une atteinte proportionnée à la liberté du mariage²⁷³¹. Par ailleurs, il faut souligner que le régime du Pacs ne prévoit aucune opposition préalable à sa conclusion ou à son enregistrement.

676. L'opposition peut alors être fondée sur l'absence de discernement de l'un des futurs époux²⁷³² ou sur l'erreur sur les qualités essentielles de la personne, telles que le transsexualisme de l'un des époux²⁷³³.

C. La protection du consentement par la nullité du mariage et du Pacs

677. La nullité est le dernier mécanisme de protection du consentement des époux et des partenaires pacsés, qui peut être mis en œuvre après la célébration du mariage ou la conclusion du Pacs. Si le Code civil prévoit des dispositions spécifiques pour la nullité du mariage²⁷³⁴, il n'en va pas de même pour ce qui est du Pacs²⁷³⁵, dont les actions en nullité sont déterminées par le régime de droit commun de la nullité des actes juridiques²⁷³⁶.

678. La nullité du mariage. Le Conseil constitutionnel²⁷³⁷ a soulevé la finalité de protection de la liberté du mariage²⁷³⁸ garantie par l'article 180 du Code civil afin de considérer comme conforme à la Constitution les dispositions qui permettent au ministère public de demander la nullité du mariage lorsqu'il a été célébré sans le consentement libre des époux ou de l'un d'eux. Dans ce cas, l'un des époux étant sous l'empire d'un trouble mental, il est nul de nullité absolue, cette dernière étant assujettie à la prescription trentenaire²⁷³⁹. En revanche, la

²⁷³¹ Cons. const. 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC, cons. 9 ; *AJ fam.* 2012, 466, obs. F. Chénéde; *RTD civ.* 2012, 510, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 132, note V. Larribau-Terneyre.

²⁷³² CA Limoges, 19 déc. 1996 ; *BICC* 1^{er} avr. 1997, n° 401 ; *Dr. fam.* 1997, comm. 95, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1997, p. 549, obs. H. Lécuyer.

²⁷³³ TGI Paris, 13 déc. 1983 ; *D.* 1984, p. 350, note M.-L. Rassat ; *RTD civ.* 1985, p. 135, obs. J. Rubellin-Devichi ; CA Paris, 17 févr. 1984.

²⁷³⁴ C. civ., art. 180 à 202.

²⁷³⁵ Cons. const. 9 nov. 1999, déc. préc., cons. 28 : « Les dispositions générales du code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront par ailleurs vocation à s'appliquer, sous le contrôle du juge, sauf en ce qu'elles ont de nécessairement contraire à la présente loi ; qu'en particulier, les (anciens) articles 1109 et suivants du code civil, relatifs au consentement, sont applicables au pacte civil de solidarité » ; v. *supra*, n° 447 ; COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 103, n° 316 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 59.

²⁷³⁶ C. civ., art. 1130 à 1144 ; C. civ., art. 1178 à 1185.

²⁷³⁷ Cons. const. 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC, cons. 10 ; *AJ fam.* 2012, p. 466, obs. F. Chénéde; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 132, note V. Larribau-Terneyre.

²⁷³⁸ *Ibid.*, cons. 11.

²⁷³⁹ C. civ., 184.

nullité du mariage sera relative lorsque le mariage aura été contracté sans le consentement libre de deux époux, ou de l'un d'eux. Dans ce cas, il pourra être attaqué par les époux eux-mêmes ou par celui des deux dont le consentement n'a pas été libre, ou par le ministère public. Dès lors, l'exercice d'une contrainte sur les époux ou l'un d'eux, y compris par crainte révérencielle envers un ascendant, constitue un cas de nullité du mariage. De même, la nullité peut être prononcée lorsqu'il y a erreur sur l'identité de la personne ou sur les qualités essentielles de la personne²⁷⁴⁰. Ainsi, tant l'erreur que la violence sont retenues comme vices du consentement pouvant entraîner la nullité du mariage.

679. La nullité du mariage pour cause d'erreur sur l'identité de la personne. Pour ce qui est de l'erreur sur l'identité de la personne, si la situation est relativement rare, elle a été invoquée récemment devant la Cour de cassation²⁷⁴¹. En l'espèce, le mari demandait la nullité du mariage sur le fondement de l'erreur sur la personne, ainsi que pour défaut d'intention matrimoniale. Il a alors soulevé l'erreur sur l'identité et sur la nationalité de son épouse, qui semblerait avoir usurpé l'état civil d'une femme ivoirienne décédée. Toutefois, les juges du fond ont rejeté la demande, car le mari n'avait pas rapporté la preuve « du caractère déterminant de l'erreur dont il se prévalait, peu important la réalité même de cette erreur ». Ainsi, le mari s'est pourvu en cassation, alléguant que l'erreur sur la personne est déterminante par nature et qu'il n'est pas nécessaire de le prouver. La Cour de cassation a néanmoins rejeté le pourvoi, aux motifs que le mari n'a pas rapporté la preuve de l'erreur, dont l'appréciation relève de la compétence du juge du fond. Ainsi, la seule existence de l'erreur sur la personne ne suffit pas pour prononcer la nullité, il faut qu'elle soit déterminante du consentement de l'époux qui l'invoque. C'est l'absence de preuve du caractère déterminant de l'erreur sur le consentement de l'époux qui a donc provoqué le rejet de la demande en nullité²⁷⁴².

680. La nullité du mariage pour cause d'erreur sur les qualités de la personne. Concernant l'erreur sur les qualités de la personne, la jurisprudence semble concevoir ces qualités d'une manière objective. Dès lors, ont été retenues comme erreur sur les qualités de la personne la méconnaissance de la qualité de divorcé du conjoint²⁷⁴³ ; l'ignorance de la liaison

²⁷⁴⁰ C. civ., art. 180, *in fine*.

²⁷⁴¹ Civ. 1^{re}, 31 mars 2016, n° 15-15.081 ; *D.* 2016, p. 1334, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

²⁷⁴² Obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau, préc.

²⁷⁴³ T. civ. Bordeaux, 9 juin 1924 ; *Gaz. Pal.* 1924. 2. 201 ; Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997 : *Dr. fam.* 1998, comm. 35, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1998, p. 659, obs. J. Hauser ; *Deffrénois* 1998. 1017, obs. J. Massip.

que l'époux n'avait nullement l'intention de rompre²⁷⁴⁴ ; l'ignorance de la prostitution de la femme antérieure au mariage²⁷⁴⁵ ; l'erreur sur l'aptitude à avoir des relations sexuelles normales²⁷⁴⁶ ou à procréer de l'un des époux²⁷⁴⁷ ; l'ignorance de la séropositivité de l'épouse²⁷⁴⁸ ; l'erreur sur l'intégrité mentale de l'époux²⁷⁴⁹ ou sur le fait que l'époux était sous curatelle²⁷⁵⁰ ; l'ignorance de la condamnation pénale de l'époux²⁷⁵¹, l'erreur sur la nationalité de l'époux²⁷⁵² ; l'erreur sur l'absence d'intention matrimoniale de l'autre époux²⁷⁵³. Ainsi, les juges assurent la liberté des personnes de choisir son conjoint. En revanche, l'annulation du mariage ne peut pas être fondée sur le mensonge qui porte sur la virginité de la femme, qui n'est pas une qualité essentielle de la personne²⁷⁵⁴.

681. La nullité du mariage pour cause de violence. Quant à la violence, elle est appréciée souverainement par les juges du fond²⁷⁵⁵. Elle peut alors être caractérisée par la contrainte morale émanant des père et mère ou d'une autorité hiérarchique²⁷⁵⁶, par des menaces de mort sur le futur époux²⁷⁵⁷, par une insistance de la part des parents qui a privé le consentement de l'époux de toute efficacité²⁷⁵⁸, ainsi que par la pression familiale exercée sur la jeune mariée²⁷⁵⁹. La possibilité de demander la nullité du mariage pour cause de violence démontre la nécessité de l'existence d'une volonté d'établir un lien de couple libre et éclairée.

²⁷⁴⁴ TGI Le Mans, 7 déc. 1981 ; *JCP* 1986. II. 20573, note J.-J. Lemouland ; CA Rennes, 11 déc. 2000 ; *Dr. fam.* 2001, comm. 67, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 2001, p. 855, obs. J. Hauser.

²⁷⁴⁵ TGI Paris, 13 févr. 2001 ; *BICC* 1^{er} août 2001, n° 844 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 1, note H. Lécuyer ; CA Nîmes, 8 févr. 2012 ; *AJ fam.* 2012, p. 151, obs. B. de Boysson.

²⁷⁴⁶ CA Paris, 26 mars 1982 ; *Gaz. Pal.* 1982. 2. 519, note J. M.

²⁷⁴⁷ TGI Avranches, 10 juill. 1973 ; *D.* 1974. 174, note Guiho.

²⁷⁴⁸ TGI Dinan, 4 avr. 2006 ; *D.* 2007. AJ 151 ; *RTD civ.* 2007, p. 550, obs. J. Hauser.

²⁷⁴⁹ TGI Rennes, 9 nov. 1976 ; *D.* 1977, p. 539, note Cosnard.

²⁷⁵⁰ TGI Vesoul, 28 nov. 1989 ; *D.* 1990, p. 590, note Philippe.

²⁷⁵¹ TGI Paris, 8 févr. 1971 ; *JCP* 1972. II. 17244, note Raymond ; TGI Paris, 23 mars 1982 ; *Deffrénois* 1983. 313, obs. Massip ; *RTD civ.* 1983, p. 323, obs. R. Nerson, J. Rubellin-Devichi.

²⁷⁵² T. civ. Seine, 4 févr. 1918 ; *DP* 1920. 2. 78 ; S. 1920. 2. 129, note Rousseau ; T. civ. Seine, 2 janv. 1920 ; *DP* 1920. 2. 78 ; S. 1920. 2. 129, note Rousseau.

²⁷⁵³ TGI Paris, 7 mai 1996 ; *BICC* 1^{er} oct. 1996, n° 958 ; *JCP* 1997. I. 3996, n° 6, obs. Farge ; *Dr. fam.* 1997, comm. 38, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1996, p. 583, obs. J. Hauser ; CA Dijon, 5 sept. 2000 ; *BICC* 15 avr. 2001, n° 439.

²⁷⁵⁴ CA Douai, 17 nov. 2008 ; *D.* 2008. AJ 2938, obs. V. Égéa ; *ibid.* 2010. *Pan.* 728, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *JCP* 2009. I. 102, no 1, obs. A. Gouttenoire ; *Gaz. Pal.* 2008. 3783, note E. Pierroux ; *AJ fam.* 2008. 479, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2008, comm.167, obs. V. Larribau-Terneyre ; *JCP* 2008. II. 10005, note Ph. Malaurie ; *RJPF* 2009-1/26, note A. Leborgne ; *RLDC* 2008/55, no 3228, obs. Serra ; *ibid.* 2009/57, no 3304, note F. Dekeuwer-Défossez ; *RTD civ.* 2009. 98, obs. Hauser.

²⁷⁵⁵ Civ. 1^{re}, 17 déc. 1968, *Bull. civ.* I, n° 325 ; *D.* 1969, p. 410.

²⁷⁵⁶ T. civ. Montpellier, 16 juill. 1946 ; *Gaz. Pal.* 1946. 2. 183.

²⁷⁵⁷ CA Bastia, 27 juin 1949 ; *JCP* 1949. II. 5083, note J. S.

²⁷⁵⁸ TGI Versailles, 25 avr. 1979 ; *Gaz. Pal.* 1979. 2. 532 ; *RTD civ.* 1981, p. 142, obs. R. Nerson, J. Rubellin-Devichi ; CA Paris, 9 janv. 1996 ; *RTD civ.* 1996, p. 365, obs. J. Hauser.

²⁷⁵⁹ CA Colmar, 28 avr. 2005 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 1, note V. Larribau-Terneyre ; CA Bordeaux, 21 févr. 2006 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 121, note V. Larribau-Terneyre.

682. La nullité du mariage du majeur protégé pour absence d'autorisation. Par ailleurs, la nullité relative du mariage de la personne sous curatelle peut également être prononcée dès lors qu'il a été célébré sans autorisation du juge ou du curateur. Toutefois, le mariage peut être confirmé²⁷⁶⁰ par l'approbation du curateur²⁷⁶¹, laquelle peut être tacite²⁷⁶². La solution semble pouvoir s'appliquer pour le majeur sous tutelle, dès lors que le conseil de famille confirme l'autorisation après une délibération collective²⁷⁶³.

683. La nullité du Pacs. Le Pacs peut aussi faire l'objet d'une action en nullité absolue lorsqu'il a été conclu en l'absence de consentement²⁷⁶⁴. De même, il peut être attaqué lorsque le consentement est vicié par erreur, dol ou violence. Ainsi, une décision de la cour d'appel de Paris a admis la recevabilité d'une action en nullité d'un Pacs pour erreur sur la personne. En l'espèce²⁷⁶⁵, le partenaire pacsé demandait la nullité du Pacs en soulevant une erreur déterminante sur les mobiles de son partenaire, lequel ne recherchait que son intérêt financier. Cependant, le partenaire ne rapporte aucune preuve concernant l'absence d'intention de former une vie de couple selon le statut du Pacs. S'il allègue l'existence des « incartades amoureuses », celles-ci ne constituent pas une cause de nullité du Pacs. C'est pourquoi il a été débouté de sa demande. Ainsi, la cour évite de se prononcer sur l'erreur si elle concerne les qualités essentielles de la personne, au sens du droit commun des contrats, ou l'erreur sur la personne, au sens de l'article 180 du Code civil, lequel prend en compte les mobiles des époux et l'absence d'intention matrimoniale. En effet, l'absence de preuve de l'absence de cette intention a amené les conseillers parisiens à ne pas traiter la question²⁷⁶⁶.

§2 La protection de l'*animus familiae* dans la formation du lien de parenté

684. La protection de l'*animus familiae* en matière de lien de parenté s'avère relativement limitée. En effet, le juge ne vérifie pas l'intégrité de la volonté d'établir un lien de filiation que

²⁷⁶⁰ C. civ., art. 182.

²⁷⁶¹ Civ. 1^{re}, 20 avr. 2017, n° 16-15.632 P ; D. 2017, p. 1963, note G. Raoul-Cormeil ; *ibid.*, p. 1490, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; *RTD civ.* 2017. 618, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2017. 141, note I. Maria ; *RJPF* 2017/6, obs. S. May Ferrié

²⁷⁶² LAMARCHE (M.), « Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage », in *Droit de la famille*, Dalloz action, n° 115.191.

²⁷⁶³ *Ibid.*

²⁷⁶⁴ Cons. const. 9 nov. 1999, cons. 28, déc. préc. ; v. *supra*. n° 447.

²⁷⁶⁵ CA Paris, 2e ch., sect. B, 9 nov. 2006 : *JurisData* n° 2006-314683 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 30, obs. V. Larribau-Terneyre.

²⁷⁶⁶ Obs. V. Larribau-Terneyre, préc.

lorsqu'il est saisi d'une demande en nullité d'une reconnaissance ou d'une demande en adoption, ainsi que de l'appel ou de la tierce opposition contre le jugement d'adoption.

685. La vérification de l'existence du consentement dans la formation du lien de parenté. Cette vérification aura lieu uniquement dans le cadre de l'annulation de la reconnaissance volontaire ou de la contestation du jugement d'adoption. Dans ce cas, l'action n'est pas directement exercée contre la filiation établie, mais contre le défaut – l'absence ou le vice du consentement - de l'acte qui a constaté la volonté d'établir un lien de filiation²⁷⁶⁷.

686. Ainsi, la reconnaissance volontaire et l'adoption sont des actes juridiques qui supposent la manifestation d'une volonté, laquelle doit émaner de l'intéressé lui-même²⁷⁶⁸. Les deux constituent des actes strictement personnels²⁷⁶⁹ qui ne peuvent être réalisés par assistance ou par représentation, sauf dans le cadre de l'adoption posthume, lorsque l'adoptant est décédé. En effet, il est permis au conjoint survivant et aux héritiers de l'adoptant de former une requête d'adoption au nom de ce dernier²⁷⁷⁰. Toutefois, si pour la reconnaissance volontaire la capacité de l'auteur n'est pas requise²⁷⁷¹, un enfant mineur pouvant alors reconnaître son enfant sans l'autorisation de ses parents ou de son tuteur²⁷⁷², la capacité d'exercice est requise pour pouvoir adopter²⁷⁷³. Dans les deux cas, pour que ces actes soient valables, il faut que les auteurs soient sains d'esprit²⁷⁷⁴. De ce fait, la reconnaissance et l'adoption étant des actes strictement personnels, un majeur protégé peut réaliser une reconnaissance ou adopter un enfant « dans la mesure où son état le permet²⁷⁷⁵. Ainsi, la reconnaissance ne pourra être effectuée en cas d'absence totale de discernement du majeur²⁷⁷⁶. Cependant, si l'adoptant a été mis sous tutelle

²⁷⁶⁷ Pour la reconnaissance, TERRÉ (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. Droit de la famille », *op. cit.*, p. 458, n° 489 ; pour l'adoption, *ibid.*, p. 767, n° 788.

²⁷⁶⁸ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 454, n° 1326 ; EUDIER (F.), « Adoption », *op. cit.*, n° 57 ; LE GUIDEC (R.), « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », *op. cit.*, n° 103 ; TERRÉ (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. Droit de la famille », *op. cit.*, p. 458, n° 489.

²⁷⁶⁹ C. civ., art. 458.

²⁷⁷⁰ C. civ., art. 353, al. 3.

²⁷⁷¹ LE GUIDEC (R.), « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », *op. cit.*, n° 103.

²⁷⁷² Civ. 22 juin 1813, S. 1813. 1. 281, concl. Joubert ; Req. 4 nov. 1835, S. 1835. 1. 785 ; BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », *op. cit.*, p. 968, n° 2101 ; (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. Droit de la famille », *op. cit.*, p. 458, n° 489.

²⁷⁷³ EUDIER (F.), « Adoption », *op. cit.*, n° 57.

²⁷⁷⁴ C. civ., art. 414-1.

²⁷⁷⁵ C. civ., art. 458.

²⁷⁷⁶ TERRÉ (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 459, n° 489.

après la manifestation de la volonté d'adopter un enfant, mais avant le dépôt de la requête adoption, cette dernière ne sera pas recevable²⁷⁷⁷.

687. C'est pourquoi la reconnaissance volontaire dont le consentement est absent ou vicié doit être annulée (A). Il en va de même pour ce qui est de l'adoption, dont le jugement qui la prononce peut être contesté (B).

A. La nullité de la reconnaissance volontaire pour absence de consentement ou vice du le consentement de son auteur

688. Pour ce qui est de la reconnaissance, en cas d'absence avérée de discernement ou de vices du consentement, la nullité relative²⁷⁷⁸ pourrait être prononcée²⁷⁷⁹. Cependant, la nullité pour absence de consentement semble en pratique très rare²⁷⁸⁰. Le ministère public, sur le fondement de l'article 423 du Code de procédure civile, pourrait engager une telle action. Il existe très peu de décisions sur cette problématique, la plupart étant anciennes²⁷⁸¹. De même, la volonté qui donne lieu à la reconnaissance doit être exempte de vices du consentement. Dès lors, l'action en nullité peut également être exercée par l'auteur de la reconnaissance²⁷⁸², pour sanctionner l'erreur, le dol ou la violence²⁷⁸³. La reconnaissance peut donc faire l'objet d'une confirmation, même implicite, notamment si l'auteur de la reconnaissance a continué à traiter l'enfant comme le sien après la découverte de l'erreur ou la cessation de la contrainte²⁷⁸⁴. Le délai de prescription est de cinq ans et commence à courir à compter de la cessation du vice²⁷⁸⁵.

²⁷⁷⁷ Civ. 1^{re}, 10 juin 1981, Bull. civ. I, n° 202 ; *RTD civ.* 1984, p. 303, obs. J. Rubellin-Devichi.

²⁷⁷⁸ C. civ., art. 414-1.

²⁷⁷⁹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 384, n° 1142.

²⁷⁸⁰ ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 315, n° 628 ; LE GUIDEC (R.), « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », *op. cit.*, n° 103.

²⁷⁸¹ La reconnaissance faite en état d'ivresse (Toulouse, 25 juill. 1863, S. 1864. 2. 136 ; Nîmes, 26 juin 1926, *DP* 1927. 2. 16) ; la reconnaissance faite à la suite d'un malentendu, l'auteur de la reconnaissance n'ayant pas compris la portée de la signature qu'il donnait (T. civ. Bayonne, 2 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1928. 2. 403, note E. Lévy) ; la reconnaissance faite par un homme âgé de 83 ans au cours d'une procédure d'interdiction et sous l'influence de ses proches (Req. 8 mars 1927, *DH* 1927. 205) ; la reconnaissance faite par un adolescent qui, en raison de son âge, n'a pas le discernement nécessaire pour mesurer la portée de son acte (CA Aix, 22 déc. 1852 : *DP* 1854, 2, p. 121).

²⁷⁸² CA Poitiers, 20 déc. 1907 ; *DP* 1910. 2. 245.

²⁷⁸³ Civ. 1^{re}, 21 déc. 1982, *Bull. civ. I*, n° 371.

²⁷⁸⁴ LE GUIDEC (R.), « Filiation : modes extrajudiciaires d'établissement », *op. cit.*, n° 103 ; TERRÉ (F.), GENICON-GOLDIE (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. Droit de la famille », *op. cit.*, p. 481, n° 521.

²⁷⁸⁵ C. civ., art. 1144.

B. La remise en cause d'un jugement prononçant l'adoption pour absence de consentement de l'adoptant

689. En cas de défaut de consentement à l'adoption, il est possible pour l'adoptant d'interjeter appel²⁷⁸⁶ du jugement d'adoption sur le principe même de l'adoption²⁷⁸⁷, ainsi que lorsque la volonté de l'adoptant a été viciée par erreur, dol ou violence²⁷⁸⁸, les voies de nullité n'ayant lieu contre les jugements²⁷⁸⁹.

690. Ainsi, la cour d'appel de Pau²⁷⁹⁰ a déclaré la recevabilité de l'appel de l'adoptant à l'encontre du jugement qui a prononcé l'adoption. En effet, l'article 546 du Code de procédure civile dispose que le droit d'appel appartient à toute personne qui y a intérêt si elle n'y a renoncé. En l'espèce, l'intérêt de l'adoptant à faire appel est patent dès lors qu'il indique ne pas être l'auteur de la requête introductive d'instance aux fins d'adoption simple.

La cour a alors décidé qu'il y avait lieu de prononcer la nullité du jugement prononçant l'adoption simple. L'adoptant assurait qu'il n'avait jamais eu l'intention d'adopter son beau-fils et qu'il n'avait fait aucune démarche en ce sens, en dépit de l'insistance de ce dernier après le décès de son épouse, mère de l'adopté. À l'appui de ses dires, il a produit l'attestation de son neveu, qui précise que son oncle a dit à plusieurs reprises ne pas souhaiter procéder à l'adoption de son beau-fils. Il est constaté que le rapport filial entre l'adoptant et l'adopté n'a pas été démontré. Ainsi, l'adopté ne pouvait pas sérieusement prétendre que son beau-père l'avait élevé depuis son mariage avec sa mère, il y a une quarantaine d'années, alors qu'à l'époque il était âgé de 19 ans. À l'époque, l'adoptant ignorait si l'adopté vivait encore au domicile familial. D'ailleurs, dans le cadre de l'instruction aux fins de mise sous curatelle de l'adopté, l'adoptant a lui-même déclaré au juge des tutelles « *qu'il a très peu vécu* » avec son beau-père. Concernant le « consentement à l'adoption », l'adoptant a nié l'avoir signé. Les circonstances peu claires de l'établissement de ce « consentement à l'adoption » ont été soulevées. En effet, on ignorait la raison pour laquelle l'adoptant aurait choisi un notaire parisien et la manière dont il s'était rendu à Paris, alors qu'il se déplaçait difficilement. Par ailleurs, à partir des pièces versées aux débats contenant la signature de l'adoptant, il a été attesté que la date et la signature figurant sur la requête introductive d'instance aux fins

²⁷⁸⁶ C. proc. civ., art. 1176.

²⁷⁸⁷ LARRIBAU-TERNYRE (V.), AZAVANT (M.), « Adoption », *Rép. proc. civ.*, Dalloz, n° 349.

²⁷⁸⁸ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 470, n° 1382.

²⁷⁸⁹ *Ibid.* ; v. *contre* CA Pau, 30 mai 1990 ; *D.* 1991, p. 20, obs. V. Larribau-Terneyre.

²⁷⁹⁰ CA Pau, 2^e Ch., Sect. 2, 13 mars 2018, M-A. M. c/ A. C. C. M. et le Procureur général ; *Cah. Jur. AMP* 2018-2, à paraître.

d'adoption simple n'étaient pas de la main de l'adoptant. La cour a alors considéré qu'il n'y avait donc nul besoin de recourir à une expertise en écriture afin de le constater. De ce fait, il est conclu que la requête en adoption n'émanait pas de l'adoptant.

Dès lors, l'absence évidente de consentement de l'adoptant a été caractérisée par les preuves établissant qu'il n'était pas l'auteur de la requête en adoption. Cette absence conduit à l'infirmité du jugement d'adoption et à la rupture du le lien de filiation adoptive. Par ailleurs, il semblerait qu'une autre solution contre le jugement d'adoption en cas d'absence totale de consentement soit l'exercice d'un recours de révision²⁷⁹¹.

Section 2 La protection de l'institution familiale dans la formation du lien familial

691. L'*animus familiae* implique également que les personnes qui manifestent leur volonté de former un lien familial, aient l'intention d'être unies par ce lien et d'assumer les devoirs, les obligations et en général tous les effets qui découlent de lien. Ainsi, le juge vérifie la réalité de cette intention afin d'éviter un détournement des institutions familiales²⁷⁹².

692. La loi prévoit des mécanismes permettant de contrôler et de vérifier la réalité de l'intention des personnes d'établir le lien familial afin de préserver la notion de famille retenue par le droit et par le législateur. L'absence d'une réelle intention et d'assumer les conséquences, les droits et les obligations qui découlent du lien familial peut impliquer l'empêchement de l'établissement du lien familial, ainsi que sa nullité dès lors que le lien a déjà été établi.

693. Afin de comprendre la manière dont le juge assure la protection de la famille dans la formation du lien familial, nous étudierons cette protection à l'égard de la formation du lien de couple (§1) et du lien de parenté (§2). Lorsque le juge se prononce sur la protection de l'institution familiale lors de la formation d'un lien familial, il apporte des éléments qui contribuent à préciser la définition du concept de lien familial.

²⁷⁹¹ LARRIBAU-TERNYRE (V.), AZAVANT (M.), « Adoption », *op. cit.*, n° 360.

²⁷⁹² BOULANGER (F.), « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP G* 1993, doct. 3665 ; FENOUILLET (F.), « Le détournement d'institution familiale », in *Mél. Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 237 ; HAUSER (J.), « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 441.

§1 La protection de l'institution familiale concernant les liens de couple

694. La protection de l'institution familiale dans la formation des liens de couple est assurée par le juge à travers plusieurs mécanismes qui lui permettent de vérifier la réalité de l'intention des personnes d'être unies par ces liens, en acceptant les conséquences, les droits et les obligations qui en découlent.

695. Ainsi, si le consentement matrimonial a été prononcé devant l'officier de l'état civil²⁷⁹³, il est possible pour le juge de contrôler l'intention matrimoniale et de prononcer la nullité du lien matrimoniale (A). Il en va de même pour ce qui est du Pacs, lequel peut être annulé dès lors que l'intention des partenaires ou de l'un d'eux est étrangère aux fins de ce type d'union, dont l'organisation de la vie commune et l'intention d'avoir une vie de couple (B). Quant au concubinage, c'est la constatation des faits qui caractérisent l'intention des concubins de vivre une vie commune et une vie de couple qui permet la qualification de la relation de concubinage (C).

A. La vérification par le juge de l'intention matrimoniale

696. Le juge peut contrôler l'intention matrimoniale lorsqu'il est saisi d'une demande de mainlevée d'opposition à mariage. Nous l'avons dit²⁷⁹⁴, l'opposition n'est prévue que pour le mariage. Ainsi, l'opposition peut être formulée, sur le fondement de l'article 146 du Code civil, par les père et mère²⁷⁹⁵ ou par le ministère public²⁷⁹⁶ pour cause d'absence d'intention matrimoniale de l'un ou des deux époux. Les décisions relatives à la mainlevée de l'opposition au mariage, notamment celles dans lesquels l'un des prétendants est étranger illustrent la manière dont le juge appréhende l'intention matrimoniale par le juge. Ainsi, les juridictions écartent une présomption d'absence d'intention matrimoniale du fait que l'un des futurs époux est étranger²⁷⁹⁷, de sa situation irrégulière sur le territoire français, de la fragilité psychologique de l'autre époux et de la différence d'âge importante entre les futurs époux²⁷⁹⁸. Dans le cadre d'une instance relative à la mainlevée d'une telle opposition, la charge de la preuve de

²⁷⁹³ C. civ., art. 75.

²⁷⁹⁴ V. *supra*. n° 141.

²⁷⁹⁵ C. civ., art. 173, al. 1^{er}.

²⁷⁹⁶ C. civ., art. 175-1.

²⁷⁹⁷ CA Pau, 19 janv. 2004 ; *Dr. fam.* 2004, comm. 46, note V. Larribau-Terneyre ; TGI Paris, ord., 5 juill. 2002: BICC 15 sept. 2002, n° 912 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 138, note H. Lécuyer.

²⁷⁹⁸ TGI Paris, ord., 5 juill. 2002, déc. préc. ; CA Paris, 23 avr. 2003 ; *D.* 2003. 2716, note J.-J. Lemouland.

l'absence d'intention matrimoniale pèse donc sur l'auteur de l'opposition²⁷⁹⁹, tant le ministère public²⁸⁰⁰ que les parents²⁸⁰¹ de l'un des futurs époux, et non pas sur les prétendants²⁸⁰². À défaut de toute preuve de l'absence d'intention matrimoniale, il semblerait que le doute profite aux futurs époux²⁸⁰³ et le juge doit ordonner la mainlevée de l'opposition. L'efficacité limitée pour lutter contre le mariage fictif ou de complaisance s'explique par la difficulté d'appréhender la réalité de l'intention matrimoniale avant la célébration du mariage²⁸⁰⁴. De ce fait, même s'il existe suffisamment de témoignages permettant de connaître le but étranger²⁸⁰⁵ ou du moins secondaire au mariage recherché par les futurs époux, l'absence d'intention doit être prouvée de manière certaine²⁸⁰⁶.

697. La protection de l'intention matrimoniale à travers la nullité. La nullité du mariage peut être demandée pour cause d'absence de consentement²⁸⁰⁷. Ainsi, il semblerait que la nullité du mariage pour absence d'intention matrimoniale permette au juge de dégager la définition de l'intention matrimoniale.

Ainsi, dans l'arrêt *Appietto*, la Cour de cassation affirmait que « le mariage est nul, faute de consentement, lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un résultat étranger à l'union matrimoniale ». Dès lors, si le mariage a été célébré afin d'obtenir un avantage étranger à l'union matrimoniale, il doit être annulé. Toutefois, dans le même arrêt, la Cour relevait que lorsque le mariage a été célébré afin de faire produire au moins un effet – en l'occurrence la légitimation d'un enfant – le mariage est valable²⁸⁰⁸. Dès lors, en considérant que vouloir « assurer à un enfant une naissance légitime au sein d'un foyer légalement fondé

²⁷⁹⁹ CA Colmar, 24 juin 1994 ; JurisData n° 046693 ; *JCP* 1995. II. 22462, note F. Boulanger ; *RTD civ.* 1995. 329, obs. J. Hauser, *JCP* 1995.IV.379.

²⁸⁰⁰ CA Pau, 19 janv. 2004 ; *Dr. fam.* 2004, comm. 46, note V. Larribau-Terneyre ; V. aussi CA Paris, 23 avr. 2003, déc. préc. : « qu'aucun autre fait du dossier n'est de nature à contredire la stabilité et la sincérité des liens qu'ils ont établis depuis plus d'un an ni à révéler leur intention d'éluder les conséquences légales du mariage ».

²⁸⁰¹ CA Versailles, 15 juin 1990 : *D.* 1991, p. 268, note J. Hauser ; *JCP* 1991. II. 21759, note Laroche-Gisserot.

²⁸⁰² CA Pau, 19 janv. 2004.

²⁸⁰³ HAUSER (J.), « Mariages de complaisance : le doute profite aux futurs époux », *RTD civ.* 1995, p. 329.

²⁸⁰⁴ CA Versailles, 15 juin 1990, déc. préc. : « qu'il apparaît difficile voire impossible, l'empêchement invoqué étant en l'espèce un défaut de consentement, de déterminer l'absence de consentement avant même qu'il ait été donné ».

²⁸⁰⁵ CA Colmar, 24 juin 1994, déc. préc. : il appartient à l'opposant de fournir la preuve certaine que l'un au moins des époux poursuit exclusivement un but étranger au mariage.

²⁸⁰⁶ CA Versailles, 15 juin 1990, déc. préc. : « qu'en raison de l'atteinte grave portée au principe de la liberté du mariage entre personnes majeures il doit être établi de manière certaine l'existence d'un empêchement au mariage et non des motifs d'ordre moral, religieux, familial ou de convenances personnelles ».

²⁸⁰⁷ C. civ., art. 184.

²⁸⁰⁸ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 48, n° 108.

constitue l'une des raisons majeures de l'institution du mariage », elle a rejeté la demande et maintenu le lien matrimonial²⁸⁰⁹.

698. L'insaisissable défaut de l'intention matrimoniale²⁸¹⁰. Depuis qu'il a été prononcé, la formulation de l'arrêt *Appietto*, concernant les règles régissant l'absence d'intention matrimoniale - « le mariage est nul lorsque les époux ne se sont prêtés à la cérémonie qu'en vue d'atteindre un but étranger à l'union matrimoniale »²⁸¹¹ - a fait l'objet de quelques modifications. Cependant, la logique de cet arrêt a été préservée. Ainsi, l'absence de définition du mariage et de ses finalités rend compliqué l'application de la formulation. En effet, il est difficile de savoir quels sont les buts étrangers à l'union matrimoniale et la Cour de cassation n'a pas apporté d'éclairage à cet égard²⁸¹². Si elle a pu considérer qu'une finalité exclusivement successorale constitue un but étranger au mariage²⁸¹³, elle a également affirmé que l'homosexualité de l'épouse et l'impuissance du mari ne caractérisaient pas un défaut d'intention matrimoniale, car l'intention des époux était de se « prodiguer affection, soutien et assistance »²⁸¹⁴. Le mariage était alors réduit à une simple union affective²⁸¹⁵.

Face à ce brouillage jurisprudentiel, la prise en compte de la communauté de vie est devenue la clef pour apprécier la réalité de l'intention matrimoniale, à partir des éléments postérieurs à la célébration du mariage. La finalité était de démontrer que le but étranger ou secondaire à l'union n'était pas le seul but recherché. Ainsi, la nullité du mariage célébré par deux personnes ayant eu une communauté de vie pour des raisons uniquement fiscales a été écartée²⁸¹⁶.

²⁸⁰⁹ Civ. 1^{re}, 20 nov. 1963, *Appietto*: *Bull. civ. I*, n° 506; *D.* 1964, p. 465, note G. Raymond; *JCP* 1964. II. 13498, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1964. 286, obs. H. Desbois ; v. plus récemment, Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 1298 ; *JCP* 2003.IV.2998 ; *D.* 2004, p. 21, note Gridel ; *AJ fam.* 2004, p. 27, obs. Fr. Bicheron, *Dr. fam.* 2004, comm. 15 obs. V. Larribau-Terneyre : « même à admettre que le mariage ait eu pour seule fin des avantages patrimoniaux pour M^{me} R... qu'un testament ne lui aurait pas donnés, sa nullité ne serait pas encourue dès lors que l'un de ses effets est d'avoir permis de mettre en œuvre, quant à leurs biens, les conventions spéciales... »

²⁸¹⁰ LARRIBAU-TERNEYRE (V.) « L'insaisissable défaut d'intention matrimoniale », *Dr. fam.* 2011, comm. 176

²⁸¹¹ Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-12.574 ; *JurisData* n° 2003-020634 ; *Dr. fam.* 2004, comm. 15, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2004, p. 2, note J.-P. Gridel ; *D.* 2004, p. 2964, obs. J.-J. Lemouland.

²⁸¹² LARRIBAU-TERNEYRE (V.) « L'insaisissable défaut d'intention matrimoniale », art. préc.

²⁸¹³ Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, déc. préc.

²⁸¹⁴ CA Caen, 1^{re} ch., 3^e sect., 11 janv. 2007, *Pierre B. c/ Jacqueline B.* : *JurisData* n° 2007-329848 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 101, V. Larribau-Terneyre.

²⁸¹⁵ Obs. V. Larribau-Terneyre, préc.

²⁸¹⁶ CA Lyon, 2^e ch., 12 sept. 2000, n° 1999/05033 : *JurisData* n° 2000-136443 ; *RTD civ.* 2000, p. 809, obs. J. Hauser.

699. L'appréciation objective de l'intention matrimoniale. Plus récemment, dans un arrêt rendu sur renvoi après cassation²⁸¹⁷, la Cour de cassation semble modifier, bien que partiellement, sa conception de l'intention matrimoniale²⁸¹⁸. En l'espèce, après le mariage, la femme a été condamnée pour coups et blessures volontaires ayant entraîné la mort du mari sans intention de la donner. Après un premier circuit dans lequel la Cour de cassation avait validé l'arrêt de la cour d'appel qui a déclaré l'indignité de la femme, l'empêchant d'aller à la succession de son mari, la cour d'appel de renvoi a annulé le mariage. Ainsi, la femme s'est pourvue en cassation. Elle a contesté que la cour d'appel annule son mariage en considérant qu'il a été célébré à des fins étrangères à l'union matrimoniale, alors que le devoir de secours entre époux et la vocation successorale du conjoint survivant constituent des effets inhérents à l'institution matrimoniale, laquelle avait été conclue dans le but de bénéficier d'un avantage inhérent au mariage. Puis, elle a soulevé que la protection de la liberté du mariage implique qu'il puisse être contracté indépendamment de la finalité poursuivie par les époux. Ainsi, en considérant pour annuler le mariage que la femme avait exclusivement cherché à appréhender le patrimoine de son époux, la cour d'appel aurait violé le droit au mariage, protégé par l'article 12 de la Convention EDH.

Cependant, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en relevant que plusieurs attestations montraient qu'au moment du mariage, la femme était animée par une intention de lucre et de cupidité, n'ayant pour but que d'appréhender le patrimoine de son époux. Et ce, afin d'assurer son avenir et celui de son fils, issu d'une relation précédente. De plus, la Cour a relevé que la femme s'était refusée à son époux après le mariage, n'ayant consenti qu'à une seule relation sexuelle le jour du mariage. Cette attitude avait conduit le mari à douter de la sincérité de l'intention matrimoniale de son épouse. De ce fait, il avait exprimé sa volonté de demander l'annulation du mariage. La Cour de cassation a donc validé la nullité du mariage prononcée par la cour d'appel, qui a considéré que la femme « n'avait pas eu l'intention de se soumettre à toutes les obligations nées de l'union matrimoniale » et qu'elle « s'était mariée dans le but exclusif d'appréhender le patrimoine de son mari ».

Dès lors, la définition de l'intention matrimoniale dégagée dans cette décision est relativement différente de celle de l'arrêt *Appietto*. En effet, elle met en exergue l'intention d'accepter tous les effets, droits et obligations qui naissent de la célébration du mariage. La

²⁸¹⁷ Civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 09-15.606 P: *D.* 2013. 85, obs. I. Gallmeister; *ibid.* 798, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid.* 1117, note E. Naudin; *AJ fam.* 2013. 137, obs. B. de Boysson; *RTD civ.* 2013. 353, obs. J. Hauser ; *JCP* 2013, n° 337, obs. F. Boulanger ; *Dr. fam.* 2013. comm. 24, obs. V. Larribau-Terneyre.

²⁸¹⁸ En ce sens, obs. J. Hauser, préc. ; obs. V. Larribau-Terneyre

Cour de cassation objectivise ainsi l'appréciation de l'intention matrimoniale, car elle est directement attachée aux effets établis par la loi²⁸¹⁹. Elle écarte aussi la référence au « but étranger à l'union matrimoniale »²⁸²⁰. En l'espèce, il était attesté que l'épouse n'avait pas contracté mariage pour se soumettre à son statut et accomplir les devoirs qui en découlent, mais seulement pour s'approprier des biens de l'époux. La Cour relève donc que la femme s'est mariée uniquement pour profiter des effets patrimoniaux du mariage : le devoir de secours et la vocation successorale du conjoint survivant.²⁸²¹

Ce faisant, la Cour semble s'éloigner de la distinction qu'elle a faite dans son arrêt *Appietto* entre les effets principaux, liés à l'essence du mariage et les effets secondaires, étrangers à la substance et à la fonction du mariage, lorsqu'elle souligne que la femme n'a pas accompli son devoir conjugal. La Cour annule le mariage, car la femme n'a recherché que les avantages patrimoniaux du mariage, sans vouloir accomplir les devoirs inhérents à l'union matrimoniale²⁸²².

De plus, la Cour de cassation réaffirme le caractère institutionnel du mariage, dont la formation du lien matrimonial intéresse la société. En effet, le mariage est régi par des règles d'ordre public, lesquelles doivent être appliquées et respectées afin de concrétiser la conception du mariage et de la famille retenue par le législateur et donc, par le droit. C'est pourquoi la Cour considère que le contrôle effectué sur les raisons pour lesquelles les époux se sont mariés est justifié et n'entraîne pas une atteinte disproportionnée au droit au mariage²⁸²³.

700. L'absence d'intention matrimoniale dans les mariages de complaisance. Le contentieux des mariages fictifs naturalisants permet aussi d'analyser la manière dont le juge judiciaire appréhende l'intention matrimoniale dès lors que l'un des époux est étranger et en situation irrégulière sur le territoire français.

Ainsi, par un arrêt du 1^{er} juin 2011, la Cour de cassation fait application de la loi étrangère pour déterminer l'absence d'intention matrimoniale. En l'espèce, le mari, de nationalité tunisienne, et la femme, de nationalité française, se sont mariés en Tunisie. Puis, un tribunal français, en appliquant la loi française, a annulé le mariage pour absence d'intention matrimoniale du mari. Ensuite, un arrêt rendu sur renvoi après cassation a fait une application distributive des lois personnelles des époux et confirmé la nullité du mariage. La Cour a soulevé pour prononcer la nullité que le mariage a été contracté sans vouloir assumer les

²⁸¹⁹ V. en ce sens, obs. B. de Boysson, préc.

²⁸²⁰ Obs. V. Larribau-Terneyre, préc.

²⁸²¹ *Ibid.*

²⁸²² Obs. B. de Boysson, préc.

²⁸²³ Obs. V. Larribau-Terneyre.

obligations qui découlent des règles tant tunisiennes que françaises. Le mari a alors formé un pourvoi en cassation en alléguant que les seules unions frappées de nullité par le Code du statut personnel tunisien sont les unions qui comportent une clause contraire à l'essence du mariage. Puis, il a affirmé que les obligations réciproques des époux disposées par le même Code ne sont pas édictées à peine de nullité. Finalement, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs qu'en épousant la femme, le mari « avait poursuivi un but contraire à l'essence même du mariage, savoir obtenir un titre de séjour sur le territoire français sans intention de créer une famille et d'en assumer les charges »²⁸²⁴. En faisant application de la loi tunisienne, la Cour de cassation décide que l'union matrimoniale y est contraire : elle n'a pas pour objet de créer une famille et d'en assumer les charges, mais seulement d'obtenir un titre de séjour. Il est intéressant d'observer la manière dont le juge arrive à dégager une définition claire de l'intention du mariage, lorsque les buts de ce dernier sont établis par la loi²⁸²⁵.

Les juges du fond utilisent un faisceau d'indices afin de déterminer l'existence ou l'absence d'intention matrimoniale. Ainsi, pour annuler le mariage célébré entre un homme de nationalité française et une femme de nationalité marocaine, la cour d'appel de Douai a considéré les éléments relevés par l'enquête diligentée par le procureur de la République à la suite d'une demande de renouvellement du titre de séjour de l'épouse, afin de caractériser l'absence de cohabitation effective des époux. Il a alors été constaté l'absence de meubles et de tout effet personnel de la femme dans le logement familial, ses voyages répétés et de longue durée au Maroc, son ignorance concernant la famille du mari et des informations relatives au mari, telles que son numéro de téléphone, ses revenus, le budget familial, les prénoms de ses enfants et même son activité personnelle. Par ailleurs, l'époux avait admis aux enquêteurs avoir eu très peu de rapports sexuels avec sa femme²⁸²⁶.

De même, pour considérer comme bien-fondé le refus de transcription du mariage célébré en Algérie, entre un homme de nationalité française et une femme de nationalité algérienne, la cour d'appel de Rennes a pris en compte les faits établis par l'enquête réalisée par l'autorité consulaire française à la suite de la demande des époux de la transcription du mariage au service central d'état civil à Nantes. Ce dernier a transmis le dossier au procureur de la République afin de surseoir la transcription. L'enquête a conclu à l'absence de communauté de vie à partir des divergences de déclarations des époux sur les circonstances de leur rencontre,

²⁸²⁴ Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, n° 09-67.805 P: *D. act.* 15 juin 2011, obs. Burda ; *AJ fam.* 2011. 380, obs. A. Boiché

²⁸²⁵ Obs. A. Bioché, préc. ; V. sur la difficulté d'appréhender l'intention matrimoniale en raison de l'absence de définition du mariage et de ses finalités dans la loi, LARRIBAU-TERNEYRE (V.) « L'insaisissable défaut d'intention matrimoniale », art. préc.

²⁸²⁶ CA Douai, 1^{re} ch., 23 nov. 2017, n° 17/00465 : *JurisData* n° 2017-024121 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 78, obs. A.-M. Caro.

sur l'organisation du mariage et l'insuffisance de photographies produites et de messages échangés sur internet. Ainsi, la recherche de fins exclusivement migratoires a été confirmée²⁸²⁷.

Les deux décisions révèlent l'absence d'intention matrimoniale à partir des éléments de fait qui permettent de constater le défaut d'une véritable communauté de vie entre les époux. Cette dernière est alors utilisée comme une clef pour pouvoir définir l'intention matrimoniale. C'est donc à partir des éléments objectifs que les juges du fond arrivent à trouver le sens de cette notion difficile à appréhender²⁸²⁸.

B. La vérification par le juge de l'intention d'organiser une vie de couple par les partenaires pacsés

701. L'absence d'intention des partenaires pacsés d'organiser leur vie de couple peut constituer une cause de nullité. En ce sens, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 9 novembre 1999 a affirmé que la notion de vie commune de l'article 515-1 du Code civil n'implique pas « seulement une communauté d'intérêts et ne se limite pas à l'exigence d'une simple cohabitation entre deux personnes », « la vie commune mentionnée par la loi déferée suppose, outre une résidence commune, une vie de couple ». ²⁸²⁹ De ce fait, l'union entre partenaires implique une vie de couple, entraînant des relations sexuelles.

Dès lors, le fait de souscrire un Pacs dans un but étranger²⁸³⁰ à l'union entre partenaires selon le statut du Pacs caractérise l'absence d'intention d'organiser une vie de couple²⁸³¹, laquelle peut entraîner sa nullité pour défaut de contenu licite et certain et de but du contrat²⁸³².

702. À cause de la rareté du contentieux en matière de Pacs, les juridictions n'ont eu qu'une opportunité limitée pour se prononcer sur la nullité du Pacs en cas d'absence d'intention d'organiser une vie de couple.

Un jugement rendu par le TGI de Lille²⁸³³ a admis la demande du partenaire pacsé en nullité du Pacs. En l'espèce, le partenaire alléguait que son autre partenaire l'avait manipulé et

²⁸²⁷ CA Rennes, 6e ch., 18 déc. 2017, n° 16/07097 : JurisData n° 2017-026843 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 78, obs. A.-M. Caro.

²⁸²⁸ Obs. A.-M. Caro, préc.

²⁸²⁹ Cons. const., 9 nov. 1999, cons. 26, déc. préc.

²⁸³⁰ L'obtention d'une mutation dans la fonction publique (L. n° 84-16 du 11 janv. 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État), bénéficiaire de certains droits sociaux, (le capital décès, CSS, art. L. 361-4), profiter de la gratuité des droits de mutation au jour du décès (CGI, art. 796 O bis).

²⁸³¹ COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 54, n° 128.

²⁸³² BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », *op. cit.* p. 288, n° 626 ; LAMARCHE (M.), « Pacte civil de solidarité », *op. cit.*, n° 72 ; HAUSER (J.), « Aujourd'hui et demain, le PACS (1^{re} partie) », *RJPF* 1999-11 ; SAULIER (M.), « Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif », *op. cit.*, p. 57, n° 48.

n'avait cherché qu'à régulariser sa situation administrative. Cependant, la nullité n'est pas prononcée faute de preuve.

703. En outre, par un arrêt du 8 mars 2018²⁸³⁴, la Cour de cassation, a censuré la cour d'appel de Riom pour ne pas avoir autorisé la conclusion d'un Pacs entre un homme sous curatelle et un autre homme, aux motifs que la notion de filiation est étrangère à celle de couple et que la définition de la relation des intéressés ne correspondait pas à celle du Pacte civil de solidarité, ces derniers ayant déclaré que le lien qui les unissait était celui d'un père à un fils, du fait de leur écart d'âge important, de quarante-quatre ans. Ainsi, la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt en considérant que la cour d'appel avait constaté d'une part, l'existence d'une vie commune de vingt-quatre ans entre les intéressés et, d'autre part, l'absence de tout empêchement légal à la conclusion d'un pacte civil de solidarité.

Dans son arrêt, la Haute juridiction semble faire abstraction de l'exigence de vie de couple, et donc de relations sexuelles, entre les partenaires. La Cour considère que la vie commune entre les partenaires justifiait l'autorisation de conclure un Pacs. On pourrait affirmer que, ce faisant, la Cour dénature l'institution du pacte civil de solidarité en prenant en compte les circonstances de l'espèce. Il semblerait que la Haute juridiction affirme que le Pacs serait seulement une vie commune, qui se traduit par une simple communauté d'intérêts, sans que cette vie commune exige une vie de couple. Cette position irait à l'encontre de la décision du Conseil constitutionnel de 1999, laquelle s'impose aux pouvoirs publics et aux autorités administratives et juridictionnelles en vertu de l'article 62 de la Constitution. C'est pourquoi certains pourraient alors qualifier cette affirmation d'hérésie²⁸³⁵. De ce fait, plusieurs questions se posent : à quoi sert alors le Pacs ?²⁸³⁶ Pour la Cour de cassation le Pacs n'implique-t-il pas une vie de couple ? Par cette décision, la Cour a-t-elle exercé un contrôle de proportionnalité *in concreto* ? Si tel est le cas, quel serait alors le droit fondamental protégé ? Le droit au respect de la vie privée et familiale ? Pourtant, les intéressés pouvaient avoir des relations privées ou familiales en dehors du cadre du Pacs. S'agit-il d'une décision rendue en équité ? Le but recherché par les intéressés était la transmission d'un bail locatif. Si tel est le cas, le problème que pose la décision réside dans le caractère général de la motivation²⁸³⁷.

²⁸³³ TGI Lille, 30 mai 2012 : *JCP N* 2012, n° 27, act. 700, note X. Labbé

²⁸³⁴ Civ. 1re, 8 mars 2017, n° 16-18.685, *JurisData* n° 2017-004100 ; *D.* 2017, p. 2038, obs. A. Gouëzel ; *D.* 2017, p. 1292, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91 S. Dumas-Lavenac ; v. *supra.* n° 562.

²⁸³⁵ GOUËZEL (A.), « Le PACS sans couple, une hérésie », *D.* 2017, p. 2038.

²⁸³⁶ SAULIER (M.), « À quoi sert le PACS ? », *D.* 2017, p. 1292.

²⁸³⁷ Obs. A. Gouëzel, préc.

La Cour semble en réalité appliquer à la lettre la définition du Pacs posée à l'article 515-1 du Code civil, laquelle ne fait aucune mention de la vie de couple²⁸³⁸. Cette dernière condition a été ajoutée par le Conseil constitutionnel. L'intention du législateur dans la loi de 1999 était de créer un mode d'organisation de la vie commune de nature contractuelle, différent du mariage²⁸³⁹. Pourtant, l'esprit de la loi dévoile que le Pacs est un vrai mode de vie de couple, notamment à travers les empêchements à Pacs fondés sur l'inceste²⁸⁴⁰. Le rapprochement opéré par le législateur entre le mariage et le Pacs montre aussi que le Pacs est un mode de vie de couple²⁸⁴¹. Par ailleurs, la Cour soulève l'absence d'empêchement fondé sur la parenté en l'espèce. En effet, la conclusion du Pacs est interdite entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés, ainsi qu'entre collatéraux jusqu'au troisième degré²⁸⁴². En l'espèce, il n'existait aucun lien familial en ligne directe entre les intéressés. Enfin, la Cour prend en considération d'une manière importante le partage de la vie commune entre eux depuis vingt-quatre ans avant la demande d'autorisation. Ce faisant, en prenant en compte des faits antérieurs à l'union, elle apprécie l'intention des intéressés d'organiser leur vie commune selon le statut du Pacs²⁸⁴³. L'autorisation pour le majeur sous curatelle peut alors être accordée, car au moins l'une des conséquences inhérentes à la substance du Pacs est recherchée par les intéressés qui souhaitent conclure un Pacte civil de solidarité.

C. La vérification par le juge de l'intention d'établir une communauté matérielle et affective entre concubins

704. L'union de fait de deux personnes doit être qualifiée de concubinage afin qu'elle puisse produire les effets qui lui sont reconnus par la loi. Pour ce faire, l'union de fait doit être conforme à la définition posée par l'article 515-8 du Code civil²⁸⁴⁴. Ainsi, c'est à travers les conditions de stabilité et de continuité de la vie en couple qu'il serait possible de constater l'exigence d'une intention des concubins d'établir une communauté affective et matérielle²⁸⁴⁵.

²⁸³⁸ *Ibid.*

²⁸³⁹ Obs. M. Saulier, préc.

²⁸⁴⁰ Obs. A. Gouëzel, préc.

²⁸⁴¹ *Ibid.*

²⁸⁴² C. civ., art. 515-2.

²⁸⁴³ Obs. M. Saulier, préc.

²⁸⁴⁴ « Le concubinage est une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de sexe différent ou de même sexe, qui vivent en couple. »

²⁸⁴⁵ En ce sens, COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p.30, n° 79.

Cette intention sera perçue à partir des éléments de fait²⁸⁴⁶ permettant de constater notamment la cohabitation effective des concubins²⁸⁴⁷.

Cependant, certaines conventions peuvent stipuler des clauses qui conditionnent la production de leurs effets à l'existence d'un « concubinage notoire ». Si la notoriété n'est pas une condition fixée par la loi, il semblerait qu'elle puisse être ajoutée dans une convention. Ainsi, le « concubinage notoire » a été défini comme une communauté de vie et d'intérêts, qui suppose une relation stable hors mariage connue des tiers²⁸⁴⁸. La Cour de cassation a alors considéré que la notion de « concubinage notoire » doit être appréciée au regard du but poursuivi par les parties dans la convention²⁸⁴⁹.

705. L'intention de vivre en couple à partir de la constatation de la cohabitation. La Cour de cassation a considéré que le concubinage implique une cohabitation avec un partage du même domicile²⁸⁵⁰. Si cet élément objectif permet d'apprécier la réalité de la communauté de vie, il peut être conjugué avec un élément subjectif, tel que le projet de vie familiale des concubins²⁸⁵¹. Le domicile commun est alors l'élément fondateur d'une vie commune qui a vocation à s'inscrire dans le temps, selon l'intention des concubins²⁸⁵². C'est pourquoi l'absence de toute communauté de vie matérielle et effective peut conduire au refus de qualifier la relation entre deux personnes de concubinage. Telle a été la solution prise par la cour d'appel de Paris²⁸⁵³ à l'égard d'une relation entre deux personnes qui « n'avaient pas d'enfant commun, ne partageaient ni leurs ressources ni leurs charges et n'entretenaient aucun projet d'avenir ». Cependant, l'existence de relations stables et durables entre les concubins, malgré l'absence de cohabitation, peut justifier la qualification de concubinage²⁸⁵⁴. L'effectivité de la vie de couple semble alors combler le défaut de domicile commun. En ce sens, le défaut de domicile commun n'entraîne pas une sorte de présomption d'inexistence du concubinage, les concubins pouvant conserver un domicile personnel²⁸⁵⁵.

²⁸⁴⁶ SAULIER (M.), « Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif », *op. cit.*, p. 88, n° 78.

²⁸⁴⁷ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 37; DEKEUWER-DÉFOSSEZ (F.), « Couple et cohabitation », in *La notion juridique de couple*, *op. cit.*, p. 61.

²⁸⁴⁸ CA Paris, 16 janv. 2001 ; *RTD civ.* 2001, p. 336, obs. J. Hauser ; *D.* 2002. *Somm.* p. 536, J.-J. Lemouland.

²⁸⁴⁹ Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 04-13.786 P ; *D.* 2007. *Pan.* 1568, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2006, p. 285, obs. J. Hauser.

²⁸⁵⁰ Crim. 5 oct. 2010, n° 10-81.743 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 1, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2011, p. 1047, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

²⁸⁵¹ CA Aix-en-Provence, 30 mai 2007, *Dr. fam.* 2008, comm. 37, note C. Siffrein-Blanc.

²⁸⁵² BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n° 40.

²⁸⁵³ CA Paris, 16 janv. 2001, déc. préc.

²⁸⁵⁴ CA Lyon, 2 juill. 2013 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 132, note J.-R. Binet.

²⁸⁵⁵ CA Douai, 12 déc. 2002 ; *Dr. fam.* 2003, comm. 86 et 139, note H. Lécuyer.

Cependant, la cour d'appel de Toulouse, dans une espèce concernant la rupture, la liquidation et le partage de l'indivision des intéressés, a refusé de qualifier de concubinage leur relation connue des tiers en raison de l'absence de vie commune²⁸⁵⁶. Pour ce faire, la cour affirme que « la relation de concubinage suppose l'existence d'une "vie maritale" qui implique que les prétendus concubins bénéficient des moyens matériels et financiers de l'autre ». Ce faisant, les conseillers toulousains ajoutent une condition supplémentaire pour caractériser le concubinage : la confusion des intérêts financiers et matériels. En ce sens, la vie de couple qu'implique le concubinage pourrait être réduite à une communauté d'intérêts matériels et à la cohabitation, contrairement d'ailleurs à la position du Conseil constitutionnel dans sa décision de 1999²⁸⁵⁷. Cette décision, comme celles relatives au concubinage notoire nous obligent à nous interroger sur le caractère obligatoire ou l'emprise de la définition du concubinage donné dans le Code civil. Cette définition est-elle impérative ou supplétive ?²⁸⁵⁸ Un éventuel pourvoi pourrait donner lieu à des clarifications à cet égard de la part de la Cour régulatrice.

706. L'intention de vivre en couple à partir de la constatation de la stabilité et la continuité de la relation. L'intention de vouloir vivre en concubinage peut aussi être démontrée par la stabilité du couple. La relation doit être formée par deux personnes et s'inscrire dans le temps²⁸⁵⁹. De ce fait, les relations adultères²⁸⁶⁰ ou libertines²⁸⁶¹ ou bigames²⁸⁶² s'opposent à ce qu'elles soient qualifiées de concubinage.

De même, elle peut être constatée par la continuité des relations. En effet, l'absence de contrainte du concubinage implique que cette union n'a pas vocation à perdurer²⁸⁶³. De ce fait, c'est la réalité passée et présente du couple que le juge prend en compte afin de pouvoir déterminer si la relation peut être qualifiée de concubinage. Cette caractéristique est appréciée par les juges du fond²⁸⁶⁴ à travers la régularité et la fréquence des relations²⁸⁶⁵. Ainsi, le fait pour un homme de rendre visite à sa compagne au moins une fois par semaine durant dix ans peut donner lieu à la qualification de concubinage²⁸⁶⁶. Si le Code civil ne pose pas une durée minimale pour pouvoir caractériser le concubinage, d'autres textes en prévoient une. En effet,

²⁸⁵⁶ CA Toulouse, 1^o Ch. II, 21 févr. 2017 ; *Cah. Jur. AMP*, To. 1943, obs. C. Bensa.

²⁸⁵⁷ Cons. const. 9 nov. 1999, déc. préc. cons. 26 ; v. *supra*. n^o 447.

²⁸⁵⁸ HAUSER (J.), « Définition du concubinage... dans le cadre d'un divorce ! », *RTD civ.* 2006, p. 285.

²⁸⁵⁹ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n^o 45.

²⁸⁶⁰ CA Toulouse, 23 janv. 2001 ; *Dr. fam.* 2001, n^o 69, note H. Lécuyer.

²⁸⁶¹ CA Montpellier, 8 janv. 1982 ; *D.* 1983, p. 607, note O. Dhavernas.

²⁸⁶² Crim. 8 janv. 1985, n^o 82-92.753, *Bull. crim.* n^o 12 ; *JCP* 1986. II 20588, note G. Endréo.

²⁸⁶³ BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *op. cit.*, n^o 47.

²⁸⁶⁴ Civ. 1^{re}, 23 nov. 1977, n^o 76-14.182, *Bull. civ.* I, n^o 440.

²⁸⁶⁵ Civ. 1^{re}, 23 févr. 1982, n^o 80-15.446, *Bull. civ.* I, n^o 86.

²⁸⁶⁶ Civ. 1^{re}, 18 nov. 1980, n^o 79-12.995, *Bull. civ.* I, n^o 295.

avant la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011 relative à la bioéthique²⁸⁶⁷, le concubinage devait avoir duré deux ans pour pouvoir faire recours à la procréation médicalement assistée²⁸⁶⁸. Il en va de même pour ce qui est du don d'organes entre concubins²⁸⁶⁹. En cas d'abandon du domicile par le locataire, le contrat de bail d'habitation continue au profit du concubin notoire qui vivait avec lui depuis au moins un an à la date de l'abandon. Il en va de même en cas de décès du locataire²⁸⁷⁰.

§2 La protection des institutions familiales dans la formation du lien de parenté

707. Si l'*animus familiae* en matière de liens de parenté suppose l'existence d'une volonté ou d'un consentement libre et éclairé de vouloir établir un lien de filiation, il implique aussi l'intention d'établir ce lien de filiation, en acceptant tous les effets, droits et obligations qui en découlent, lesquels constituent l'autorité parentale²⁸⁷¹. L'intention filiale est présumée et ne peut pas toujours faire l'objet d'un contrôle. Telle est la situation lorsque la filiation est établie par l'effet de la loi, par la possession d'état ou à travers l'exercice d'une action en établissement de la filiation, dans lesquelles, hormis l'action en constatation de la possession d'état, la finalité est d'établir la vérité biologique du lien de filiation. En revanche, lorsque le lien de filiation est établi à partir d'une volonté constatée dans un acte juridique, tel que la reconnaissance volontaire ou l'adoption, cette intention peut faire l'objet d'un contrôle. Pour la reconnaissance volontaire, ce contrôle est *a posteriori*. Pour ce qui est de l'adoption, cette intention peut être contrôlée au moment de l'instance ou après le prononcé du jugement.

708. Ainsi, l'absence d'intention filiale dans l'établissement d'un lien de filiation peut caractériser une fraude à la loi, ainsi qu'un détournement de l'institution familiale. À cet égard, le juge peut mettre en œuvre un contrôle afin de vérifier la réalité de l'intention filiale sur laquelle est fondé le lien de filiation. Ce faisant, il préserve la notion de lien de filiation, du lien familial et de la famille retenue par le droit et par le législateur.

²⁸⁶⁷ L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011, relative à la bioéthique, *JO* 8 juill. 2011, art. 33.

²⁸⁶⁸ CSP, anc. art. L. 2141-2.

²⁸⁶⁹ CSP, art. L. 1231-1, al. 2.

²⁸⁷⁰ L. n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 14.

²⁸⁷¹ C. civ., art. 371-1 : « L'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. » « Elle appartient aux parents jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne. » « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. »

709. Dès lors, l'établissement d'un lien de filiation réalisé dans un but étranger au lien filial pourra être sanctionné soit par la nullité de l'acte qui a donné lieu au lien de filiation, tel est le cas pour la reconnaissance (A), soit par le refus d'établir le lien de filiation, soit par la possibilité de contester le jugement qui l'a établi, tel est le cas pour l'adoption (B). Lorsque le juge se prononce sur la protection de l'institution familiale lors de la formation d'un lien de filiation, il apporte des éléments et des précisions à la définition du concept de lien familial.

A. Le contrôle de l'intention filiale dans la reconnaissance volontaire

710. Si l'officier de l'état civil ou le notaire n'ont pas à faire un contrôle de la sincérité de l'intention filiale de l'auteur de la reconnaissance, cette dernière étant libre²⁸⁷², le juge peut exercer un contrôle de cette intention dès lors que l'acte de reconnaissance est attaqué par une action en nullité absolue²⁸⁷³. Il existe des hésitations concernant le délai de prescription de cette action. En effet, si la reconnaissance est un acte juridique, le délai de l'action en nullité devrait être le délai de cinq ans du droit commun. Toutefois, cette action s'exerce à l'encontre non pas de la validité de l'acte, mais à l'encontre de la vérité de la filiation, bien que sa finalité ne soit pas de contester la filiation elle-même²⁸⁷⁴. Dans ce cas, c'est le délai de dix ans de l'article 321 du Code civil, relatif aux actions de filiation²⁸⁷⁵ qui est applicable. Cette action est ouverte à tout intéressé, ainsi qu'au ministère public²⁸⁷⁶. Par ailleurs, l'acte nul ne pourra pas faire l'objet d'une confirmation.

711. L'absence d'une véritable intention filiale dans la reconnaissance volontaire peut recouvrir deux situations différentes. D'abord, la reconnaissance est de complaisance, lorsqu'elle relève d'un acte de générosité envers la mère l'enfant et son enfant, bien que ce dernier où le couple élève un enfant, bien que ce dernier ne soit pas l'enfant biologique de l'auteur de la reconnaissance, lequel participe à l'éducation de l'enfant. Ensuite, la reconnaissance est frauduleuse lorsqu'elle a pour seul objectif d'obtenir un bénéficiaire étranger

²⁸⁷² MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 573, n° 1181.

²⁸⁷³ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 480, n° 521.

²⁸⁷⁴ PICOD (Y.), « Nullité », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n° 108.

²⁸⁷⁵ V. sur cette question, MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », *op. cit.*, p. 574, n° 1209 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 480, n° 521.

²⁸⁷⁶ C. proc. civ., 423.

aux effets de la filiation²⁸⁷⁷. C'est dans ce cas que l'action en nullité absolue peut être exercée afin de sanctionner le détournement d'institution²⁸⁷⁸, la preuve de la fraude devant être rapportée par le ministère public. La nullité de reconnaissance peut aussi avoir lieu lorsqu'elle a été utilisée afin de contourner l'interdiction de la gestation pour autrui, qui la corrompt²⁸⁷⁹.

712. Les mobiles des reconnaissances frauduleuses recherchant des buts étrangers aux effets de la filiation peuvent être personnels. Ainsi, la cour d'appel de Pau a prononcé la nullité d'une reconnaissance, car elle avait été réalisée par un homme en vue de nuire à sa concubine²⁸⁸⁰. En l'espèce, l'homme avait reconnu les enfants dont il savait qu'ils n'étaient pas les siens. La reconnaissance n'avait eu lieu qu'après cinq ans de vie commune. De même, la cour d'appel de Douai a prononcé la nullité de la reconnaissance faite par un homme dans le but de se soustraire à la preuve de la paternité biologique en vue de rétablir la présomption de paternité légitime²⁸⁸¹. En l'espèce, la mère avait effectué une reconnaissance prénatale et déclaré l'enfant sous son nom de jeune fille, sans indication de sa qualité de femme mariée. Un mois plus tard, le mari a reconnu l'enfant. La mère a alors demandé la nullité de la reconnaissance paternelle. Ainsi, plusieurs éléments permettaient de constater que le mari n'était pas le père de l'enfant. Pour prononcer la nullité de la reconnaissance paternelle, la cour d'appel de Douai a retenu « qu'un silence total a été gardé sur le mari de la mère lors de la déclaration de l'enfant à l'état civil et qu'il n'existe aucune filiation paternelle légitime vécue ». La cour a alors conclu que l'enfant avait été désavoué, conformément à l'ancien article 313-2, alinéa 1^{er} du Code civil et que la présomption de paternité devait être écartée de plein droit. De même, elle a affirmé que le mari avait la possibilité d'exercer une action en rétablissement de la présomption de paternité, laquelle n'a pas été intentée, préférant recourir à une reconnaissance. Cependant, la cour a souligné que la « reconnaissance ainsi effectuée par le mari, en fraude des règles régissant la filiation légitime et notamment de celle relative au rétablissement de la présomption de paternité, équivaut à un détournement de procédure lui permettant d'éviter de rapporter la preuve de sa paternité et est en cela irrégulière de sorte qu'elle ne doit pas figurer à l'état civil. ».

²⁸⁷⁷ Obs. F. Granet-Labrechts, *D.* 2018, p. 528.

²⁸⁷⁸ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 480, n° 521.

²⁸⁷⁹ V. en ce sens, CA Pau, 18 sept. 1995 ; *JCP G* 1996. IV. 568 ; CA Paris, 12 déc. 1995 ; *RTD civ.* 1996, p. 377, obs. J. Hauser ; CA Rennes, 4 juill. 2002 ; *JCP G* 2003. I. 101, obs. J. Rubellin-Devichi ; *D.* 2002, p. 2902, note F. Granet ; *RTD civ.* 2003, p. 72, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2002, comm. 142, obs. P. Murat.

²⁸⁸⁰ CA Pau, 9 mai 13 févr. 1995, *RTD civ.* 1994, p. 376, obs. J. Hauser ; *Cah. jurispr. d'Aquitaine*, 1995-2, Pa. 60.

²⁸⁸¹ CA Douai, 9 mai 2000 ; *D.* 2001, p. 2865, obs. D. Bourgaul-Coudevyille.

713. Par ailleurs, les mobiles peuvent avoir pour objet d'obtenir des avantages relatifs au droit des étrangers. Ainsi, le TGI de Paris avait déclaré la nullité de la reconnaissance faite par un étranger interdit de séjour en France afin de contourner cette interdiction²⁸⁸². En l'espèce, un mariage fictif avait été célébré entre une prostituée notoire et un homme de nationalité marocaine. L'homme avait reconnu l'enfant, dont l'identité du vrai père était connue, afin de le légitimer. Toutefois, le mariage a été annulé. Concernant la reconnaissance et la légitimation, le TGI de Paris a affirmé « qu'une reconnaissance, ainsi détournée de son objet, porte manifestement atteinte à l'ordre public et que le procureur de la République est en conséquence recevable à en poursuivre la nullité ». Le tribunal a alors conclu à la nullité de la reconnaissance. À cet égard, Jean Hauser affirmait que si les reconnaissances de complaisance sont admises en droit français, « la seule complaisance admissible est celle dans l'intérêt de l'enfant, pas celle dans l'intérêt de l'auteur »²⁸⁸³.

De même, la reconnaissance réalisée par un homme afin de permettre à la mère de l'enfant de régulariser sa situation en France peut aussi être annulée pour fraude à la loi²⁸⁸⁴. Telle a été la solution adoptée par la cour d'appel de Douai²⁸⁸⁵. En l'espèce, la mère se trouvait en situation irrégulière et avait accouché en France à son arrivée et bénéficiait d'un accueil en centre maternel. Plus tard, un homme avait effectué la reconnaissance volontaire de l'enfant. Le ministère public a alors été alerté par une demande de carte d'identité au nom de l'enfant. Lors de l'enquête diligentée, l'homme a avoué avoir reconnu l'enfant « par humanité », afin que la mère puisse régulariser sa situation administrative. De ce fait, la cour a conclu à la nullité de la reconnaissance, aux motifs que « la reconnaissance souscrite par son auteur dans le but premier de procurer à la mère un titre de séjour en France est mensongère et reste frauduleuse quand bien même par la suite le prétendu père noue des liens affectifs avec l'enfant et apporte son soutien financier à la mère ». Ainsi, l'absence d'une véritable intention filiale et le détournement de la reconnaissance sont caractérisés par le but étranger recherché par l'auteur de la reconnaissance au moment où celle-ci est effectuée : celui de permettre à la mère de l'enfant de régulariser sa situation. Toutefois, les relations entretenues entre le père, la mère

²⁸⁸² TGI Paris, 1^{er} mars 1994 ; *RTD civ.* 1994, p. 578, obs. J. Hauser.

²⁸⁸³ Obs. J. Hauser, préc.

²⁸⁸⁴ CA Lyon, 9 janv. 2012, n° 10/03701 : *JurisData* n° 2012-000061 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 45 : La reconnaissance effectuée afin que la mère de l'enfant, ayant un titre de séjour italien permanent, puisse régulariser sa situation et rester en France doit être annulée. Pour que la nullité de la reconnaissance soit prononcée, le ministère public doit rapporter la preuve du caractère frauduleux de la reconnaissance. En l'espèce, la preuve ne semble pas avoir été faite.

²⁸⁸⁵ CA Douai, 12 févr. 2015, n° 14/01832 : *JurisData* n° 2015-003248 ; *Dr. fam.* 2015, comm. 94, note C. Neirinck.

et l'enfant auraient pu caractériser une reconnaissance de complaisance. De ce fait, le recours à la nullité de la reconnaissance paraît excessif²⁸⁸⁶.

Dans le même sens, la cour d'appel de Toulouse²⁸⁸⁷ a refusé de prononcer la nullité d'une reconnaissance faite par un jeune homme qui, au moment de la reconnaissance, entretenait une relation amoureuse avec la mère de l'enfant. En l'espèce, la mère de l'enfant était arrivée en France déjà enceinte de huit mois. Un mois après l'accouchement, le jeune homme a reconnu l'enfant. Plus tard, le ministère public a demandé la nullité de la reconnaissance. Lors de l'audition du jeune homme devant les services de police, celui-ci avait admis que s'il était conscient de ne pas être le géniteur de l'enfant, il avait cependant eu une relation amoureuse avec la mère de l'enfant et avait reconnu l'enfant, car la mère le lui avait demandé juste après l'accouchement. Il avait accepté pour lui faire plaisir. Par ailleurs, il a ajouté qu'il n'avait pas agi pour faciliter l'obtention de papiers par la mère de l'enfant, mais parce qu'il n'avait pas réfléchi à l'époque. La mère de l'enfant ne lui avait pas demandé de reconnaître l'enfant dans le but de régulariser sa situation administrative. Cependant, par la suite, elle a eu un autre enfant avec un homme susceptible d'être aussi le père biologique du premier enfant. Le jeune homme comprit alors que la femme lui avait demandé de reconnaître l'enfant pour régulariser sa situation. La cour en conclut que la preuve du caractère frauduleux de la reconnaissance n'avait pas été rapportée par le ministère public. Pourtant, elle affirme que « dans le cadre d'une action en annulation d'une reconnaissance de paternité pour fraude à la loi, le seul critère est celui de la fraude, indépendamment des considérations quant à la vérité biologique » ; « si le décalage entre la filiation biologique et l'acte de reconnaissance peut constituer un élément dans le sens d'une éventuelle fraude, il ne suffit pas à lui seul à la caractériser, notamment quant à l'intention de frauder la loi qui doit présider dans l'esprit de l'auteur de la reconnaissance. Cette intention doit être constituée par la volonté de procéder à une reconnaissance mensongère dans le seul but de lui faire produire des effets étrangers à la filiation ». Ainsi, la cour a constaté que l'obtention d'un titre de séjour pour la mère de l'enfant et la transmission de la nationalité française au profit de ce dernier n'était pas le seul objectif de la reconnaissance réalisée par le jeune auteur de la reconnaissance, qui n'a pas eu conscience des conséquences de ses actes à l'époque. Par ailleurs, l'auteur de la reconnaissance se conduisait comme le père de l'enfant, avec qui il avait tissé des liens affectifs et matériels importants. En effet, l'auteur de la reconnaissance participait à l'entretien et à l'éducation de

²⁸⁸⁶ En ce sens, Note C. Neirinck, préc.

²⁸⁸⁷ CA Toulouse, 1^{re} ch., 2^e sect., 16 mai 2017, n° 15/05015 : JurisData n° 2017-010440 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 207, note H. Fulchiron ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts.

l'enfant et était désigné auprès de l'école comme personne à prévenir ou pouvant venir chercher l'enfant. Ces faits ont amené la cour à écarter la fraude et maintenir la reconnaissance volontaire.

Les faits de cette espèce illustrent une situation dans laquelle la finalité première de la reconnaissance n'était pas la régularisation administrative de la mère. L'auteur n'a pas eu conscience du mobile de la mère et des conséquences de la reconnaissance au moment de l'acte. De plus, le maintien des liens affectifs entre l'enfant et l'auteur de la reconnaissance démontre l'existence d'une véritable intention filiale de la part de ce dernier. Leur relation était celle d'un père et d'un enfant. Ainsi, si le lien de filiation établi par la reconnaissance n'était pas conforme à la vérité biologique – reconnaissance mensongère – il était conforme à la réalité sociale – la reconnaissance était de complaisance. Dès lors, la nullité de la reconnaissance volontaire contraire ne pouvait pas être déclarée, d'une part, car la fraude à la loi n'a pas été caractérisée – la filiation mensongère ne constitue pas une fraude - et, d'autre part, car les conséquences qu'elle entraînerait – l'anéantissement du lien de filiation paternelle impliquerait le retrait de la nationalité française de l'enfant et donc de la protection de la mère et de l'enfant « étrangers » - seraient contraires à l'intérêt de l'enfant²⁸⁸⁸.

B. Le contrôle de l'intention filiale dans l'adoption

714. La finalité de l'adoption est d'établir un lien de filiation entre l'adoptant et l'adopté²⁸⁸⁹, et lorsqu'il s'agit de l'adoption plénière, de faire entrer l'adoptant dans la famille de l'adopté²⁸⁹⁰. Ainsi, la création de ce lien de filiation suppose l'acceptation des conséquences, des droits et des obligations qui en découlent²⁸⁹¹. Cette intention est alors contrôlée par le juge lorsqu'il étudie la demande en adoption, ainsi que lorsqu'un recours – appel ou tierce opposition ou révision - est formé à l'encontre du jugement d'adoption²⁸⁹².

715. L'absence d'intention filiale dans le cadre de l'adoption peut caractériser un détournement d'institution²⁸⁹³. Tel est le cas lorsque la seule finalité recherchée de l'adoption

²⁸⁸⁸ Note H. Fulchiron, préc.

²⁸⁸⁹ C. civ., art. 364 ; C. civ., art. 365.

²⁸⁹⁰ C. civ., art. 356.

²⁸⁹¹ V. *supra*. n° 613 et s.

²⁸⁹² LARRIBAU-TERNEYRE (V.), AZAVANT (M.), « Adoption », *op. cit.*, n° 322 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 768, n° 790.

²⁸⁹³ BOULANGER (F.), « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille », art. préc. ; FENOUILLET (F.), « Le détournement d'institution familiale », art. préc. ; HAUSER (J.), « Le droit de la famille et l'utilitarisme », art. préc.

n'est pas d'établir un lien de filiation, mais d'obtenir des avantages produits par les effets de l'adoption. Dans ce cas, le but recherché par l'adoptant est étranger aux fins de l'institution de l'adoption et le juge peut, soit refuser d'établir le lien de filiation adoptive²⁸⁹⁴, soit accueillir l'appel ou la tierce opposition et même le recours en révision contre le jugement d'adoption.

716. En matière d'adoption, les juges déclarent irrecevables les requêtes d'adoption dont la finalité constitue un but étranger à l'établissement du lien de filiation. Cette finalité consiste en général à chercher le bénéfice des avantages réservés aux adoptants et/ou aux adoptés ou des avantages découlant du lien de filiation, ainsi que d'éviter les effets d'une loi dont l'effet serait considéré comme nuisible²⁸⁹⁵. Le domaine privilégié pour détourner l'institution est l'adoption simple, en raison de sa souplesse et de la possibilité de la demander à l'égard d'un majeur.

717. Ainsi, la requête en adoption simple dont le seul l'objet serait de profiter des avantages fiscaux réservés aux adoptés simples en matière de libéralités pourrait être considérée comme nulle²⁸⁹⁶. Il en va de même dès lors que la seule finalité de l'adoption est de bénéficier de ses effets successoraux. Ainsi, la cour d'appel de Paris²⁸⁹⁷ a refusé de prononcer l'adoption simple entre une femme et un garçon aux motifs que « seule la volonté successorale de transmettre à M. B... un bien justifie cette demande d'adoption ; que, par suite, l'adoption sollicitée est contraire au but poursuivi par l'institution ». En ce sens, la cour d'appel d'Aix-en-Provence²⁸⁹⁸ a pu affirmer « qu'il y a détournement du but de l'adoption lorsque les considérations successorales ou fiscales sont le ressort principal de la démarche ou lorsqu'il s'agit de créer des relations juridiques étrangères aux rapports filiaux, par exemple entre deux concubins ».

²⁸⁹⁴ TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 769, n° 791.

²⁸⁹⁵ EUDIER (F.), « Adoption », *op. cit.*, n° 270 ; TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. La famille », *op. cit.*, p. 769, n° 791.

²⁸⁹⁶ CA Limoges, 7 mai 2003, *RTD civ.* 2003, p. 693 : si en l'espèce la requête en adoption simple a été accueillie, le juge n'a pas fait droit à la demande des adoptants de constater que l'adopté « dans sa majorité, et pendant 10 ans au moins, a reçu d'eux des secours et soins ininterrompus, de façon à ce que celle-ci bénéficie des dispositions de l'article 763, 3°, du Code général des impôts qui prévoient qu'il est tenu du lien de parenté résultant de l'adoption simple pour la perception des droits de mutation à titre gratuit en faveur des adoptés qui, dans leur minorité et leur majorité et pendant 10 ans au moins, ont reçu de l'adoptant ses secours et des soins interrompus ». La Cour d'appel considère que la constatation des conditions de la loi comptable correspond au juge de l'impôt. L'adoption semble avoir été prononcée car l'avantage fiscal recherché n'était pas la finalité recherchée par les adoptants.

²⁸⁹⁷ V. Paris, 1^{re} ch. C, 29 avr. 2003, arrêt n° 110, *AJ fam.* 2003, p. 266, obs. F. B ; *RTD civ.* 29 avr. 2003, arrêt 110

²⁸⁹⁸ CA Aix-en-Provence, 6e ch., sect. A, 5 sept. 2006, Françoise B. c/ Pierre G. et a. : *Juris-Data* n° 2006-315175 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 54, A. Gabriel.

En l'espèce, la concubine a consenti une donation à ses neveux et nièces, institué sa compagne comme légataire universelle et a adopté simplement cette dernière par la suite. Plus tard, l'adoptante est décédée et l'adoptée a révoqué les donations consenties par l'adoptante aux neveux et aux nièces. Ces derniers ont alors assigné l'adoptée en tierce opposition au jugement d'adoption en demandant que l'adoption simple ne soit pas prononcée. La cour a alors constaté, après quelques doutes, que l'adoptante et l'adoptée entretenaient une relation amoureuse et qu'elles étaient concubines. Ainsi, lors de la mort de l'adoptante, l'adoptée s'est présentée comme sa compagne dans le rapport de police établi pour les besoins de l'autopsie. À plusieurs reprises, l'adoptée a affirmé avoir eu une vie de couple avec l'adoptante jusqu'à son décès. Par ailleurs, l'adoptée avait déclaré à la police après le décès de l'adoptante que cette dernière avait appris de son vivant que si elle adoptait sa concubine, ses neveux et ses nièces ne pourraient plus s'interposer et la mettre à l'écart. De ce fait, la cour constate que l'adoptante était principalement animée par des considérations successorales, voire fiscales et qu'elle ne cherchait pas à établir par l'adoption un véritable lien de filiation. C'est ainsi qu'elle a conclu que l'adoption était entachée de fraude, déclaré recevable la tierce opposition et refusé l'adoption. La concubine ayant perdu son statut d'adoptée, elle perdit aussi ses droits successoraux.

718. Outre le fait que l'adoption n'a pas pour finalité d'établir un lien de filiation entre concubins²⁸⁹⁹, pas plus qu'entre époux²⁹⁰⁰, l'adoption en l'espèce était frappée de nullité, car la seule finalité recherchée était de faire bénéficier l'adoptée des droits successoraux relevant du statut d'héritier réservataire. Le lien de couple entre l'adoptante et l'adoptée ne fait que confirmer l'absence d'intention filiale. Ainsi, dans ce cas, un double détournement d'institution peut être constaté : l'adoption du concubin et l'adoption pour à fins successorales et fiscales²⁹⁰¹.

En revanche, la Cour de cassation²⁹⁰² a confirmé l'arrêt d'une cour d'appel qui avait fait droit à la requête de l'adoptant âgé de 83 ans en adoption de sa belle-fille. En l'espèce, les filles de l'adoptant se sont opposées à l'adoption, en alléguant l'absence de véritable intention filiale

²⁸⁹⁹ V. sur ce point, Civ. 1^{re}, 22 juin 2004, n° 02-10.136 F-D : JurisData n° 2004-026834 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 30, note P. Murat : la Cour confirme l'arrêt de la cour d'appel qui a, sur la tierce opposition des enfants de l'adoptant prédécédé, rétracté la jugement qui a prononcé l'adoption simple entre ce dernier et sa concubine.

²⁹⁰⁰ V. sur ce point, Civ. 1^{re}, 23 juin 2010 ; Civ. 1^{re}, 23 juin 2010, n° 09-66.782 ; *D.* 2010, p. 1627 ; *AJ fam.* 2010, p. 392, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2010, p. 542, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2004-10/47, obs. Th. Garé : « Attendu que la cour d'appel a retenu, à bon droit, que l'institution de l'adoption n'avait pas vocation à créer un lien de filiation entre deux ex-époux ; que le moyen n'est pas fondé ».

²⁹⁰¹ Note, A. Gabriel ss. CA Aix-en-Provence, 6e ch., sect. A, 5 sept. 2006, *Dr. fam.* 2007, comm. 54.

²⁹⁰² Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 2016, n° 14-23.326, F-D : JurisData n° 2016-002180 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 77, note S. Tetard.

et la recherche d'une seule finalité successorale au profit de la belle-fille. Ainsi, pour démontrer le détournement d'institution de l'adoption simple, les filles de l'adoptant affirmaient que ce dernier avait menti lors de l'instance quant au contenu de son patrimoine, lequel avait été réduit significativement. Pour les filles, cet acte confortait la thèse d'une adoption à des fins purement successorales. Cependant, la Cour a rejeté le pourvoi en relevant que l'adoptant avait connu l'adoptée lorsqu'elle avait 10 ans, cette dernière n'ayant plus aucun contact avec son père biologique. L'adoptant avait contribué activement à l'éducation et l'entretien de l'adoptée, la traitant comme si elle était sa propre fille. De plus, la Cour a soulevé que l'adoptant entretenait des relations fréquentes et chaleureuses avec les enfants de l'adoptée, les considérant comme ses propres petits enfants. Ainsi, la Cour affirme que par l'adoption, l'adoptant a voulu, à la fin de sa vie, « consacrer la relation filiale qu'il entretenait avec [l'adoptée] depuis plus de 30 ans, ce dont il résultait que la démarche entreprise n'avait pas une visée exclusivement successorale ».

Si l'adoption d'un majeur peut provoquer la suspicion d'un détournement d'institution, caractérisé par une finalité purement successorale, en l'espèce, les relations matérielles et affectives entre l'adoptant et l'adoptée permettaient de constater une relation filiation invétérée, qui n'était qu'institutionnalisée par l'adoption simple²⁹⁰³.

719. Enfin, le détournement d'institution par une adoption simple dépourvue d'intention filiale peut être caractérisé par la seule recherche des avantages en matière de droits des étrangers. En effet, l'adoption simple d'un étranger peut avoir pour objet de le faire bénéficier d'un titre de séjour. Ce procédé a été sanctionné par la cour d'appel de Paris²⁹⁰⁴. En l'espèce, un homme âgé de 90 ans a demandé l'adoption simple d'un ressortissant marocain âgé de 30 ans qui travaillait auprès de lui en tant qu'aide ménager à domicile. Pour rejeter la requête, la cour a constaté d'une part, que l'étranger avait pu obtenir un titre de séjour grâce au contrat de travail le liant à l'adoptant et, d'autre part, que s'il avait donné son consentement devant notaire, devant le tribunal, il avait émis le souhait que l'adoption ne produise pas les effets prévus par le Code civil. Ainsi, l'absence d'une véritable intention filiale était démontrée par la recherche d'un titre de séjour pour l'étranger, et surtout par la volonté de ce dernier d'éviter que les effets de l'adoption simple lui soient appliqués.

²⁹⁰³ Note S. Tetard, préc.

²⁹⁰⁴ CA Paris, 6 févr. 1996, *Dr. fam.* 1996, comm. 8, obs. P. Murat ; *RTD civ.* 1996, p. 377, obs. J. Hauser.

Dans le même sens, la cour d'appel de Colmar²⁹⁰⁵ a rejeté la requête en adoption simple du neveu musulman algérien majeur par sa tante française. En l'espèce, le neveu, âgé de 21 ans était en situation irrégulière sur le territoire français. Ainsi, la cour a rappelé d'une part, que la loi personnelle du neveu n'autorisait pas l'adoption et, d'autre part, que la finalité de cette institution était de créer un lien de filiation. Puis elle a relevé la situation irrégulière du neveu en France, dont le visa de touriste était déjà périmé. Elle a aussi constaté que des liens existants entre le neveu et la tante ne justifiaient pas la création d'un lien de filiation par le biais de l'adoption. De même, elle a pris en compte le fait que les parents du neveu n'avaient pas donné leur consentement à l'adoption et qu'ils pouvaient avoir le sentiment d'être reniés par leur fils. Enfin, la cour affirme que si l'adoption simple ne provoque pas la rupture des liens de filiation d'origine, elle implique du moins le relâchement des liens affectifs à l'égard de cette dernière. Dans ce cas, l'absence d'intention filiale et le détournement de l'institution de l'adoption ont été caractérisés par la situation irrégulière de l'enfant et par l'absence de justification pour modifier les liens familiaux entre la tante et le neveu, dont les liens n'étaient pas suffisamment étroits pour établir un lien de filiation à travers l'adoption. Pour la cour, il était évident que l'adoption n'avait pour finalité que la recherche d'un titre de séjour pour le neveu en situation irrégulière.

²⁹⁰⁵ CA Colmar 7 mars 2002, *RJPF* 2003-6/36, Th. Garé.

Conclusion du chapitre II

720. Lorsque le juge judiciaire se prononce sur la protection de la volonté manifestée d'établir un lien familial ou sur la protection de l'institution familiale, il révèle dans les motifs de sa décision la manière dont il appréhende l'*animus familiae*.

721. Rappelons que l'*animus familiae* constitue l'élément subjectif du lien familial. Cet élément se présente comme l'élément fondateur du lien familial, car il est antérieur à sa formation. Si le lien familial existe, c'est parce qu'une ou deux personnes ont manifesté leur volonté d'être unies par ce lien.

722. Ainsi, l'*animus familiae* se manifeste différemment selon le lien familial concerné. Concernant les liens de couple, il suppose la manifestation de la volonté de deux personnes. Cette volonté prend une forme différente selon qu'elle se manifeste pour établir un lien matrimonial, un lien entre partenaires pacsés ou un lien entre concubins. Pour ce qui est du mariage et du Pacs, elle prend la forme d'un consentement au moment de leur conclusion. Pour le concubinage, elle se manifeste à travers la volonté des concubins de mener une vie commune.

Concernant les liens de parenté, l'*animus familiae* suppose la manifestation de la volonté d'au moins une personne, contrairement aux liens de couple, d'être uni par un lien de filiation. La forme de l'*animus familiae* dans les liens de parenté varie selon le mode d'établissement du lien de filiation. Il peut se manifester par la désignation dans l'acte de naissance de la mère, lorsqu'elle n'a pas décidé d'accoucher dans l'anonymat. S'agissant de l'établissement de la filiation par la présomption de paternité, la volonté semble se manifester au moment de la célébration du mariage. De plus, l'*animus familiae* se manifeste, lorsque le lien de filiation est établi par la possession d'état à travers un acte de notoriété ou par l'action en constatation de la possession d'état, par la réunion de faits qui révèlent le lien de filiation : le *tractatus*, la *fama* et le *nomen*. Concernant l'établissement de la filiation par reconnaissance volontaire, l'*animus familiae* se manifeste par la volonté de l'auteur d'établir le lien de filiation. Cette volonté est constatée dans un acte reçu par l'officier de l'état civil ou par tout autre acte authentique. Enfin, il se manifeste par la demande en établissement de filiation ou en adoption et, le cas échéant, par le consentement de l'adoptant, lorsqu'il est âgé de plus de treize ans.

723. La lecture des motifs des décisions rendues par le juge judiciaire nous a montré que le lien familial est fondé sur une volonté de *faire famille* ou *animus familiae*. La manifestation de cet *animus familiae*, par une ou deux personnes, selon le lien familial concerné, doit être réelle et constatable afin que le lien soit valablement établi. Cette manifestation est strictement personnelle et n'admet pas de représentation. De même, elle doit être libre et éclairée : les personnes doivent pouvoir décider si elles veulent être unies par un lien familial et choisir la personne avec laquelle elles souhaitent établir ce lien. L'*animus familiae* implique également l'intention d'assumer les conséquences, les effets, les droits et les obligations qui découlent du lien familial. Ainsi, la volonté d'établir un lien familial doit être assortie d'une intention familiale. Pour que l'*animus familiae* soit valable, il faut que l'établissement du lien familial ne recherche pas des buts ou des avantages étrangers ou contraires à sa constitution.

Conclusion du titre 2

724. Le juge identifie les éléments qui constituent le concept de lien familial lorsqu'il réalise l'opération de qualification, laquelle caractérise la démarche inductive de l'acte juridictionnel. Rappelons que l'opération de qualification implique d'une part, la recherche de la règle applicable à l'espèce et, d'autre part, la confrontation de la règle retenue aux faits sur lesquels les parties fondent leur prétention. Nous avons alors constaté que le juge identifie les caractères issus de la règle d'ordre public familial lorsqu'il détermine la règle de droit applicable à l'espèce. Ensuite, lorsqu'il est en mesure d'interpréter les faits de l'espèce à la lumière de la règle de droit retenue, il identifie l'intention de *faire famille* ou *animus familiae* comme l'élément subjectif du lien familial.

Par la suite, le juge révèle l'unité conceptuelle de la notion de famille lorsqu'il opère la démarche déductive de l'acte juridictionnel, laquelle est caractérisée par le prononcé du jugement. À ce stade, si le cas d'espèce réunit les conditions relevant du régime juridique applicable, le juge ordonne dans le dispositif de son jugement la levée de l'obstacle qui empêche l'exercice du droit subjectif demandé par les parties, ainsi que la réalisation de la règle de droit en l'espèce. C'est donc dans les motifs de sa décision que le juge explique le raisonnement qu'il a adopté pour justifier sa solution et révèle les éléments constitutifs du lien familial et la manière dont ils s'articulent. Le juge est donc obligé d'appréhender le sens de la nature familiale du lien lorsqu'il est saisi d'une demande portant sur la création ou sur la reconnaissance d'un lien familial.

725. Ainsi, par les motifs des décisions analysées, nous avons constaté que le lien familial est fondé sur un élément objectif, constitué d'une volonté caractérisée de *faire famille* ou *animus familiae*. L'*animus familiae* se manifeste par une volonté d'être uni à une autre personne par un lien horizontal (lien de couple) ou par un lien vertical (lien de parenté) et d'accepter les effets, les devoirs et les obligations qu'entraîne la constitution du lien familial. L'*animus familiae* se concrétise dans la réalité d'une manière différente, selon la nature du lien familial concerné à travers des actes ou des comportements qui permettent de constater l'intention des personnes d'être unies par ce lien familial.

726. De même, la lecture des motifs des décisions rendues par le juge judiciaire nous a montré que la manifestation de cet *animus familiae*, par une ou deux personnes, selon le lien familial concerné, doit être réelle et constatable afin que le lien soit valablement établi. La

manifestation de la volonté représentée par l'*animus familiae* est strictement personnelle et n'admet pas de représentation. De plus, cette volonté doit être libre et éclairée, car les personnes doivent pouvoir décider si elles veulent être unies par un lien familial et choisir la personne avec laquelle elles souhaitent établir ce lien. L'*animus familiae* implique également l'intention d'assumer les conséquences, les effets, les droits et les obligations qui découlent du lien familial. Ainsi, la volonté d'établir un lien familial doit être assortie d'une intention familiale. Pour que l'*animus familiae* soit valable, il faut que l'établissement du lien familial ne recherche pas des buts ou des avantages étrangers ou contraires à sa constitution.

Par ailleurs, l'*animus familiae* doit être conforme aux conditions de formation du lien familial fixées par la loi, notamment à celles qui traduisent les caractères imposés par la règle d'ordre public familial, dont la bilatéralité et l'exclusivité, l'interdiction de l'inceste et l'indifférence partielle de l'altérité sexuelle. Ces caractères constituent, rappelons-le, l'élément objectif du lien familial.

Conclusion de la seconde partie

727. Dans cette partie, nous avons démontré que le juge identifie les éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille, laquelle réside dans le concept de lien familial, lorsqu'il réalise la démarche inductive de l'acte juridictionnel. De même, nous avons expliqué la manière dont le juge révèle pour les autres, pour les justiciables et, en général, pour la collectivité, le contenu du concept de lien familial dans les motifs de son jugement, lorsqu'il réalise la démarche déductive de l'acte juridictionnel.

728. L'identification des éléments constitutifs du concept de lien familial a lieu lors de l'opération de qualification qui caractérise la phase inductive de l'acte juridictionnel. L'opération de qualification suppose la traduction des éléments de fait du cas concret en droit, afin de déterminer leur régime juridique. Le juge identifie les éléments constitutifs du lien familial lorsqu'il réalise les étapes de la qualification.

Ainsi, lorsque le juge réalise la première étape de la qualification, consistant à déterminer la règle de droit applicable à l'espèce, il identifie le premier élément, l'élément objectif du lien familial, comprenant les caractères issus de la règle d'ordre public familial. Ces caractères découlent des conditions de formation du lien familial, lesquelles déterminent sa structure. La règle d'ordre public familial dessine et préserve la notion de famille retenue par le droit. L'analyse des conditions de formation du lien familial nous a permis d'identifier les trois caractères du lien familial : la bilatéralité et l'exclusivité, l'interdiction de l'inceste et l'indifférence de l'altérité sexuelle. Si ces caractères constituent des constantes dans tous les liens familiaux, ils peuvent faire l'objet d'une évolution, car ils sont soumis aux changements des mœurs de la conception sociale et juridique de la famille.

729. L'analyse des motifs des décisions rendues par le juge nous permet de constater la manière dont il vérifie que le lien familial est conforme aux conditions de formation du lien familial fixées par la loi, notamment à celles qui traduisent les caractères de la règle d'ordre public familial. C'est lorsqu'il réalise la démarche déductive de l'acte juridictionnel, caractérisée par le prononcé du jugement, qu'il révèle dans les motifs de sa décision que le lien familial est une union juridique entre deux personnes, dans laquelle l'inceste est interdit et où l'altérité sexuelle est partiellement indifférente.

730. Par ailleurs, une fois que le juge a déterminé la règle de droit applicable à l'espèce, il peut confronter les éléments de fait aux présupposés de la règle de droit retenue. Le juge identifie alors l'élément subjectif du lien familial, caractérisé par la volonté de *faire famille* ou *animus familiae*, lequel implique la volonté caractérisée de constituer un lien familial. Cette volonté suppose l'intention d'être uni à une autre personne par un lien horizontal (un lien de couple) ou par un lien vertical (un lien de parenté) de nature familiale et d'accepter les effets, les droits et les obligations qu'entraîne la constitution de ce lien familial. L'*animus familiae* se concrétise dans la réalité par des actes ou des comportements qui permettent de constater la volonté caractérisée de *faire famille*.

731. L'étude des motifs des décisions rendues par le juge nous a permis de constater qu'il vérifie la conformité de *l'animus familiae* à la notion de famille retenue par le législateur. Si ce dernier n'a pas formulé dans la loi une définition de la famille, le juge est obligé de l'appréhender à travers deux mécanismes, d'une part, la protection de la volonté manifestée et, d'autre part, la protection de l'institution familiale. Dès lors, le lien familial serait une union fondée sur la manifestation d'une volonté d'établir un lien familial ou *animus familiae*. Cette volonté doit être réelle et constatable, ainsi que libre et éclairée. De plus, elle doit être assortie d'une intention familiale, laquelle implique l'acceptation des conséquences, des effets, des droits et des obligations qui découlent du lien familial. L'établissement du lien familial ne doit pas rechercher des buts ou des avantages étrangers ou contraires à sa constitution.

Conclusion générale

732. À l'issue de notre étude, nous espérons avoir convaincu de la pertinence d'avoir considéré d'une part, que l'élément irréductible de la notion de famille, c'est-à-dire son unité conceptuelle, réside dans le lien familial et, d'autre part, que le juge judiciaire est l'observateur le plus apte à découvrir et à révéler cette unité conceptuelle.

L'appréhension de la notion de famille en tant que notion *indéterminée* et *conceptuelle* nous a permis d'identifier son unité conceptuelle dans le lien familial. Ce dernier est en effet l'élément commun à toutes les formes familiales. Ainsi, nous avons démontré que la notion de famille peut être appréhendée à travers le concept de lien familial.

La désignation du juge judiciaire comme observateur efficace de la notion de famille, justifiée par la structure de l'acte juridictionnel, nous a permis de constater qu'il est obligé de restituer à la notion de famille la plénitude de son sens. En effet, lorsqu'il ordonne la création, le maintien ou la reconnaissance en France d'un lien familial établi à l'étranger, il révèle les éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille, ainsi que la manière dont ils s'articulent.

733. Dans la première partie de notre étude, nous avons démontré que le juge découvre pour lui-même l'unité conceptuelle de la notion de famille lorsqu'il réalise la phase inductive de l'acte juridictionnel. Cette découverte implique la perception du lien familial. Puis, nous avons démontré que le juge révèle pour les autres, pour les justiciables et, en général, pour la collectivité, que l'unité conceptuelle de la notion de famille réside dans le concept de lien familial, lorsqu'il opère la phase déductive de l'acte juridictionnel.

734. Ainsi, la découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille commence par la perception des situations de fait revendiquées par les parties comme des situations familiales. Deux outils techniques permettent au juge de réaliser cette perception : d'une part, la compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale et, d'autre part, la prétention des parties.

Si la compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale est attribuée à une pluralité de juges, nous avons considéré que le juge le plus apte à découvrir l'unité conceptuelle de la notion de famille est celui qui participe à l'établissement ou l'anéantissement du lien familial. La compétence exclusive en matière d'état des personnes, de

mariage, de filiation et d'adoption attribuée au tribunal de grande instance nous a permis de le considérer comme la juridiction la plus apte à réaliser cette découverte.

S'agissant de la prétention des parties, elle déclenche l'acte juridictionnel et, de ce fait, le processus de découverte de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Lorsque les parties demandent la création, le maintien ou la reconnaissance en France d'un lien établi à l'étranger, le juge doit s'interroger sur le contenu et sur la structure de la notion de famille. Nous avons alors distingué deux catégories principales de prétentions qui permettent au juge de percevoir les différentes situations de fait revendiquées par les parties comme des situations familiales. La première catégorie concerne les prétentions ayant pour objet la création ou le maintien d'un lien familial. La seconde catégorie est composée des prétentions ayant pour finalité la reconnaissance en France d'un lien établi à l'étranger. Ces prétentions permettent au juge de percevoir des situations familiales *simples*, dont le lien familial est conforme à la règle de droit applicable, ainsi que des situations familiales *complexes*, dont le lien familial n'est pas conforme à la règle de droit, mais dont la création ou la reconnaissance s'impose essentiellement par respect des droits fondamentaux.

735. Par ailleurs, la phase déductive est caractérisée par le prononcé du jugement, lequel est composé des motifs dans lesquels le juge explique le raisonnement adopté qui justifie sa décision. Le juge révèle alors aux tiers que l'unité conceptuelle de la notion de famille réside dans le concept de lien familial. Cette révélation peut amener le juge à construire ou à compléter ce concept. À ce stade, nous avons été confrontés à deux questions : quelle est l'étendue de la marge de manœuvre du juge dans la construction du lien familial ? Peut-il créer ou reconnaître des liens familiaux qui ne remplissent pas les conditions légales de formation et qui ne présentent pas les caractères issus de la règle d'ordre public familial ?

Nous avons trouvé les réponses à ces questions grâce à la révélation des sources du lien familial opérée par le juge. Le juge révèle que le lien familial est principalement régi par la loi, laquelle détermine les liens familiaux existant dans l'ordonnement juridique et fixe les conditions de leur formation. Cependant, nous avons également constaté que la jurisprudence joue un rôle déterminant dans la construction et l'évolution du concept de lien familial. En effet, le juge peut exercer un acte jurisprudentiel, dont l'exercice s'avère exceptionnel, afin de créer, d'éclaircir ou de compléter la règle de droit dès lors qu'elle est inexistante ou insuffisante, car obscure ou incomplète ou inéquitable. Ainsi, par la réalisation de cet acte jurisprudentiel, le juge peut créer ou reconnaître des liens familiaux *contra-legem*. Ces liens trouvent alors leur source dans la règle jurisprudentielle.

736. Nous avons alors constaté que la marge de manœuvre du juge dans la construction du concept de lien familial est très limitée. En effet, il ne doit créer ou reconnaître que les liens qui remplissent les conditions de formation fixées par la loi et qui présentent les caractères issus de la règle de droit. Toutefois, il peut admettre la création ou la reconnaissance des liens familiaux *contra-legem*, notamment en exerçant un contrôle de conventionnalité *in concreto*, s'il considère que l'application de la loi entraîne une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux des parties, au regard du but légitime poursuivi. C'est ainsi que nous avons remarqué l'émergence d'un nouvel élément constitutif de l'unité conceptuelle de la notion de famille : la conformité du lien familial aux droits fondamentaux des parties.

737. Dans la seconde partie de notre étude, nous avons démontré que le juge révèle les éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille. Cette révélation suppose l'identification préalable des éléments constitutifs du concept de lien familial, laquelle a lieu lorsqu'il réalise l'opération de qualification qui caractérise la phase inductive de l'acte juridictionnel. C'est également dans le cadre de l'opération de qualification qu'il vérifie que le lien familial demandé par les parties est conforme à la notion de famille retenue par le droit. Ensuite, il révèle dans les motifs de sa décision le résultat de cette opération, lorsqu'il exerce la démarche déductive de l'acte juridictionnel.

738. L'identification des éléments constitutifs du concept de lien familial a donc lieu dans l'opération de qualification. Nous avons remarqué que lorsque le juge détermine la règle applicable à l'espèce, il identifie l'élément objectif du lien familial, lequel comprend les caractères issus de la règle d'ordre public familial : la bilatéralité et l'exclusivité, l'interdiction de l'inceste et l'indifférence de l'altérité sexuelle. Ces caractères découlent des conditions légales de formation du lien familial. Ils façonnent le lien familial et préservent la notion de famille retenue par le législateur.

Ensuite, lorsque le juge a déterminé la règle applicable à l'espèce, il identifie l'élément subjectif du lien familial, lequel implique une volonté de *faire famille* ou *animus familiae*.

739. L'analyse des motifs des décisions rendues par le juge judiciaire nous a permis de constater la manière dont le juge vérifie la conformité du lien demandé par les parties à la notion de famille retenue par le législateur. En effet, il vérifie que le lien réunit bien les conditions de formation fixées par la loi, notamment celles qui traduisent les caractères de la règle d'ordre public familial. De même, il vérifie la conformité de l'*animus familiae* sur lequel

le lien familial est fondé à la notion de famille retenue par le droit. Si le législateur n'a pas formulé une définition de famille dans la loi, le juge doit l'appréhender à travers deux mécanismes : la protection de la volonté manifeste et la protection de l'institution familiale.

740. Dès lors, le lien familial serait une union juridique, fondée sur une volonté de *faire famille* ou *animus familiae*, entre deux personnes, dans laquelle l'inceste est interdit et où l'altérité sexuelle est partiellement indifférente. Cette définition, révélée en filigrane dans l'ensemble des décisions analysées, ne doit pas être considérée comme figée ou définitive, car elle peut faire l'objet d'une évolution, en fonction des mutations du phénomène familial et des transformations du droit de la famille. Si les éléments qui la constituent sont communs à tous les liens familiaux, ils pourraient être écartés ou modifiés par le législateur ou remis en cause par le juge, notamment sous l'influence de la jurisprudence européenne.

741. Ainsi, malgré la complexité et la diversité des situations familiales, la famille peut être appréhendée par le droit à travers le concept de lien familial, dont le contenu et la structure sont soumis à l'épreuve du temps et aux changements des mœurs. Cependant, ces transformations ne démontrent pas une quelconque crise de la famille, car en dépit des évolutions qu'elle a connues et quelle continuera à expérimenter, la famille demeure la cellule de la société. Ces mutations mettent en évidence son aptitude fascinante à se maintenir dans le temps et à s'adapter à la réalité sociale. Si toutes les familles ne se ressemblent pas — toutes les familles ne sont pas constituées d'un père, d'une mère, de deux grands-pères, de deux grand-mères et de huit arrière-grands-parents — elles doivent toutes être reconnues comme une famille.

Index alphabétique

(les numéros renvoient aux paragraphes numérotés)

A

- **Accouchement sous X** 648, 288
- **Acte de l'état civil**
 - réception de l'acte de l'état civil 200-201, 210.
 - transcription de l'acte de mariage célébré à l'étranger, v. **Mariage**.
- **Acte juridictionnel** 25, 34.
- **Acte jurisprudentiel** 301-307.
- **Adoption** 166-170, 660.
 - adoption de l'enfant du conjoint 455, 544, 582.
 - contrôle judiciaire du nombre d'adoptions 545.
 - conversion de l'adoption étrangère en adoption plénière 219.
 - interdiction de l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé ou du concubin 190, 456, 264, 269- 271, 275, 327, 370-373, 546, 585.
 - interdiction de l'inceste 364-369, 576-569.
 - interdiction pour les couples de même sexe 488, 583.
 - ouverture aux couples mariés de même sexe 490-494, 548.
 - réception de l'adoption prononcée à l'étranger 489, 585.
 - volonté 668, 688-690, 714-719.

- **Animus familiae** 609, 610, 604-607, 722.
- concrétisation 634-636
- notion dans le lien de couple 618-623
- notion dans le lien de parenté 624
- **Autorité parentale**,
 - délégation-partage 155, 489, 537.
 - effets de la filiation 629.
- **Avis de la Cour de cassation** 493, 271, 587
- **Avis de la Cour européenne des droits de l'homme** 396.

B

- « **Beau-parent** », 155.
- **Bigamie ou Polygamie** 227.
- **Mariage bigame ou polygame**, v. **Mariage**

C

- **Concubinage** 131, 133
- condition d'exclusivité 448, 532-534.
- indifférence de l'altérité sexuelle 479.
- interdiction de l'inceste 462-464, 563.
- qualification 150.
- volonté 641, 643.

- **Conventionnalité, contrôle** 24, 276-277, 319-352.
- **Connaissance, modèle** 31.
- **Compétence**
- compétence matérielle ou d'attribution 44-45.
- compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale 48, 50, 55, 61, 56, 58.

D

- **Durkheim, É.** 4.

E

- **Effet**
- effet déclaratif 156.
- **Exequatur** 216-218, 584.

F

- **Fait**
- fait apporté par la prétention 102-105, 426.
- **Famille**
- définitions 9
- évolution du droit 6
- famille nucléaire 4
- situation familiales *simples* 121, 124
- situations familiales *complexes* 122, 171.
- **Filiation** 158
- actions aux fins d'établissement 158, 161, 183, 658-659, 338-339.
- effets sur l'état civil 627.

- filiation incestueuse 187, 467-473, 364-369, 389, 565.
- indifférence partielle de l'altérité sexuelle 287, 330, 589.
- possession d'état 652-656, 659.
- présomption de paternité 649.
- principe chronologique 452, 453, 538-543, 586-588.
- réception de l'acte attestant l'établissement de la filiation à l'étranger 212.
- reconnaissance volontaire, volonté 650, 686-688, 710-713.
- règles générales 158-163.
- Fondamentalisation du droit** 7, 24.

G

- **Gestation pour autrui** 232-240, 392-398.

H

- **Homoparentalité** 489.

I

- **Inceste** 457, 550.
- **Inceste, filiation incestueuse** v. Filiation
- **Institution familiale, protection** 691-693.
- **Intention**
- intention de constituer un lien familial 611, 691.

- intention de vivre en couple en tant que concubins 623, 586-588.
- intention de vivre selon le statut du Pacs 621-622, 701-703.
- intention matrimoniale 618, 696-700.
- **Interprétation** 301, 305.

J

- **Juges spécialisés** 58-59.
- **Juge aux affaires familiales** 51, 58, 60-65.
- **Juge des enfants** 56, 61, 64.
- **Juge des tutelles** 51, 56, 58-59.
- **Juge judiciaire**
- marge de manœuvre dans la construction du lien familial 348-350, 352-354.
- observateur de la notion de famille 26, 40, 36.
- **Jugement** 36-37.
- reconnaissance du jugement étranger, 214.

L

- **Lien familial**, 9, 19, 23, 83, 90, 92, 124, 222, 424, 509, 596, 597.
- création 116, 119.
- détermination par la loi 289-294.
- lien de parenté 153.
- liens de couple, 127-137.
- reconnaissance 117, 194-195.
- source légale 256, 280-281.

Loi

- compétence exclusive du législateur en matière familiae 258, 273, 279-286.

M

- **Mariage** 130, 135,
- autorisations 145, 673
- consentement 639, 643, 673-676, 678-682
- dispense 141, 556.
- empêchements 175, 555.
- indifférence de l'altérité sexuelle 484-485, 576.
- interdiction du mariage entre personnes de même sexe 483, 263, 266, 274.
- liberté fondamentale du mariage 643.
- mariage bigame ou polygame, interdiction 228-229, 444, 521.
- mariage bigame ou polygame, reconnaissance 230.
- mariage bigame, maintien 380.
- mariage entre alliés, 176-184, 338, 381, 556-561
- mariage, condition d'exogamie 462-463, 356-359, 360-362, 555-556.
- mariage, condition de monogamie 443, 515-528.
- mariage, règle de conflit en matière de conditions de fond 287.

- opposition à mariage 141-142, 674-676, 516, 582
- transcription de l'acte de mariage célébré à l'étranger, 210-211.
- **Motivation** 252.
- Motifs 308, 341.

N

- **Notion fonctionnelle** 14, 16.
- **Nom** 629.
- **Notion conceptuelle**, 14, 15, 16.
- **Notion déterminée** 11, 12.
- **Notion indéterminée** 11, 12.

O

- **Obstacle** 46, 113.
- insurmontable 112, 196.
- levée 93.
- notion 92.
- surmontable 121, 196.
- **Office du juge** 49.
- **Ordre public** 435.
- Ordre public familial 436-437.
- Ordre public, contrôle de conformité 215.
- Ordre public, effet de l'ordre public international français atténué 223, 334-335, 379.
- **Obligation alimentaire** 631-633.

P

- **Pacte civil de solidarité** 131, 133-135.

- autorisation 147-148, 673
- condition d'exclusivité 446, 529-531.
- consentement 639, 643, 673, 683.
- indifférence de l'altérité sexuelle 479-481.
- interdiction de l'inceste 462-464, 563.
- interdiction de la « polypacsie » 447.
- **Parentalité** 154.
- **Partenariat enregistré**
- Réception du partenariat enregistré à l'étranger 207.
- **Perception** 44, 83.
- **Phase inductive** 34, 46, 79, 85, 598.
- **Phase déductive** 27, 32, 251, 402, 735,
- **Pluralisme juridique** 24.
- **Prétention** 31, 85, 113.
- Prétention, cause et objet 91, 93.
- Prétention, définition 87-95.
- Prétention, fonction 96-101.
- **Principe de reconnaissance de plano** 213.
- **Principe dispositif** 98.
- **Procréation médicalement assistée** 495-501, 651.
- **Proportionnalité**
- contrôle *in concreto* 172, 177, 180, 184, 187, 224, 472, 336-342, 382, 386-391, 508.

Q

- **Qualification** 424, 433-434.

R

- **Règle d'ordre public familial** 438.
- Caractères issus de la règle d'ordre public familial 438.

- **Règle jurisprudentielle** 301, 308-315.

S

- **Syllogisme judiciaire** 26, 433-435, 610.

T

- **Transsexuel**, 390-391
- **Tribunal d'instance** 51.
- **Tribunal de grande instance** 51, 56, 66-74.
- **Tribunal de première instance, proposition de création** 77.
- **Tribunal judiciaire**, 80.

U

- **Unité conceptuelle, notion**, 10, 15, 30.

V

- **Vie familiale, notion** 7.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux.

Traitées et Manuels

- ANCEL (B.), LEQUETTE (Y.), « Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé », 5^e éd., 2006, Dalloz.
- AUBERT (J.-L.), SAVAUX (É), FLOUR (J.), « Droit civil. Les obligations. T. 1 L'acte juridique », 16 éd., Université, Sirey, Dalloz, 2014, p. 292, n° 284.
- BÉNABENT (A.), « Droit de la famille », coll. Domat droit privé, 3^e éd., LGDJ, 2014.
- BERGEL (J.-L.) « Méthodologie juridique », Thémis, PUF, Paris, 2001.
- BERGEL (J.-L.) « Théorie générale du droit », coll. Méthodes du droit, 5^e éd., Dalloz, 2012.
- BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Droit des obligations », 16 éd., édition par Virginie Larribau-Terneyre, Sirey, Université, Dalloz, 2018.
- BUFFELAN-LANORE (Y.), LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « Droit civil. Introduction. Biens. Personnes. Famille », 19^e éd, Dalloz, Sirey, 2017.
- CADIET (L.), JEULAND (E.), « Droit judiciaire privé », 10 éd., LexisNexis, 2017.
- CADIET (L.), NORMAND (J.), AMRANI MEKKI (S.), « Théorie générale du procès », Thémis, 2^e éd., PUF, 2013.
- CAPITANT (H.), TERRÉ (F.), LEQUETTE (Y.), « Grands arrêts de la jurisprudence civile », *GAJC*, t. 1, 13^e éd., Dalloz, 2015.
- CARBONNIER (J.), « Droit civil. Introduction. Les personnes. La famille, l'enfant, le couple », Vol. I, 1^{re} éd., Quadrige, PUF, 2004.
- CARBONNIER (J.), « Droit civil. La famille, l'enfant, le couple », t. 2, 21^e éd., PUF, 2002.
- CARBONNIER (J.), « Droit civil. Les biens. Les obligations », Vol. II, PUF, 2004.
- CORNU (G.), « Linguistique juridique », 3^e éd., Montchrestien, 2005.
- COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.), « Droit de la famille », 7^e éd., Dalloz, Sirey, 2017.
- DE SINGLY (F.), « Sociologie de la famille contemporaine », 3^e éd., Armand Colin, Barcelone, Espagne, 2007.
- DELEBECQUE (PH.), PANSIER (F.-J.), « Droit des obligations. Contrat et quasi-contrat », 7^e éd., LexisNexis, Paris, 2016.
- DEUMIER (P.), « Introduction générale au droit », 4^e éd., LGDJ, Lextenso, 2017.
- ÉGÉA (V.), « Droit de la famille », LexisNexis, 2016.
- FABRE-MAGNAN (M.), « Droit des obligations », *Vol. I – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2016.

- FAYE (E.), « La Cour de cassation. Traité de ses attributions, de sa compétence et de la procédure observée en matière civile », Ed. Librairie Edouard Duchemin, 1970.
- GHESTIN (J), « Traité de droit civil. La formation du contrat », T. II, 3^e éd., LGDJ, Paris, 1993.
- GHESTIN (J), « Traité de droit civil. La formation du contrat », T. I, 4^e éd., LGDJ, Lextenso Paris, 2013.
- GUINCHARD (S.) *et alii*, « Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil », coll. Précis, 34^e éd., Dalloz, 2018.
- GUINCHARD (S.), CHAINAIS (C.), DELICOSTOPOULOS (C.), « Droit processuel. Droits fondamentaux du procès », Coll. Précis, 9^e éd., Dalloz, 2017.
- GUINCHARD (S.), MONTAIGNER (G.), VARINARD (A.), DEBARD (TH.), « Institutions juridictionnelles », coll. Précis, 14^e éd., Dalloz, 2017.
- HÉRON (J.) et LE BARS (T.), « Droit judiciaire privé », coll. Domat, Droit privé, LGDJ, 6^e éd., Lextenso, 2015.
- JEULAND (E.), « Droit processuel général », coll. Domat droit privé, 2^e éd., Montchrestien, Lextenso, 2012.
- LEMOULAND (J.-J.), « Droit de la famille », coll. Cours Magistral, Ellipses, 2014
- LOUSSOUARN (Y.) , BOUREL (P.), VAREILLES-SOMMIERES (P.), « Droit international privé », coll. Précis, 10^e éd., Dalloz, 2013.
- MALAURIE (PH.), FULCHIRON (H.), « Droit de la famille », coll. Droit civil, LGDJ, Lextenso, 2018.
- MALINVAUD (PH.), « Introduction à l'étude du droit », 17^e éd., LexisNexis, 2014.
- MALINVAUD (PH.), FENOUILLET (D.), MEKKI (M.), « Droit des obligations », 13^e éd., LexisNexis, 2014.
- PERROT (R.), BEIGNIER (B.), MINIATO (L.), « Institutions judiciaires », coll. Domat droit privé, 16^e éd., Montchrestien, Lextenso éditions, 2017.
- TERRÉ (F.), GOLDIE-GENICON (C.), FENOUILLET (D.), « Droit civil. Droit de la famille », coll. Précis, 9^e éd, Dalloz, 2018.
- VIGNAL (TH.), « Droit international privé », coll. Université, Sirey, Dalloz, 2017.

Dictionnaires, répertoires et encyclopédies

- ANCEL (B.), « Qualification », *Rép. dr. int.*, Dalloz.
- BEN HADJ YAHIA (S.), « Concubinage », *Rép. Dr. civ.*, Dalloz.
- BONFILS (PH.), GALLARDO (E.), « Bigamie », *Rép. dr. pén. et proc. pén.*, Dalloz, n° 4 et s.
- BONNET (V.), GOUTTENOIRE (A.), « Divorce : procédure », *Rép. proc. civ.*, Dalloz.

- BONTEMS (V.), « Découverte », in *Grand dictionnaire de la philosophie*, M. Blay (Dir.), Larousse, CNRS éditions, 2003, p. 251.
- BOSSE-PLATIERE (H.), SCHULZ (M.), « Filiation adoptive. Adoption co-parentale. Adoption de l'enfant du conjoint », *J. Cl. C. Civ.*, Art. 343 à 370-2, Fasc. 24, LexisNexis.
- CAYROL (N.), « Procédure devant le tribunal de grande instance », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- CORNU (G.) (Dir.), « Vocabulaire juridique », Assoc. H.Capitant, 11^e éd., Quadrige, PUF, 2016.
- DEUMIER (P.), « Jurisprudence », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- DOUCHY-OUDOT (M.), « Filiation », *Rép. proc. civ.*, Dalloz.
- FADLALLAH (I.), TEXIDOR (C.), « Polygamie », *Rép. dr. int.*, Dalloz.
- FAVIER (Y.), « Actes de l'état civil », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- FAVIER (Y.), « Droit de la famille », *Dalloz action*, P. Murat (Dir.), Dalloz.
- FOSSIER (TH.), « Actes de l'état civil », *Rép. proc. civ.*, Dalloz.
- FOYER (J.), « Adoption », *Rép. dr. int. privé*, Dalloz.
- FOYER (J.), « Filiation », *Rép. dr. int. privé*, Dalloz.
- GHESTIN (J.), SERINET (Y.-M.), « Erreur », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- GODIN (CH.), « Découverte », in *Dictionnaire de la philosophie*, Fayard / éditions du temps 2004, p. 299.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Établissement de la filiation par la reconnaissance », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 316, fasc. 470, LexisNexis.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Actions relatives à la filiation. Dispositions générales » *JCl. C. civ.*, art. 318 à 324, Fasc. unique, LexisNexis.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Dispositions générales. Modes d'établissement de la filiation. Restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse », *J. Cl. C. civ.* Art. 310-1 et 310-2, Fasc. unique, LexisNexis.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Filiation. Présomption de paternité », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 312 à 315, LexisNexis.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Le Pacte civil de solidarité », *J. Cl.*, C. civ., art. 515-1 à 515-7, Fasc. unique, LexisNexis.
- GRANET-LAMBRECHTS (F.), « Possession d'état », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- GUINCHARD (S.), DEBARD (Th.) (Dir.), « Lexique des termes juridiques », 22^e éd., Dalloz, Paris, 2017.
- HAUSER (J.), « Cas de divorce. Généralités », *J. Cl. C. civ.*, art. 229, Fasc. unique, LexisNexis.
- HAUSER (J.), LEMOULAND (J.-J.), « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- JEULAND (E.), « Motivation », in *Dictionnaire de la justice*, L. Cadet (Dir.), PUF, 2004, p. 913.

- JEULAND (E.), V. « Syllogisme judiciaire », in *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadiet (Dir.), PUF, 2004, p. 1269.
- KESSLER (G.), « Partenariat enregistré », *Rép. dr. int. privé*, Dalloz.
- LABRUSSE-RIOU (C.), « Filiation (1^o généralités) », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- LAGARDE (P.), « Ordre public », *Rép. dr. int.*, Dalloz.
- LALANDE (A.), « Vocabulaire technique et critique de la philosophie », Quadrige, 2006.
- LAMARCHE (L), LEMOULAND (J.-J.), « Mariage (2^o conditions de formation), *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- LAMARCHE (M.), « Nullités, sanctions pénales et civiles pour violation des conditions de formation du mariage », in *Droit de la famille*, Dalloz action, P. Murat (Dir.), Dalloz, n^o 115.191.
- LAQUIÈZE (A.), « Sanction » in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrige, Lamy, PUF, 2003, p. 1381 et s.
- LAROCHE-GISSEROT (F.), « Nom – Prénom », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, n^o 7.
- LARRIBAU-TERNEYRE (V.), AZAVANT (M.), « Adoption », *Rép. proc. civ.*, Dalloz.
- LE GUIDE (R.), CHABOT (G.), « Filiation (2^o modes extrajudiciaires d'établissement) », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- LE GUIDE (R.), CHABOT (G.), « Filiation (4^o contestation), *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- LEBORGNE (F.) « Compétence », in *Dictionnaire de la Justice*, L. Cadiet (Dir.), PUF, 2004, p. 176.
- LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Famille », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrige, Lamy, PUF, 2003, p. 698 et s.
- LEFEBVRE-TEILLARD (A.), « Mariage », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrige, Lamy, PUF, 2003, p. 996.
- LEMOULAND (J.-J.), « Famille », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- LEMOULAND (J.-J.), « Pacte civil de solidarité », *Rép. proc. civ.*, Dalloz.
- LIENHARD (Cl.), « Juge aux affaires familiales », *Rép. proc. civ.* Dalloz.
- MALAURIE (PH.), « Obligations », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrige, Lamy, PUF, p. 1097.
- MONToux (D.), « Adoption. Adoption simple. Adoption plénière », *J. Cl. Notarial Formulaire*, V^o Adoption, Fasc. 10, LexisNexis.
- NEIRINCK (C.), « Enfance », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- PÉCAUT-RIVOLIER (L.) et VERHEYDE (TH.), « Majeurs protégés : mesures de protection juridique et d'accompagnement », *Rép. proc. civ.*, Dalloz.
- PFERSMANN (O.), « Volonté », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrige, Lamy, PUF, p. 1527.

- PH. Théry, « Compétence », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrigue, Lamy, PUF, p. 247.
- PICOD (Y.), « Nullité », *Rép. dr. civ.*, Dalloz.
- PICOD (Y.), « Obligations », *Rép. dr. civ.*, Dalloz, 2017.
- ROBERT-WANG (L.), « Règle de droit » in *Dictionnaire de la Culture juridique*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrigue, Lamy, PUF, p. 1326 et s.
- TIRVAUDEY-BOURDIN (C.), *J.-Cl. Procédure civile* : Fasc. 213-1, « Compétence. Exception d'incompétence », LexisNexis.
- TROPER (M.), « Interprétation », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrigue, Lamy, PUF, p. 843.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (P.), « Jugement étranger », *Rép. proc. civ.*, Dalloz.
- WACHSMANN (P.), « Qualification », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (Dir.), Quadrigue, Lamy, PUF p. 843.

II. Ouvrages spéciaux

Monographies et thèses

- AZAVANT (M.), « L'ordre public et l'état de personnes », Thèse, J.-J. Lemouland (Dir.), Pau, 2002.
- BLÉRY (C.), « L'efficacité substantielle des jugements civils », J. Héron (Dir.), préf. P. Mayer, LGDJ, 2000.
- BORRILLO (D.), « La famille par contrat. La construction politique de l'alliance et de la parenté », Préf. G. Koenig, 2018.
- BOYSSON (B.), « Mariage et conjugalité », préf. H. Fulchiron, Bibliothèque de droit privé, t. 534, LGDJ, 2012.
- BRUNETTI-PONS (C.) (Dir.), « La notion juridique de couple », coll. Études juridiques, N. Molfessis (Dir.), Economica, 1998.
- CARBONNIER (J.), « Sociologie juridique », Quadrigue, PUF, 2^e édition, 2012.
- CARBONNIER (J.), *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Champs essais, Flammarion, 1996.
- CHAMPEIL-DESPLAT (V.), « Méthodologies du droit et des sciences du droit », coll. Méthodes du droit, Dalloz, 2014.
- CICLE-DELFOSE (M.-L.), « Le lien parental », préf. F. Terré, Panthéon-Assas, éd. 2003.
- D'AMBRA (D.), « L'objet de la fonction juridictionnelle : Dire le droit et trancher les litiges », préf. G. Wiederkehr, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 236, LGDJ, 1994, p. 99.

- DE BECHILLON (D.), « Qu'est-ce qu'une règle de droit », *Odile Jacob*, Paris, 1997.
- DE BENALCAZAR (S.), « Pacs, mariage et filiation », préf. B. Beignier, coll. Doctorat & notariat, t. 27, Defrénois, 2007.
- DELMAS-MARTY (M.), « Pour un droit commun », *Le Seuil*, 1994.
- DURKHEIM (É.), « La famille conjugale. Cours de 1982 », *Rév. philosophique*, 1921, p. 4 : http://classiques.uqac.ca/classiques/Durkheim_emile/textes_3/textes_3_2/famille_conjugale.pdf.
- DUPOUEY (P.), « Choisir le juste mot. Travailler le vocabulaire de la culture générale », Coll. Optimum, Ellipses, 2006.
- ÉGÉA (V.), « La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille », préf. A. Leborgne, tome 43, coll. Doctorat & notariat, Defrénois, 2010.
- FENOUILLET (D.), DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.) (*Dir.*), « La contractualisation de la famille », coll. Études juridiques, Economica, 2001.
- FINKIELKRAUT (A.), « La seule exactitude », Éd. Stock, 2015.
- FULCHIRON (H.) (*Dir.*), « Mariage-conjugalité, parenté-parentalité », coll. thèmes et commentaires, Dalloz, 2009.
- GENY (F.), « Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique », LGDJ, 1922.
- GILI (E.), « Le ministère public et le couple », préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2012.
- HAID (F.), « Les 'notions indéterminées' dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal », thèse dact., J.-L. Bergel (*Dir.*), Aix-en-Provence, 2005.
- HENNERON (S.), « La notion de famille n droit positif français », thèse, Lille, F. Dekeuwer-Défossez (*Dir.*), 2002.
- JARROSSON (B.), « Invitation à la philosophie des sciences », Seuil, 1992.
- KUHN (TH.), « La structure des révolutions scientifiques », Flammarion, France.
- LAMARCHE (M.), « Les degrés du mariage », préf. J. Hauser, PU Aix-Marseille, 1999.
- LE BRAS (H.) et TODD (E.), « Le mystère français », La République des idées / Seuil, France, 2013.
- LEVI-STRAUSS (L.), « Les structures de la parenté », Plon, 1982.
- MALAURIE (PH), « L'ordre public et le contrat », préf. P. Esmein, Reims, éd. Matot-Braine, 1953
- MALPEL-BOUYJOU (C.), « *L'office du juge judiciaire et la rétroactivité* », préf. V. Larribau-Terneyre, *Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 134*, Dalloz
- MARIA (I.), FARGE (M.), (*Dir.*), « Le lien familial hors du droit civil de la famille », coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2014.
- MIRABAIL (S) (*Dir.*), « La famille mutante », actes des colloques du 27 mars 2015, IFR n° 24, Presses de l'université de Toulouse Capitole, 2016.

- MOLFESSIS (N.), « Le Conseil constitutionnel et le droit privé », Préf. M. Gobert, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 287, 1997.
- MOTULSKY (H.), « Principes d'une réalisation méthodique du droit privé. La théorie des éléments générateurs des droits subjectifs », préf. P. Roubier, Rééd. M.-A. Frison-Roche, Dalloz, 2002.
- NEIRINCK (C.) (*Dir.*), « La famille que je veux, quand je veux ? », Érès, 2003.
- NORMAND (J.), « Le juge et le litige », préf. R. Perrot, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1965.
- PERELMAN (CH.) « Logique juridique. Nouvelle rhétorique », Dalloz, 1976.
- PERELMAN (CH.), VANDER ELST (V.) (*Dir.*), « Les notions à contenu variable », Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984.
- PORTALIS (J.-E.-M), « Discours préliminaire du premier projet de Code civil », 1801, http://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf.
- PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-PH.), SIFFREIN-BLANC (C.) (*Dir.*), « Le lien familial, lien obligationnel, lien social », Livre I – Le lien familial et lien obligationnel, coll. Inter-normes, Livre II, Lien familial et lien social, PUAM, 2013.
- REGLIER (A.-C.), « L'appréhension de la famille européenne », thèse, Aix-Marseille, A. Leborgne (*Dir.*), 2013.
- ROUDINESCO (E.), « La famille en désordre », Fayard, France 2002.
- SAULIER (M.), « Le droit commun des couples. Essai critique et prospectif », préf. A.-M. Leroyer, coll. Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc, t. 79, 2017.
- SÈVE (R.), FENOUILLET (D.) (*Dir.*), « La famille en mutation », coll. *Arch. Phil. Dr.* , T. 57, Dalloz, 2014.
- SUDRE (F.) (*Dir.*), « Le droit au respect de la vie privée et familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », Nemesis-Bruylant, 2002.
- SUDRE (F.), « Droit européen et international des droits de l'homme », 13^e éd., PUF, 2016.
- TERRASSON DE FOUGERES (A.), « Le modèle dans le droit de la famille. Notion et fonction (Essai de droit comparé interne) », thèse dact., G. Cornu, Université Panthéon-Assas (Paris II), 1994.
- TODD (E.), « La troisième planète. Structures familiales et systèmes idéologiques », Seuil, 1983.
- VIZIOZ (H.), « Etudes de procédure », Dalloz, réédition, 2011.
- WINTER (J.-P), « L'avenir du père. Réinventer sa place », Albin Michel, 2019.

Rapports officiels

- ALLAER (C.), « Rapport à Monsieur le Garde des sceaux, Ministre de la justice sur les travaux de la Commission sur le contentieux familial », 18 mars 1986, Ministère de la Justice.
- AVIA (L.), PARIS (D.), Rapp. AN n° 1396 et 1397, 9 nov. 2018, T. 1.
- BEIGNIER (B.) et *alii*, « Le pacte civil de solidarité, réflexions et propositions de réforme », rapport remis au garde des Sceaux le 30 novembre 2004.
- BLOCH (P.), PÉCRESSÉ (V.), « L'enfant d'abord. 100 propositions pour placer l'enfant au cœur du droit de la famille », rapp. AN n° 2832, *Doc. fr.* 2006.
- BLOCHE (P.), PÉCRESSÉ (V.) « Rapport au nom de la Mission d'information sur la famille et les droits de l'enfant », déposé le 25 janv. 2006.
- CACHEAUX (D.), Rapport de la Commission des lois, *Doc. AN*, n° 2602.
- CHAMPENOIS (G.) (*Dir.*), « Rapport du comité de réflexion sur les familles recomposées », mission de recherche GIP Droit et justice, 1998.
- DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) (*Dir.*), « Rénover le droit de la famille », *Doc. fr.* 1999.
- DELMAS-GOYON (P.), « Le juge du XXI^e siècle. Un citoyen acteur, une équipe de justice », rapport remis à Mme. CH. Taubira, Ministre de la Justice et Garde de Sceaux, déc. 2013.
- GUINCHARD (S.) (*Dir.*), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », remis à Madame Dati, garde des Sceaux en janvier 2008. *Doc. fr.* 2008.
- HCEhf, « Contribution au débat sur l'accès à la PMA », Avis n°2015-07-01-SAN-17 adopté le 26 mai 2015.
- LEONETTI (J.), « Intérêt de l'enfant, autorité parentale et droits des tiers », rapport au Premier ministre, 7 oct. 2009, *Doc. fr.* 2009.
- MARSHAL (D.), « Les juridictions du XXI^e siècle. une institution qui, en améliorant qualité et proximité, s'adapte à l'attente des citoyens, et aux métiers de la justice », rapport remis à Mme. CH. Taubira, Ministre de la Justice et Garde de Sceaux, déc. 2013, Ministère de la justice, 2013.
- TASCA (C.), MERCIER (M.), « Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges », enregistré à la Présidence du Sénat le 26 février 2014.
- THÉRY (I.), « Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée, éd. Odile Jacob, 1998
- THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.), « Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », rendu public le 9 avril 2014, Documentation française.
- TOURAINE (J.-L.), , « Mission d'information sur la révision de la loi de bioéthique : les principales propositions » Rapp. AN n° 1579, 15 janv. 2019
- VERSINI (D.) (*Dir.*) « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités », Rapport du Défenseur des enfants, *Doc. fr.* 2006.

III. Études doctrinales et articles

AGOSTINI (E.)

- « Le mariage homosexuel ? 'Peut-être jamais, peut-être demain ; Mais pas aujourd'hui, c'est certain !' Carmen Acte I, scène III », *D.* 2004, p. 2392.
- « Mariage homosexuel : le législateur tranchera », *D.* 2007, p. 1395.

ALIX (J.)

- « La fondamentalisation du droit privé », in *Recueil de leçons de 24 heures. Agrégation de droit privé et de sciences criminelles 2015*, LGDJ, 2015.

AMSELEK (P.)

- « Norme et loi », *Arch. Phil. Droit.*, tome XXI, 1980, p. 89.

ANCEL (B.)

- « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Mél. P. Courbe, op. cit.*, p. 1.

ANDREO (G.)

- « Bigamie et double ménage », *RTD civ.* 1991, p. 263.

ARDEEFF (I.)

- « Pour le Conseil national pour l'accès aux origines personnelles et le maintien de l'accouchement sous X », *D.* 2001, p. 868.

ARROYO ZAPATERO (L.), ZARZA (A.)

- « Droit espagnol (janvier 2003/janvier 2005) », *RSC* 2005, p.429.

ATIAS (C.)

- « L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé », *JCP* 1984. I. 3145.
- « Juris dictio : redire l'inédit », *D.* 1992, p. 281.
- « La 'simple affirmation' du juge », *D.* 2010, p. 221, n° 45.

AYNÈS (L.)

- « Le projet de loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : trop ou trop peu », *D.* 2012. Chron., p. 2750.

AZAVANT (M.)

- « La Cour de cassation dit non au mariage homosexuel », *Dr. fam.* 2007, comm. 76

BABY (W.)

- « Partenariats étrangers et droits de mutation à titre gratuit : une instruction bienvenue », *Deffrénois* 2010, p. 104.

BACH (L.)

- « La jurisprudence est, oui ou non, une source du droit ? (Tentative pour mettre fin à cette lancinante interrogation !) in *Mél. J. Héron*, LGDJ, Lextenso, LexisNexis, 2008, p. 52 et s.

BAILLON-WIRTZ (N.)

- « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *Dr. fam.* 2007, étude 13.

BALDES (O.)

- « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Dr. pén.* 2010, étude 7

BARRÈRE (J.)

- « Le droit du mariage dans la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation », in *Mél. Marty*, 1978, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 16.

BATTEUR (A.)

- « Recherche sur les fondements de la filiation depuis l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *LPA* 2007, n° 122, p. 6.
- « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », *LPA* 2013, n° 133, p. 29.
- « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.* 2000, p. 759.
- « La révolution du droit de la famille et la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage et l'adoption aux personnes du même sexe », *LPA* 2013, n° 133, p. 3

BATTEUR (A.) et DOUVILLE (T.),

- « Présentation critique de la réforme de l'administration légale », *D.* 2015. 2330.

BATTEUR (A.), MAUGER-VIELPEAU (L.), RAOUL-CORMEIL (G.), FROSSARD (L.), ROGUE (F.)

- « À propos du projet de mariage pour tous : le maintien dans le code civil du double sens du mot « parent » est un impératif juridique ! », *Dr. fam.* 2013. Dossier 3.

BAZIN (É.)

- « Les nouveaux pouvoirs du JAF en matière de violences au sein des couples » *JCP G* 2010, doct. 957.

BÉGUIN (J.)

- « Réflexions sur la concurrence entre le mariage et le PACS », *JCP G* 2011, 2.

BEIGNIER (B.)

- « Les arrêts de règlement », *Droits* 1989-9, p. 45 et s.
- « Une nouvelle proposition de la loi relative au contrat d'union sociale, copie à revoir », *Dr. fam.* 1999, hors-série, 1.
- « Pacte civil de solidarité et indivision : visite aux enfers », *Deffrénois* 2000, n° 10, p. 620.
- « Le PACS en questions : Aspects civils », *Dr. fam.* 1999, Hors-série, p. 33.
- « Le législateur », *Dr. fam.* 2005, repère 3.
- « Legis lator Juris dictio », *Dr. fam.* 2011, repère 3.
- « Enregistrement du Pacs : du greffe à l'état civil », *Dr. fam.*, 2017, comm. 151.

BEN HADJ YAHIA (S.)

- « Le concubin survivant, privé de droits patrimoniaux », *Dr. fam.* 2016, étude 6.

BÉNABENT (A.)

- « L'ordre public en droit de la famille », *in L'ordre public à la fin du XXe siècle*, TH. Revet (*Dir.*), Dalloz, 1996, p. 28.
- « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016, p. 137.

BENOIT (A.)

- « Protection sociale et concubinage », *JCP N* 1997, 4137. 1207.

BENOIT (F.-P.)

- « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique. Les leçons de philosophie de droit de Hegel », *in Mél. G. Peiser*, PUG, 1995, p. 23.

BERDEAUX (F.)

- « La discrète reconnaissance du « parent social » par la loi du 17 mai 2013 », *AJ fam.* 2013, p. 346.
- « Les options procédurales du parent social : embûches et subtilités liées à l'application des articles 371-4 et 377-1 du code civil », *AJ fam.* 2017, p. 182.

BERGEL (J.-L.)

- « Variétés. Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD Civ.*, 1984, p. 255.
- « Le processus de transformation de décisions de justice en normes juridiques », *RRJ* 1993, p. 1055 et s.

BERNAND (Y.)

- « La place du tiers géniteur », *Dr. fam.* 2013, dossier, n° 9.

BEUBRUN (M.)

- « Le nouvel ordre public successoral. Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006, *in Mél. G. Goubeaux*, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 1 et s.

BINET (J.-R.)

- « Circulaire Taubira. Ne pas se plaindre des conséquences dont on chérit les causes », *JCP* 2013. 161
- « PMA : l'avis devant soi », *Dr. fam.* 2013, repère 9.
- « Article 6-1 du Code civil : deux mariages et un enferrement ! », *Dr. fam.* 2013, repère 7.
- « États généraux de la bioéthique : une synthèse et après ? », *Dr. fam.* 2018, repère 7.
- « Transsexualisme et filiation : brouillage de (re)pères ! », *Dr. fam.* 2018, repère 11
- « Bioéthique : un projet de rupture. À propos du projet de loi relatif à la bioéthique présente en Conseil des ministres le 24 juillet 2019 », *Dr. fam.* 2019, étude 8.

BLÉRY (C.)

- « Articulation des contentieux : étude des propositions de la commission Guinchard en matière de compétence civile », *Procédures* 2008, étude 8.

BLONDEL (PH.)

- « Le fait, source du droit », in *Le juge entre deux millénaires*, Mél. P. Draï, Dalloz, 2000, p. 207
- « Le juge et le droit », in *Le nouveau code de procédure civile : vingt ans après*. Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1997 », Documentation française, 1998

BLOUGH (R.)

- « Le concubinage, dix ans après », *Dr. fam.*, 2009, étude 19.

BOICHÉ (A.),

- « Aspects de droit international privé », *AJ fam.* 2013, p. 362.

BONFILS (PH.)

- « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RSC* 2010, p. 462.

BORÉ (J.)

- « *Da mihi factum, dabo tibi jus* : une philosophie du procès toujours d'actualité ? », *JCP G* 2009, 319.

BORÉ (L.)

- « L'obscurité de la loi », in *Mél. J. BORÉ*, 2007, Dalloz, p. 27.

BOULANGER (F.)

- « Notations sur le pouvoir créateur de la jurisprudence civile », *RTD civ.* 1961, p. 428.
- « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », *JCP G* 1993, doct. 3665.
- « Réflexions sur la requête en adoption de couples de concubins (étude prospective) », *Dr. fam.* 2008, étude 20, n° 2.

BOURRAT-GUÉGUEN (A.)

- « Vers l'instauration d'un dispositif efficace de lutte contre les violences au sein du couple ? À propos de la loi du 9 juillet 2010 », *JCP G* 2010, 805.

BRETON (A.),

- « L'enfant incestueux », in *Mél. M. Ancel*, t. 1, éd. Pedone, 1975, p. 309.

BRUGIÈRE (J.-M.)

- « Le devoir conjugal. Philosophie du code et morale du juge », *D.* 2000, p. 10.

BRUNET (L.)

- « Assistance médicale à la procréation et nouvelles familles : boîte de pandore ou corne d'abondance ? », *RDSS* 2012, p. 828.
- « Le Conseil constitutionnel face à la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe : coup d'arrêt ou coup d'essai de la reconfiguration du droit de la famille ? », *RDSS* 2013, p. 908.

BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.)

- « De la difficulté d'être mère... pour une femme transidentitaire », *JCP G.* 2019, 91
- BRUNETTI-PONS (C.)
- « L'émergence d'une notion de couple en droit civil », *RTD civ.* 1999, p. 27.
 - « Après la loi du 17 mai 2013 'ouvrant le mariage aux couples de même sexe', quelles perspectives pour le droit de la famille ? », *Recherches familiales*, 2014/1, n° 11.
- BRUSORIO (M.)
- « Réforme du Pacs. Ce qui a changé le 1^{er} janvier 2007 », *JCP N* 2006, 1042.
 - « La nouvelle physionomie du divorce », *JCP N*, 2004, 1451.
- BUTRUILLE-CARDEW (C.)
- « Le pacte civil de solidarité et éléments d'extranéité », *AJ fam.* 2012, p. 528.
- CADIET (L.)
- « Introduction », in *Regards universitaires sur la réforme de la Cour de cassation*, *JCP G* 2016.
 - « La réforme ou le jeu des dès », *Procédures* 2019, repère 6.
- CALAIS-AULOY (M.-TH.)
- « Du discours et des notions juridiques (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *LPA*, 9 août 1999, n°157, p. 4..
- CALLÉ (P.)
- « L'acte authentique établi à l'étranger », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 377.
- CARBONNIER (J.)
- « Exorde », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, TH. Revet (*Dir.*), Dalloz, 1996, p. 2
 - « Terre et ciel dans le droit français », in *Écrits*, PUF, 2^e tirage, janvier 2010, p. 219
 - « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Écrits*, PUF, 2^e tirage, janvier 2010, p.649
 - « Préface », in *Le Droit non civil de la famille*, Publication de la Faculté de Droit et Sciences Sociales de Poitiers-PUF, 1983, t. 10, p. VII-X., reproduit in *Écrits*, PUF, 2^e tirage, janvier 2010, p. 163.
- CAYOL (A.)
- « Question prioritaire de constitutionnalité », in *Le droit de la famille en (r)évolutions*, *CRDF*, n° 11, 2013, p. 11-19.
- CAYROL (N.)
- « La saisine du juge », in *Mél. G. Wiederkerhr*, Dalloz, 2009, p. 100.
- CHAMPENOIS (G.)
- « L'adoption et la loi du 17 mai 2013 », *Deffrénois* 2013, n° 13-14.
 - « La paternité », in *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir, 1804-2004*, Dalloz, 2004, p. 359.

CHAUMONT (C.)

- « Esquisse d'une notion de l'acte juridictionnel », *RD publ.* 1982.93.

CHÉNEDÉ (F.)

- « QPC : le contrôle de l'interprétation jurisprudentielle et interdiction de l'adoption au sein d'un couple homosexuel », *D.* 2010, p. 2744.
- « L'ouverture du mariage aux couples homosexuels n'est pas de la compétence du Conseil constitutionnel », *AJ fam.* 2011, p. 157.
- « Le droit à l'épreuve des droits de l'homme », in *Mél. G. Champenois*, Defrénois, Lextenso éditions, 2012, p. 139 et s.
- « Du nouveau en matière d'adoption internationale par des concubins homosexuels », *JCP G* n° 29, 2012. 857.
- « La nouvelle leçon de démocratie du Conseil constitutionnel », *AJ fam.* 2013, p. 332.
- « Le constitutionnalisme est un jusnaturalisme : brèves réflexions sur un débat doctrinal relatif au mariage entre personnes de même sexe », *LPA* 2013, n° 37, p. 6.
- « La place du juge et le rôle du juriste dans le débat sur 'le mariage pour tous' », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Éd. Panthéon Assas, Colloques, 2014, p. 27 et s.

CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.)

- « Mariage pour tous : l'effet papillon », *RJPF* 2013-2/5.

CICILE-DELFOSE (M.-L.)

- « Le beau-parent, serpent de mer du droit civil de la famille », in *Mél. G. Champenois*, Defrénois, Lextenso éditions, 2012, p. 189.

COHENDET (M.-A)

- « La collégialité des juridictions : un principe en voie de disparition ? », *Rev. fr. dr. cons.*, 2006/4, n° 68

COLIN (A.)

- « De la protection de la descendance légitime au point de vue de la preuve de la filiation », *RTD civ.* 1902, p. 282.

COQ (V.)

- « Qu'est-ce que la 'jurisprudence constante' ? », *RFDA* 2014, p. 223.

CORPART (I.)

- « Les incidences de l'inscription de l'inceste dans le code pénal (commentaire de la loi n° 2010-121 du 8 février 2010) » *D. act.* 13 juill. 2010.
- « Les revendications parentales des couples homosexuels : de l'homoparentalité à l'homoparenté », *RJPF* 2012-4/7. « La controversée délivrance de certificats de nationalité aux enfants nés à l'étranger après une gestation pour autrui », *RJPF* 2013. 3.

- « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. fam.* 2016, étude 14.

COURTRAY (F.)

« Pacte civil de solidarité : une occasion manquée », *RDSS* 2000, p. 1.

CROZE (H.)

- « Les (non-) conséquences procédurales du pacte civil de solidarité, *Procédures* 2000, Chron. 2.
- « Le juge doit-il dire le droit ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Mel. S. Guinchard, Dalloz, 2010, p. 225.

DALIGAND (L.)

- « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *LPA* 1995, n° 53, p. 56.

DE BENALCAZAR (S.)

- « Éloge de la raison juridique, ou la remontée des enfers », *Dr. fam.* 2007, étude 2.

DE BOYSSON (B.)

- « L'assistance médicale à la procréation pour les couples homosexuels : quelles perspectives ? », *Dr. fam.* 2013, dossier 25.

DEBET (A.)

- « La Cour européenne des droits de l'homme, les homosexuels et l'adoption », *Dr. fam.* 2002, n° 1.

DEKEUWER-DÉFFOZEZ (F.)

- « Couple et cohabitation », in *La notion juridique de couple*, C. Brunetti-Pons (Dir.), coll. Études juridiques, N. Molfessis (Dir.), Economica, 1998, p. 61.
- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in *Mél. C. MOULY*, t. 1, Litec, Paris, 1998, p. 281 et s.
- « A propos du pluralisme des couples et des familles », *LPA*. 1999, n° 84, p. 29.
- « PACS et famille. Retour sur l'analyse juridique d'un contrat controversé », *RTD civ.* 2001, p. 529.
- « Codifier le droit de la famille », in *Le Code civil 1804-2004. Livre du bicentenaire*, Dalloz, Litec, 2004, p. 220.
- « Le lien parental », *LPA*. 2004, n° 131, p. 70.
- « Du "statut du beau-parent" aux "droits des tiers" : réflexions critiques sur un texte controversé », *RLDC* 2009, p. 57.
- « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009/58.3338.
- « L'extension du mariage aux couples de même sexe : tsunami annoncé en droit de la famille : *RLDC* 2012, p. 98.

- « Réflexions critiques d'une juriste sur la « parentalité » », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 41.
- « Le mariage des couples de même sexe est le cheval de Troie de leur accès à la parenté », *RLDC* 2013, n° 105.

DEPADT-SEBAG (V.)

- « La reconnaissance juridique du statut des tiers beaux-parents : entre adoption simple et délégation-partage », *D.* 2011, p. 2494.

DERVIEUX (V.)

- « Loi du 4 août 2014 et droit de la famille », *AJ fam.* 2014, p. 486.
- « Procédure pénale et mesure d'habilitation familiale », *Gaz. Pal.* 24 oct. 2015, p. 15.

DEUMIER (P.)

- « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation » in *La création du droit par le juge*, *Arch. Phil. dr.*, T. 50, Dalloz, 2007, p. 56.
- « Quand la Cour de cassation se prononce 'selon la loi française' ou 'en l'état de la législation française' », *RTD civ.* 2008, p. 438.
- « Le droit de la famille vu par ses sources », in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 229 et s.
- « Le revirement de jurisprudence en question » in *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Carpano (É.) (Dir.), Karpenschcif (M.) (Préf.), Bruylant, 2012.
- « Repenser la motivation des arrêts de la Cour de cassation ? », *D.* 2015, p. 2022.

DEVERS (A.)

- « L'efficacité des partenariats enregistrés à l'étranger », *JCP N* 2012, 1266, spéc. n° 5 à 12.

DIONISI-PEYRUSSE (A.)

- « Le droit de la filiation issu de la loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *D.* 2009, p. 966.
- « La conformité à l'article 8 de la CEDH des refus de reconnaissance des situations familiales créées à l'étranger au nom de l'ordre public international », in *Mél. P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 157.
- « Brèves remarques sur la question de l'ouverture de l'AMP aux couples de même sexe », *AJ fam.* 2013, p. 127.

DOUCHY-LOUDOT (M.)

- « Quelle protection contre les violences au sein des couples ? » *Procédures* 2010, étude 9.
- « Nouvelle compétence du juge aux affaires familiales : l'ordonnance de protection issue de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 », *Procédures*, 2010, alerte 37
- « Propos impertinents sur l'amour conjugal », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 81.

- « La simplification et la modernisation de la famille par l'ordonnance n° 2015-1288 du 15 octobre 2015 », *Procédures* 2016, n° 1.

DOUMENG (V.)

- L'accès du majeur juridiquement protégé à une vie de couple, *in Les Etats généraux du mariage : l'évolution de la conjugalité*, C. NEIRINCK (Dir.), PUAM, 2008.

DOUVILLE (T.)

« Les pouvoirs du juge du divorce en matière de liquidation et de partage des intérêts patrimoniaux des époux après l'ordonnance du 15 octobre 2015 », *Gaz. Pal.* 19 nov. 2015, p. 4

DRAGO (G.)

- « Mariage entre personnes de même sexe : Problématiques de constitutionnalité », *LPA* 2013, p. 4 s.

DUBUISSON (E.)

- « Le mariage homosexuel et la place de la nature dans l'homme », *D.* 2012, p. 2618.

DUGUIT (L.)

- « L'acte administratif et l'acte juridictionnel », *Rév. Droit Public.*, 13e année, 1906, tome XXIII, p. 413-471.

DUPICHOT (J.)

- « L'adage *Da mihi factum, dabo tibi jus* », *in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit.*, *Mél. J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 425.

ÉGÉA (V.)

- « L'impératif en droit de la famille », *RRJ* 2004-2, p. 651.
- « L'autorité parentale bientôt réformée ? », *Dr. fam.* 2014, alerte 20.
- « Filiation, origines, parentalité : le Rapport Théry invite à la réflexion », *Dr fam.* 2014, alerte 21.
- « Règlements 'documents publics', 'régimes matrimoniaux' et 'partenariats enregistrés' : les différentes voies d'affermissement de l'espace judiciaire civil européen », *RTD eur.* 2016, p. 808.
- « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. Analyse en matière familiale », dossier 9.
- « La matière familiale à l'épreuve de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *Procédures* 2019, étude 14.

EUDIER (F.), GOUTTENOIRE (A.)

- « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant. Une réforme 'impressionniste' », *JCP G* 2016, doct. 479.

FALCONETTI (H.)

- « La chambre de la famille », *Gaz. Pal.* 1970. 2. Doctr. 38.

FARGE (M.)

- « Avant-propos », in *Le lien familial hors du droit civil de la famille*, I. Maria (I.), M. Farge (Dir.), coll. Colloques & Essais, Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 8, n° 3.

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- « L'ordre public », in *1804-2004 Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473.

FENOUILLET (D.)

- « Le détournement d'institution familiale », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 441
- « La suppression du divorce pour faute ou feu le pluralisme en droit de la famille ! », *AJ fam.* 2001, p. 82.
- « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003. Chron. 29.
- « La filiation incestueuse interdite par la Cour de cassation », *Dr. fam.* 2004, comm. 16
- « Le droit de la famille hors le Code civil », *LPA* 2005, n° 188, p. 3.
- « Faut-il réformer le rôle des tiers en droit de la famille ? La parentalité en question : la parenté éprouvée », *LPA* 2010, n° 39, p. 7.
- « La portée de la réforme sur le droit des couples », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Éd. Panthéon Assas, Colloques, 2014, p. 129 et s.

FOSSIER (T.)

- « Les rôles du juge des tutelles : décidément, un juge 'social' », *RDSS* 2008, p.821

FRAISSINIER (V.)

- « L'intérêt de la famille : une notion 'standard' à contenu variable », *PA*, 28 décembre 2007, n° 260, p.4.

FRESNEL (F.)

- « L'intérêt de la qualification de l'acte dans le cadre d'une mesure de protection juridique », *RJPF* n° 4, 1er avril 2001.

FRICERO (N.), TANI (A.), AVENA-ROBARDET (V.),

- « Les nouveautés de la loi Macron », *AJ fam.* 2015, p. 430.

FRISON-ROCHE (M.-A.)

- « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.* 1995, p. 573.

FROSSARD (L.),

- « L'autorité parentale après la loi du 17 mai 2013 : un pas vers la reconnaissance de la parentalité », *LPA* 2013, p. 37, n° 2, note 3.

FULCHIRON (H.)

- « Autorité parentale et famille recomposée », *Mél. D. Huet-Weiller*, PUS-LGDJ, 1994, p. 141.
- « Existe-t-il un modèle familial européen ? », *Deffrénois* 2005, n° 19, p. 1461
- « Quel avenir pour le Pacs ? », *Deffrénois* 2006, p. 1621.

- « Le nouveau Pacs est arrivé », *Defrénois* 2006, p. 1621.
- « Parenté, parentalité, homoparentalité », *D.* 2006, p. 876.
- « Du couple homosexuel à la famille monosexuée ? », *AJ fam.* 2006, p. 392.
- « Un homme, une femme : la Cour de cassation rejette le mariage homosexuel », *D.* 2007, p. 1375.
- « Pacs, mariage, patrimoine : quelques réflexions d'après la réforme », *Dr. et pat.* 2007, n° 163, n° 28.
- « Un statut de la parentalité ? », *JCP G* 2007, hors série, 100024.
- « Toute vérité est-elle bonne à dire ? », *D.* 2008, p. 3035.
- « Le partenariat est-il soluble dans le mariage (et réciproquement) ? », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 125 et s.
- « La reconnaissance de la famille homosexuelle : étude d'impact », *D.* 2013. Chron. p. 100.
- « Le mariage pour tous, un enfant pour qui ? », *JCP G* 2013, 2013, doctr. 658.
- « Le 'mariage pour tous' en droit international privé : le législateur français à la peine... », *Dr. fam.*, 2013, dossier 9.
- « Vérité contre stabilité des filiations ? », *D.* 2013, p. 2958.
- « À propos de la circulaire du 29 mai 2013 de présentation de la loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (dispositions du code civil) », *D.* 2013, p. 1969.
- « Le juge et le contrôle de proportionnalité (art. 8 Conv. EDH) », *D.* 2015, p. 2365.
- « Grandeurs et servitudes du contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 2496.
- « Les États doivent offrir un statut légal aux couples homosexuels », *D.* 2015, p. 2160.
- « Prescription des actions relatives à la filiation et contrôle de proportionnalité », *D.* 2016, p. 1980.
- « Le 'lien familial' », *Dr. fam.* 2016, dossier 50, n° 1.
- « Penser la famille au pluriel ? », *Dr. fam.* 2017, repère 9
- « Le contrôle de proportionnalité : questions de méthode », *D.* 2017, p. 656.
- « Pas de famille homoparentale hors adoption », *D.* 2018, p. 983.
- « Vers un rééquilibrage des pouvoirs en matière de protections des droits et des libertés fondamentaux ? Libres propos sur le rôle du juge judiciaire en tant qu'acteur du principe de subsidiarité », in *Mél. F. Sudre*, LexisNexis, 2018, p. 245 et s.
- « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *D.* 2019, p. 1084

GALLANT (E.)

- « Le nouveau droit international privé européen des régimes patrimoniaux de couples », *Europe* 2017, étude 3.

GEBLER (L.)

- « L'enfant et ses juges », *AJ fam.* 2007, p. 390.

- « Le nouveau bloc de compétence du juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009, p. 256.

GÉRAUD (C.)

- « Des effets en France d'unions polygamiques régulièrement contractées à l'étranger », *JCP N.* 1999, p. 1048.

GERMAIN (D.)

- « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010, p. 599.

GHESTIN (J.)

- « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in *Les notions à contenu variable*, PERELMAN (Ch.) et VANDER ELST (R.) (Dir.), Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 77.

GILLES (A.-M.)

- « Couple et lien économique », in *La notion juridique de couple*, C. Brunetti-Pons (Dir.), coll. Études juridiques, N. Molfessis (Dir.), Economica, 1998, p. 113 et s.

GOBERT (M.)

- « Réflexions sur les sources du droit et les 'principes' d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.

GODECHOT-PATRIS (S.), GUILLAUMÉ (J.)

- « La loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe », *D.* 2013, p. 1756.

GOUËZEL (A.)

- « Le PACS sans couple, une hérésie », *D.* 2017, p. 2038.
- « Réflexions sur la 'liberté de mettre fin aux liens du mariage' », *Dr. fam.* 2017, étude 19.

GOUTTENOIRE (A.)

- « Collaboration familiale et enrichissement sans cause », *Dr. fam.* 1999, chron. 19.
- « Les actions relatives à la filiation après la réforme du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.* 2006, étude 6.
- « Cohérence des contrôles de conventionnalité et de Constitutionnalité en matière de droit des personnes et de la famille », *NCCC* 2013, p. 63.
- « Le contrôle par la Cour de cassation sur l'intérêt de l'enfant », in *Mél. F. Dekeuwer-Défossez*, LGDJ, 2013, p. 163, p. 147.

GRANET (F.)

- « L'enregistrement des couples non mariés en Europe », *Dr. fam.* 1999, Hors-série, p. 58 et s.

GRANET-LAMBRECHTS (F.)

- « La présomption de paternité », *Dr. fam.* 2006, étude 3.
- « Trente-deux propositions pour une révision de la loi du 15 novembre 1999 relative au Pacs », *Dr. fam.* 2005, étude 9.

GRIMALDI (C.)

- « L'analyse structurale de la règle de droit au service du juge », *D.* 2007, p. 1448.

GROSLIÈRE (J.-C.)

- « Le juge aux affaires matrimoniales (ou l'homme-orchestre du divorce) », *D.* 1976, Chron.73

GROSS (M.)

- « Ouvrir l'accès à l'AMP pour les couples de femmes ? », in *Mariage de même sexe et filiation*, I. Théry (Dir.), coll. Cas de figure, Ed. EHESS, 2013, p. 103.

GUÉRY (CH.)

- « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal* 2010, p. 126.

GUEVEL (D.)

- « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.*, 2004, n° 290, p. 2.
- « Taire les origines : la filiation incestueuse », in *L'identité génétique de la personne : entre transparence et opacité*, P. Bloch, V. Depadt-Sebag (Dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 73.

GUEZ (M.)

- « Le tribunal judiciaire, naissance d'une juridiction », *Gaz. Pal.* 2019, p. 48 et s.

GUILLAUMÉ (J.)

- « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Mél. P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 295.

HAUSER (J.)

- « Décadence et grandeur du droit français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in *Mél. D. Huet-Weiller. Droit des personnes et de la famille*, Presses universitaires de Strasbourg, LGDJ, 1994, p. 235.
- « Mariages de complaisance : le doute profite aux futurs époux », *RTD civ.* 1995, p. 329.
- « Couple et différence de sexe », in *La notion juridique de couple*, C. Brunetti-Pons (Dir.), coll. Études juridiques, N. Molfessis (Dir.), Economica, 1998, p. 97.
- « L'ordre public dans les relations de la famille », *Rapport français, in L'ordre public. Travaux de l'association H. Capitant*, Journées libanaises, tome XLIX, LGDJ, 1998, p. 475 et s.
- « Aujourd'hui et demain, le PACS (1^{re} partie) », *RJPF* 1999-11.
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 441 et s.
- « L'adoption simple d'un enfant par son parent incestueux », *RTD civ.* 2000, p. 819.
- « Le Conseil constitutionnel et la famille », *CCC* 2004, p. 104.
- « Où deux fois deux moitiés identiques font un tiers ! », *RTD civ.* 2004, p. 267.
- « Des filiations à la filiation », *RJPF*, n° 9, 1^{er} sept. 2005.
- « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, p. 17.
- « Définition du concubinage.... dans le cadre d'un divorce ! », *RTD civ.* 2006, p. 285.
- « Discrimination et filiation », in *Personne et discrimination : perspectives historiques et comparées*, MERCAT-BRUNS (M.), Dalloz, 2006.

- « La réforme de la filiation et les principes fondamentaux », *Dr. fam.* 2006, étude 1, n° 9
- « Le sexe et le mariage », *RTD civ.* 2011, p. 326.
- « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe », *JCP* 2012. 2000.
- « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in *Mél. F. Dekeuwer-Défossez*, 2012, Montchrestien, Lextenso, p. 165.
- « Présidentielle : être sexué ou ne pas être sexué, voilà la question », *JCP* 2012. 466.
- « Le projet de loi sur le mariage des personnes de même sexe. Le paradoxe de la tortue d'Achille », *JCP G* 2012, doct. 1185, n° 4.
- « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé « Des familles », in *Mél. F. Dekeuwer-Défossez*, LGDJ, 2013, p. 163.
- « Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe (et autres sujets) », *JCP N* 2013. 1164.
- « Mariage asexué : tout va très bien Madame la Marquise... », *RTD civ.* 2013, p. 579.
- « Le mariage des couples de même sexe et le notaire : une réforme par préterition et procrastination », *Dr. fam.* 2013, dossier 7.
- « Le crépuscule de la loi en droit des personnes et de la famille », in *Des liens et des droits, Mél. J.-P. Laborde*, Dalloz, 2015, p. 712.
- « La réforme du droit des obligations et le droit des personnes et de la famille : premier aperçus », *AJ fam.* 2016, p. 460.

HÉBRAUD (P.)

- « Le juge et la jurisprudence », in *Mél. P. CUZINET*, Université des sciences sociales d Toulouse, 1974, p. 335.

HENAFF (G.)

- « La communauté de vie du couple en droit français », *RTD civ.* 1996, p. 551

HÉRON (J.)

- « L'infériorité de la norme jurisprudentielle », *RRJ.* 1993, p. 1083.

HILT (P.)

- « Preuves en droit de la famille : La preuve de l'existence d'un couple », *AJ fam.* 2007, p. 452.

HURPY (H.)

« La judiciarisation par défaut du lien de filiation des enfants nés d'une GPA transfrontalière avec la mère d'intention », *Rév. UE* 2019, p. 486.

IVANIER (TH.)

« L'interprétation des faits en droit », *JCP G*, 1986, I 3235, n° 4.

JACOTOT (D.)

- « Retour sur le phénomène jurisprudentiel », *RRJ.* 2002-4, p. 1647 et s.

JAMBU-MERLIN (R.),

- « Quelques réflexions sur la définition juridique de la famille », in Mél.G. Flattet, Payot, 1985, p. 53 et s.

JAMIN (C.)

- « L'efficacité au service de la justice », *Gaz. Pal.* 2007, n° 331, p. 67.
- « Juger et motiver », *RTD civ.* 2015, p. 263.

JAULT-SESEKE (F.)

- « Mariages et partenariats enregistrés, critique de la diversité des méthodes de droit international privé », in *Mél. P. Courbe, op. cit.*, p. 295.

JESTAZ (PH)

- « La jurisprudence, ombre portée du contentieux », *D.* 1989, p. 149.

JEULAND (E.)

- « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455, n° 1.

JOUBERT (N.)

- « La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale » *Rev. crit. DIP* 2017, p. 1.

JOUBERT (N.), MORE (B.)

- « Les partenariats enregistrés en droit international privé depuis la loi du 12 mai 2009 », *JCP N.* 2009, 1285.

LABBÉE (X.)

- « La judiciarisation du PACS et du concubinage », *D.* 2009, p. 2053.
- « Le mariage homosexuel et l'union civile », *JCP* 2012. 1642.
- « Les paradoxes de l'inceste », *Gaz. Pal.* 2012, n° 334, p. 5

LABRUSSE-RIOU (C.)

- « Couple et lien affectif », in *La notion juridique de couple*, C. Brunetti-Pons (Dir.), coll. Études juridiques, N. Molfessis (Dir.), Economica, 1998, p. 75.
- « L'adoption simple ne peut contourner la prohibition de la filiation », *JCP G* 2004, II 10064.

LACROIX (X.)

- « Un mariage 'homosexuel' : non-discrimination ou confusion ? in *La notion juridique de couple*, C. Brunetti-Pons (Dir.), coll. Études juridiques, N. Molfessis (Dir.), Economica, 1998, p. 45.
- « Un droit à l'enfant », FULCHIRON (H.) (Dir.), in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 125.

LALOUBÈRE (M.)

- « L'organisation de la gestion du contentieux familial au sein d'un tribunal de grande instance », *AJ Fam.* 2005, p.443

LAMARCHE (M.),

- « La multiplication des avantages en faveur des partenaires », *Dr. fam.* 2009, alerte 61.

- « La réduction des conditions de formation du mariage : une évolution en dents de scie », in *La liberté fondamentale du mariage*, J.-J. Lemouland, O. Lecuq (Dir.), Colloque du 6 juin 2008, UPPA, PUAM, 2009, p. 124.
- « La conjugalité » in *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, coll. thèmes et commentaires, H. Fulchiron (Dir.), Dalloz, 2009, p. 25 et s.
- « Objectivisme, subjectivisme et intérêt(s) en droit de la famille », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 227 et s.
- « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », *Dr. fam.* 2014, alerte 29.

LANGLOIS (P.)

- « La doctrine de la chambre sociale de la Cour de cassation », *Dr. soc.* 2006, p. 1084

LAPOYADE DESCHAMPS (A.)

- « Les renonciations en droit de la famille », *D.* 1993, p. 259.

LARRALDE (J.-M.)

- « Famille et Convention européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la famille en (r)évolutions*, CRDF, n° 11, 2013, Presses universitaires de Caen, p. 22.

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- « Le juge aux affaires familiales », *D.* 1994, p. 141.
- « La réception des principes de liberté et d'égalité en droit civil, du Code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », in *Mél. P. Catala, Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, LexisNexis, 2001, p. 83 et s.
- « La réforme du PACS dans du droit des successions ? », *Dr. fam.* 2006, repère 3.
- « L'amélioration du Pacs : un vrai contrat d'union civile. À propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. fam.* 2007, étude 1.
- « Où l'on parle des droits du « beau-parent » », *Dr. fam.* 2008, repère 8.
- « Infortune et regrets (à propos de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures : suite...) », *Dr. fam.* 2009, étude 33.
- « Les apports de la loi du 12 mai 2009 de simplification du droit sur le contentieux familial et le droit des personnes et de la famille », *Dr. fam.* 2009, étude 29.
- « L'effectivité de la liberté fondamentale du mariage : la protection du consentement », in *La liberté fondamentale du mariage*, J.-J. Lemouland, O. Lecuq (Dir.), Colloque du 6 juin 2008, UPPA, PUAM, 2009, p. 105 et s.
- « Le juge aux affaires familiales devient le juge des intérêts patrimoniaux des concubins et des partenaires », *Dr. fam.* 2009, comm. 66.
- « L'article 365 du Code civil constitutionnel... mais inconstitutionnel ? », *Dr. fam.* 2010, repère 10.

- « L'insaisissable défaut d'intention matrimoniale », *Dr. fam.* 2011, comm. 176 « La question prioritaire de constitutionnalité en droit civil, quels risques ? », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 259.
- « La loi doit-elle être bonne pour tous ? », *Dr. fam.* 2013, repère 1.
- « Libres propos sur le jeu de rôle des juridictions suprêmes en droit de la famille », in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 279, n° 2.

LAVRIC (S.)

- « Adoption définitive de la proposition de loi sur l'inceste », *D. act.* 29 janv. 2010.

LE BARS (TH.)

- « De la théorie des charges de la preuve et de l'allégation à la théorie globale des risques processuels », in *Mél. G. Goubeaux*, L.G.D.J., Lextenso, Dalloz, 2009, p. 319.

LEBEL (A.)

« Le mariage, le couple de même sexe et l'historien du droit », *AJ fam.* 2013, p. 122.

LEBORGNE (A.)

- « Réflexions sur la diversité des modes de conjugalité », in *Mél. J. Saint-Rose*, Bruylant, 2012, p. 675.
- « Le ministère public partie principale à un contentieux de la filiation : réflexion sur la montée d'un ordre public de direction ? », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 311.

LÉCUYER (H.)

- « La notion juridique de couple », *Dr. et patr.*, 1997, n°53, p. 62.

LEMOULAND (J.-J.)

- « Le pluralisme et le droit de la famille, post-modernité ou pré-déclin ? », *D.* 1997, p. 133.
- « La formation et la dissolution du pacte civil de solidarité », *JCP N.* 2000, p. 406.
- « Le couple en droit civil », *Dr. fam.* 2003, chron. 22.
- « Compétence du tribunal de grande instance pour statuer sur les conséquences de la rupture du PACS », *D.* 2004, p. 2969.
- « La loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce », *D.* 2004, p. 1825.
- « L'émergence d'un droit commun des couples » in *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, H. Fulchiron (H.) (*Dir.*), Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p. 33.
- « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in *La diversité du droit. in Mél. J. Saint-Rose*, Bruylant, 2012, p. 675. p. 729.

LEPAGE (A.)

- « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le Code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP G* 2010, doct. 335.
- « Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Dr. pén.* 2016, étude 11.

LEPROVAUX (J.)

- « Ratification et un peu plus... de l'ordonnance portant réforme de la filiation », *RJPF* 2009-3/12.

LEQUETTE (Y.)

- « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in *Mél. G. Champenois, Defrénois*, Lextenso éditions, 2012, p. 523.
- « L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe : clarification et réflexions », in *L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, Éd. Panthéon Assas, Colloques, 2014, p. 13.

LEROY (J.)

- « La force du principe de motivation », in *La Motivation, Actes du colloque organisé par l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Limoges, LGDJ, 2000, p.121.

LEROYER (A.-M.)

- « Réforme de la filiation », *RTD civ.* 2005, p. 836.
- « Filiation – Présomption de paternité – Conflits de filiation – Accouchement sous X. Loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *RTD civ.*, p. 2009, p. 375.
- « Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux », *RTD civ.* 2010, p. 381
- « La loi n° 2013-403 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Au passé, au présent et futur », *D.* 2013, p. 1697.

LEVENEUR (L.)

- « Les dangers du contrat d'union civile ou sociale », *Dr. fam.* 1999, hors-série, 2.

LIBCHABER (R.)

- « La notion de mariage civil », in *Libres propos sur les sources du droit, Mél. PH. Jestaz*, Dalloz, 2006, p. 326.
- « L'ouverture de l'assistance médicale à toutes les femmes », *D.* 2018, p. 1875.

LOUVEL (B.)

- « La Cour de cassation face aux défis du XXIe siècle », mars 2015.
- Entretien « Pour exercer pleinement son office de Cour suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », *JCP G* 2015, 1122.
- « Réflexions à la Cour de cassation », *D.* 2015, p. 543.

MAILLARD (C.)

- « La réforme sur le juge aux affaires familiales. Loi du 8 janvier 1993 », *LPA* 199.

MAIZY (M.-B.),

- « Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 : extension des attributions du juge aux affaires familiales et nécessaire réorganisation en juridiction », *AJ fam.* 2010, p. 106.

MAIZY (M.-B.), CHOPIN (M.)

- « La loi du 9 juillet 2010 et l'ordonnance de protection : une réponse adaptée aux violences intrafamiliales ? », *AJ fam.* 2010, p. 514.

MALAUURIE (PH.)

- « Rapport de synthèse », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, TH. Revet (Dir.), Dalloz, 1996, p. 105
- « Couple, procréation et parenté », *D.* 1998, p. 127.
- « Autorité et droits des tiers : un avant-projet patchwork », *JCP G* 2009, act. 167.
- « Le mariage homosexuel et l'union civile. Réponse à Xavier Labbé », *JCP G* 2012, 1096.
- « Le mariage pour tous et la "décrétinomanie" contemporaine », *LPA* 2013, n° 69, p. 11.

MARAIS (A.)

- « Sexe, mensonge et quiproquo. A propos de la filiation d'un enfant procréé par un couple de même sexe », *JCP G.* 2019, doct. 1237, n° 6.

MARRAUD DES GROTTES (G.)

- « Mariage homosexuel : la balle est dans le camp du législateur... », *RLDC* 2007, n° 38.

MARTEL (D.)

- « Un jeu de balle enflammée, à propos de la question prioritaire de constitutionnalité relative au mariage entre personnes de même sexe », *Dr. fam.* 2011, étude 4.

MARTINEZ (A.),

- « Simplification et modernisation du droit de la famille », *DA*, 21 octobre 2015.

MASSIP (J.)

- « Le nouveau droit de la filiation », *Deffrénois* 2006, n° 2, p. 91, n° 32.
- « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Deffrénois* 2009, p. 591.
- « Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille », *Deffrénois* 2013, n°13-14.

MATHEY (N.)

- « Entre illusions et contradictions », *JCP G* 2013. 162

MATIN (R.)

- « Le double langage de la prétention », *JCP G, I*, 1981, 3024.

MAUGER-VIELPEAU (L.)

- « Le Pacs après la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2007, 1201.
- « L'autonomie du pacs », *Dr. fam.* 2008, étude 22.

MAYER (D.)

- « La pudeur du droit face à l'inceste », *D.* 1988, chron. 213.

MÉCARY (C.)

- « Délégation partage de l'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel : évolution jurisprudentielle », *AJ fam.* 2011, p. 604.

MÉMETEAU (G.)

- « La situation juridique de l'enfant conçu », *RTD civ.* 1990, p. 611.

MICHEL (A.)

- « Modèles sociologiques de la famille dans les sociétés contemporaines », in *Arch. philo. drot.*, t. 20, *Réformes du droit de la famille*, Sirey, 1975, p. 127.

MIGNOT (A.)

- « Nul - même le législateur - n'est censé ignorer la loi... À propos du projet de loi de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme du droit de la filiation », *JCP G.*, 2008, act. 478.

MILLET (F.)

- « L'homoparentalité : essai d'une approche juridique », *Deffrénois* 2005, p. 743.
- « La vérité affective ou le nouveau dogme de la filiation », *JCP G* 2006, 2006, doct. 112.
- « La paternité : chronique d'une mort annoncée », *D.* 2013, p. 782.

MIRABAIL (S.)

- « Le couple », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, C. Neirinck (Dir.), Érès, 2003, p. 33.
- « Repenser l'action aux fins de subsides », *Dr. fam.* 2011, étude 19.
- « Les différents rôles de la possession d'état en matière de filiation », *Dr. fam.* 2014, étude 2.

MIRKOVIC (A.)

- « Un statut pour le beau-parent », *D.* 2008, p. 1709.
- « Statut du beau-parent : vivement le retrait d'un texte inutile et nuisible », *Dr. fam.* 2009, comm. 28.
- « Le mariage, c'est un homme et une femme », *JCP G* 2011, 134.
- « La situation juridique des enfants élevés par des personnes de même sexe », *Dr. fam.* 2013. Dossier 6.
- « Les dommages pour tous du mariage de quelques-uns », *Dr. fam.* 2013. Dossier 5.

MOLFESSIS (N.)

- « La réécriture de la loi relative au pacs par le Conseil constitutionnel » ; *JCP G* 2000, doct. 210.
- « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTD civ.* 2004, p. 155.

MONTEL-DUMONT (O.),

- « La famille en recomposition », in *Comment va la famille ?*, Cahiers français, nov.-déc. 2012, La documentation française, p. 1.

MORACCHINI-ZEIDENBERG (S.)

- « L'autorité parentale et les tiers », *Dr. fam.* 2010, étude 7.

MOTULSKY (H.)

- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.*, 1964, Chron. p. 235
- « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », in *Ecrits et notes de procédure civile*, préf. G. Cornu, J. Foyer, Dalloz, 1973.

MOURY (J.)

- « De quelques aspects de l'évolution de la *jurisdictio* (en droit privé) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mél. R. Perrot*, Dalloz, 1996, p. 299.

MULON (E.)

- « Le pacs : un nouveau mode de conjugalité », *RJPF* 2007/4. 8.

MURAT (P.)

- « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations sur un thème controversé) in *Mél. D. Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, PUF de Strasbourg LGDJ, 1994, p. 341.
- « Décès périnatal et individualisation juridique de l'être humain », *RDSS* 1995, p. 451.
- « Vers la famille homosexuelle par adoption ? », *Dr. fam.* 2000, chron. 8.
- « Couple, filiation, parenté », in *Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, *Mél. J. Rubellin-Devichi*, 2002, Litec, p. 53.
- « Simplifier le droit », *Dr. fam.* 2004, repère 6.
- « L'action de l'ordonnance du 4 juillet 2005 sur la possession d'état », *Dr. fam.* 2006, étude 5.
- « L'autorité parentale et les droits des tiers : un pas en avant, un pas en arrière ! », *Dr. fam.* 2009, repère 4.
- « Prolégomènes à une hypothétique restructuration du droit des filiations », in *Mél. J. Hauser*, LexisNexis, Dalloz, 2012, p. 405.
- « La Constitution et le mariage : regard d'un privatiste », *NCCC*, n° 39, 2013, p.19
- « L'ouverture de l'adoption aux couples de même sexe... ou l'art de se mettre au milieu du gué », *Dr. fam.* 2013, dossier 24.

NAUDET-SENECHAL (M.)

- « L'enfant et le juge unique », *LPA* 1995, n° 53, p. 81.

NÉLIDOFF (PH.)

- « La famille : une histoire faite d'évolutions ? Des mutations ? », in *La famille mutante*, S. Mirabail (*Dir.*), « La famille mutante », actes des colloques du 27 mars 2015, IFR n° 24, Presses de l'université de Toulouse Capitole, 2016, p. 9.

NEIRINCK (C.)

- « Les filiations électives à l'épreuve du droit », *JCP G* 1997, doct. 4067.
- « Homoparentalité et adoption », in *Mél. F. Terré*, Dalloz, 1999, p. 353.
- « L'enfant que l'on ne peut concevoir », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, C. Neirinck (*Dir.*), Érès, 2003, p. 39.

- « Les empêchements fondamentaux du mariage », in *La liberté fondamentale du mariage*, J.-J. Lemouland, O. Lecuq (Dir.), Colloque du 6 juin 2008, UPPA, PUAM, 2009, p. 129.
- « Une famille homosexuelle ? », in *Mariage-conjugalité. Parente-Parentalité*, H. Fulchiron (Dir.), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009, p. 143.
- « Homoparentalité et déssexualisation de l'état civil », *Dr. fam.* 2012, repère 7
- « Réforme de la PMA : la création de la famille par convenance personnelle », *Dr. fam.* 2013, repère 2.
- « Accorder le mariage aux personnes de même sexe, oui. Reconnaître un droit à l'enfant, non ! Pourquoi ? », *Dr. fam.* 2013. Dossier 2.
- « Ce qui change », *Dr. fam.* 2013, repère 6.
- « La circulaire CIV/02/13 sur les certificats de nationalité française ou l'art de contourner implicitement la loi », *Dr. fam.* 2013. comm. 42.
- « Les droits des tiers, monstre du Loch Ness ou cheval de Troie ? », *Dr. fam.* 2014, repère 3.
- « Réforme de l'assistance médicale à la procréation. Liberté procréatique, égalité arithmétique, parenté homosexuelle », *JCP G.* 2019, doct. 351.

NICOLAS-MAGUIN (M. -F.)

- « L'enfant et les sortilèges », *D.* 1995, p. 205.

NICOLAU (G.)

- « L'équivoque entre vice et vertu », *RTD civ.* 1996, p. 57.

NORMAND (J.),

- « Le juge et le fondement du litige », in *Mél. P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 595.
- « Le domaine du principe de motivation », in *La motivation*, actes du colloque Limoges, 1998, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique, Paris, LGDJ, 2000, XVII-121 p. 22.

ORIF (V.), TESSEREAU (E.)

- « Le juge de la mise en état », *Gaz. Pal.* 2015, n° 363, p. 15.

OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.),

- « 'Juris-dictio' et définition du droit », *Droits*, 1989, p. 53.

PANET (A.),

- « 'Conventions bilatérales' : Mariage et conventions bilatérales », *AJ fam.* 2014, p. 346.

PARCHEMINAL (H.)

- « Le juge aux affaires familiales et la protection de l'intérêt de l'enfant », *RDSS* 1994, p. 201.
- « Le juge aux affaires familiales. Nouveau juge des conflits familiaux (L. n° 93-22, 8 janvier 1993) », *JCP G.* 1994, doct. 3762 ; *JCP N* 1994, 100858.

PARICARD (S.)

- « L'enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats comblent le silence coupable du législateur », *D.* 2019, p. 110.

PÉCAUT-RIVOLIER (L.)

- « Avantages et droits sociaux des pacsés », *AJ fam.* 2007, p. 20

PEDROT (PH.)

- « Le rôle créateur et les limites de la jurisprudence en matière des personnes et de la famille, spécialement en matière de procréation assistée », *RRJ* 1994-4, p. 1255.

PERDRIAU (A.)

- « Visas, 'chapeaux' et dispositifs des arrêts de la Cour de cassation en matière civile », *JCP G* 1986, doct. 3257.
- « Le pouvoir discrétionnaire des juges du fond », *LPA* 2001, p. 8.

PERELMAN (CH.)

- « Essai de synthèse », in *Les notions à contenu variable*, CH. Perelman, V. Vander Elst (*Dir.*), Travaux du Centre national de recherches de logique, Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 365.

PÉRÈS (C.)

- « L'article 6-1 du code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, p. 1370.
- « Lien biologique et filiation : quel avenir ? », *D.* 2019, p. 1184

PERRIN (S.)

- « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* 2010, étude 16.

PHILIPPE (C.)

- « La viabilité de l'enfant nouveau-né », *D.* 1996, p. 29.
- « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité ». *Dr. fam.* 2007, étude 3.

PHILIPPOT (A.)

- « Le CCNE, chef d'orchestre des États généraux de la bioéthique », *JCP G.* 2018, 236.

PIC (E.)

- « Faire de la terminologie en droit ? », Cahiers du CIEL 2007-2008, Université Paris 7-Diderot, 57 à 69.

PICHARD (M.)

- « "Toutes les femmes ?" », *D.* 2019, p. 2143.

PIERATTI (G.)

- « Un point de vue sur la réforme du divorce : le XXe siècle témoin de l'affaiblissement du mariage et de l'apparition d'un droit au divorce », *LPA* 2004, n° 76, p. 3.

PIERRE (M.)

- « Qu'est-ce que la famille ? », in *La famille que je veux, quand je veux ?*, C. Neirinck (*Dir.*), ÉRÈS, 2003, p. 22.

POUSSON-PETIT (J.)

- « La contractualisation du droit de la famille », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social. Livre I Lien familial et lien obligationnel*, PUTMAN (E.), AGRESTI (J.-PH.), SIFFREIN-BLANC (C.) (*Dir.*), PUAM, 2013, p. 115.
- « Couples conjugaux et pluralismes culturels et juridiques en Europe » in *Mél. C. Neirinck*, LexisNexis, 2015, p. 385.

PUIGELIER (C.)

- « D'une approche cognitive de l'arrêt de principe », *RRJ*. 2002-4, p. 1641.
- « La création du droit (Libres propos sur la norme jurisprudentielle) », *RRJ*. 2004-1, p. 17.

QUIÑONES ESCAMEZ (A)

« Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 357.

RACINE (J.-B.)

« La diversité de l'ordre public », in *Mél. J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1201.

RAOUL-CORMEIL (G.)

- « La conception objective de la bigamie, cause de nullité absolue du mariage », *D.* 2012, p. 258.
- « L'habilitation familiale : une tutelle adoucie, en la forme et au fond », *D.* 2015, p. 2335.

RASCHEL (L.)

- « Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice : aspects d'organisation judiciaire », *Procédures* 2019, étude 11.

RAYMOND (G.)

- « Pacs et droit des contrats », *Contrats, conc., cons.*, 2000, chron. 14.

RAYNAUD (P.)

- « Le présomption de paternité légitime dans la jurisprudence récente », in *Mél. P. Roubier*, Dalloz, 1961, t. 2, p. 217.

REBOUL (N.)

- « Remarques sur une notion conceptuelle et fonctionnelle : l'*affectio societatis* », *Rév. soc.*, 2000, p. 425

RÉGLIER (A.-C.)

- « La détermination de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant en cas de désunion ou l'immixtion de l'analyse économique en droit de la famille », *Dr. fam.* 2015, dossier 55.

ROCHE-DAHAN (J.)

- « Les devoirs nés du mariage », *RTD civ.* 2000, p. 735.

ROCHFELD (J.)

- « Réforme du PACS », *RTD civ.* 2006, p. 624.

ROMANO (G.-P.)

- « La bilatéralité éclipsée par l'autorité », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 457.

ROME (F.)

- « L'outrage aux folles... », *D.* 2011, p. 297.

ROUVIÈRE (F.)

- « Le concept d'homoparentalité : une analyse méthodologique », *Gaz. Pal.* 2013, n° 066.
- « Le contrôle de proportionnalité dans la balance du juge », *RTD civ.* 2017, p. 524.

RUBELLIN-DEVICHI (J.)

- « Des éléments constitutifs du concubinage », *RTD civ.* 1990, p. 53.
- « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. fam.* 2002, chron 11.

SAGAUT (J.-F.)

- « Couples au XXI^e siècle : le nécessaire état des lieux de la conjugalité », *LPA.* 2010, n° 101, p. 11.

SALVAGE-GEREST (P.)

- « Le juge des affaires familiales (de l'homme orchestre du divorce à l'homme orchestre de l'autorité parentale) », *Dr. fam.* 2003, chron. 12.

SANNIER (A.)

- « L'ordonnance de protection : un dispositif d'urgence désormais renforcé », *Gaz. Pal.* 2014, n° 322, p. 4

SAULIER (M.)

- « À quoi sert le PACS ? », *D.* 2017, p. 1292.

SEBAG (A.)

- « Faut-il créer un statut fondamental (régime primaire) pour toutes les formes de conjugalité ? », *Dr. fam.* 2017, étude 21.

SEGALEN (M.)

- « Penser la famille », *in Comment va la famille, Cahiers français*, nov.-déc. 2012, La documentation française, p. 2.

SEGONDS (M.)

- « La plénitude de juridiction du tribunal de grande instance », *JCP G* 2000, doct. 223.

SÉRIAUX (A.)

- « Le juge au miroir. L'article 5 du Code civil et l'ordre juridictionnel français contemporain », *in Mél. C. Mouly*, T. I, Litec, 1998, p. 171 et s.
- « Qualifier ou l'entre-deux du droit », *Mél. J. Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 1227.

SIMLER (P.), HILT (P.)

- « Le nouveau visage du Pacs : un quasi mariage », *JCP G* 2006, doct. 161.

SUDRE (F.)

- « Le contrôle de proportionnalité de la Cour européenne des droits de l'homme. De quoi est-il question ? », *JCP* 2017. 289.
- « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention EDH ? Aperçu rapide », *JCP G.* 2018, p. 473.

SUTTON (G.)

- « L'office du juge dans le contentieux de la filiation : vingt années de jurisprudence », in *Mél. D. Huet-Weiller, Droit des personnes et de la famille*, PUF de Strasbourg LGDJ, 1994, p. 459.

TERRÉ (F.)

- « Histoire d'une loi », *Dr. fam.* 1999, Hors série, n° 7, p. 29.
- « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, TH. Revet (*Dir.*), Dalloz, 1996, p. 3.

TETARD (S.)

- « Quelle place juridique pour le beau-parent ? », *Dr. fam.* 2013, dossier 28.

THÉRY (I.)

- « Mariage de même sexe et filiation : rupture anthropologique ou réforme de civilisation », *Dr. fam.* 2013, Dossier 17.

THÉRY (I.), LEROYER (A.-M.)

- « Filiation, origines, parentalité : le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle », *Dr. fam.* 2014, étude 2.

THIOYE (M.)

- « L'utilisation des standards juridiques par le juge », *RRJ.* 2014-4.

THOURET (S.)

- « Réforme du droit de la famille : le juge du divorce et de la liquidation », *AJ fam.* 2015. 598.

TUSSEAU (G.)

- « Critique d'une métonymie fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle », *RFDA* 2009, p. 641.

USUNIER (L.)

- « Libre, mobile, divers : le couple au miroir du droit international privé de l'Union européenne », *RTD civ.* 2016, p. 806.

VALORY (S.)

- « Pacs : de nouvelles règles fiscales sont entrées en vigueur », *RJPF* 2010-2/33, p. 25.

VEDEL (G.)

- « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Baristein ». *JCP G* 1948 I.682.
- « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950 I. 851, n° 4.

VERHEYDE (TH.)

- « Le cas des majeurs protégés », in *Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide »*, *AJ fam.* 2014, p. 688.

- « Réforme du droit de la famille : L'habilitation familiale », in *Dossier Réforme du droit de la famille : l'ordonnance du 15 octobre 2015*, *AJ fam.* 2015 p. 603

VIAL (G.)

- « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009. Étude 18.

VIAL (G.)

- « Réforme de la filiation : les surprises du projet de ratification de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *Dr. fam.* 2008, étude 5

VIGNEAU (V.)

- « Libres propos d'un juge sur le contrôle de proportionnalité », *D.* 2017, p. 123.

VILLACÈQUE (J.)

- « Le tribunal de grande instance statuant au fond en matière civile : la collégialité menacée par les juges uniques », *D.* 1995, p. 317.

VOIDEY (N.)

- « La notion de 'prétentions' en procédure civile », *Gaz. Pal.*, 2006, n° 248, p. 5.

WATINE-DROUIN (C.)

- « Du juge aux affaires matrimoniales au juge aux affaires familiales », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, *Mél. R. Perrot, Dalloz*, p. 557.

WIEDERKERHR (G.)

- « *Qu'est-ce qu'un juge ?* », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, *Mél. R. Perrot, Dalloz*, 1996, p. 575.

YILDRIM (G.)

- « L'enrichissement injustifié, nouveau visage de l'enrichissement sans cause », *AJ fam.* 2016, p. 472.

ZENATI-CASTAING (F.)

- « La motivation des décisions de justice et les sources du droit », *D.* 2007, p. 1563.
- « La juridictionnalisation de la Cour de cassation », *RTD civ.* 2016, p. 511.

Table des décisions de justice

COUR DE CASSATION

Décisions de l'assemblée plénière

- Ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, P+B+R+I : JurisData n° 2019-016985 ; *D.* 2019, p. 1985, obs. G. Loiseau; *ibid.* p. 2000, obs. J. Guillaumé ; *ibid.* p. 2228, obs. H. Fulchiron, C. Bidaud ; *AJ fam.* 2019, p. 481, obs. L. Brunet ; *ibid.* p. 487, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p. 592, obs. G. Kessler ; *ibid.* p.2019, obs. J. Houssier ; *JCP G.* 2019, 1044 ; *ibid.* 1184, note A. Gouttenoire, F. Sudre ; *Dr. fam.* 2019, comm. 219, note A. Philippot.
- Cass., c. réexamen, 16 févr. 2018, n° 17-RDH-001 (*affaire. Mennesson*), n° 17-RDH-002 (*affaire Bouvet*) ; *D.* 2018, p. 825, note J. Guillaumé ; *ibid.* p. 1664, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2018, p. 178, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D. actu.* 20 févr. 2018, obs. F. Mélin ; *RJPF* 2018-3/33, obs. M.-C. Le Boursicot.
- Ass. plén., 5 oct. 2018, n° 12-30.138 et n° 10-19.053 ; *D.* 2018, p. 1912 ; *AJ fam.* 2018, p. 613, obs. M. Saulier ; *ibid.* p. 569, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p. 640 ; *D. act.* 10 oct. 2018, obs. T. Coustet ; *RTD civ.* 2018, p. 847, obs. J.-P. Marguénaud ; *RJPF* 2018-11/26, obs. M.-C. Le Boursicot.
- Ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002 ; *D.* 2015, p. 1438, obs. I. Gallmeister, 1481, édito. S. Bollée, et 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *AJ fam.* 2015, p. 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *D.* 2015, p.1773, obs. D. Sindres.
- Ass. Plén., 29 oct. 2004, n° 03-11.238 ; *RTD civ.* 2005, p. 104, J. Hauser ; *LPA* 2005, n° 112, p. 17, obs. S. Pimont ; *D.* 2004, p.3175, note D. Vigneau ; *ibid.*, 2005, p.809, obs. J.-J. Lemouland ; *Dr. fam.* 2004, comm. 230, obs. B. Beignier ; *AJ fam.*, 2005, p. 23, obs. F. Bicheron ; *RLDC*, n° 11/2004. 41 obs. M. Lamarche.
- Ass. plén., 11 déc. 1992 (2 arrêts), n° 91-11.900 P : R., p. 67, rapp. G. Gélineau-Larrivet ; *GAJC*, p. 179, n°^{os} 26-27 ; *JCP G* 1993. II. 21991, concl. M. Jéol, note G. Mémeteau ; *Gaz. Pal.* 1993. 1. 180, concl. M. Jéol ; *Defrénois* 1993. 431, note J. Massip ; *RTD civ.* 1993, p. 97, obs. J. Hauser.
- Ass. Plén., 31 mai 1991 : *Defrénois* 1991, 1267, obs. J.-L. Aubert ; *RTD civ.* 1991, obs D. Huet-Weiller ; *JCP G* 1991, II, 21752, comm. J. Bernard, concl. Dontenwille, note F. Terré ; *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. Chantier, note D. Thouvenin.

Décisions de la chambre mixte

- Ch. mixte, 27 févr. 1970, *Dangereux* ; *D.* 1970, p. 201, note Combaldieu ; *JCP G* 1970. II. 16305, concl. R. Lindon, note Parlange ; *RTD civ.* 1970, p. 353, obs. G Durry.
- Ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des Cafés Jacques Vabre*, *Bull. civ.*, n° 4 ; *AJDA* 1975, p. 567, note Boulouis ; *Cah. dr. eur.* 1975, p. 655, note Kovar ; *D.* 1975, p. 497, concl. Touffait ; *Gaz. Pal.* 1975. 2. 470, concl., note R.C. ; *JDI* 1975, p. 802, note Ruzié ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 347, note Foyer et Holleaux ; *Rev. crit. DIP* 1976, p. 690, note Rousseau.

Décisions de la première chambre civile

- Civ. 1^{re}, 17 avr. 1953, *Rivera* ; *Rev. crit.* 1953. 412, note Batiffol ; *Clunet* 1953. 860, note Plaisant ; *JCP* 1953. II. 7863, note Buchet ; *GADIP*, n° 26.
- Civ. 1^{re}, 28 janv. 1958, *Chemouni* ; *Rev. crit. DIP* 1958, p. 110, note R. Jambu-Merlin ; *D.* 1958, p. 265, note R. Lenoan ; *JCP* 1958. II. 10488, note P. Louis-Lucas ; *JDI* 1958, p. 776, note A. Ponsard.
- Civ. 1^{re}, 5 mai 1962 ; *D.* 1962. 718, note G. Holleaux. - 19 déc. 1972, *Guarte*, *Rev. crit. DIP* 1972. 83, note D. Holleaux ; 29 mars 1989, *Rev. crit. DIP* 1990. 352, note P. Mayer ; *JDI* 1989. 1014, note Kessedjian.
- Civ. 1^{re}, 20 nov. 1963, *Appietto* : *Bull. civ. I*, n° 506 ; *D.* 1964, p. 465, note G. Raymond ; *JCP* 1964. II. 13498, note J. Mazeaud ; *RTD civ.* 1964. 286, obs. H. Desbois.
- Civ. 1^{re}, 7 janv. 1964, *Rev. crit. DIP* 1964. 344, note Batiffol ; *JCP* 1964. II. 13590, obs. Ancel.
- Civ. 1^{re}, 17 déc. 1968, *Bull. civ. I*, n° 325 ; *D.* 1969, p. 410.
- Civ. 1^{re}, 22 janv. 1968 ; *D.* 1968, p. 309 ; *JCP* 1968. II. 15442, note R. L.
- Civ. 1^{re}, 19 févr. 1975, *Bull. civ. I*, n° 70 ; *D.* 1975. IR 101.
- Civ. 1^{re}, 23 nov. 1977, n° 76-14.182, *Bull. civ. I*, n° 440.
- Civ. 1^{re}, 3 janv. 1980, *Rev. crit. DIP* 1980, p. 331, note H. Batiffol ; *JDI* 1980, p. 327, note M. Simon-Depitre.
- Civ. 1^{re}, 18 nov. 1980, n° 79-12.995, *Bull. civ. I*, n° 295.
- Civ. 1^{re}, 25 nov. 1980, *D.* 1981. IR 296, obs. D. Huet-Weiller.
- Civ. 1^{re}, 10 juin 1981, *Bull. civ. I*, n° 202 ; *RTD civ.* 1984, p. 303, obs. J. Rubellin-Devichi.
- Civ. 1^{re}, 23 févr. 1982, n° 80-15.446, *Bull. civ. I*, n° 86.
- Civ. 1^{re}, 21 déc. 1982, *Bull. civ. I*, n° 371.
- Civ. 1^{re}, 1^{er} juill. 1986, n° 84-14.200 ; *Bull. civ. I*, n° 189.
- Civ. 1^{re}, 23 juin 1987 : *D.* 1987. 613, note J. Massip.
- Civ. 1^{re}, 5 juill. 1988, n° 86-14.489 ; *D.* 1989, p. 398, concl. M. Charbonnier.
- Civ. 1^{re}, 6 juill. 1988, *Rev. crit. DIP* 1989. 71, note Y. Lequette.

- Civ. 1^{re}, 29 mars 1989, *Bull. civ. I*, n° 144 ; *D.* 1990. Somm. 115, obs. A. Bénabent ; *JDI* 1989, p. 1014, note Kessedjian ; *Rev. crit. DIP* 1990, p. 352, note P. Mayer.
- Civ. 1^{re}, 13 déc. 1989, n° 88-15.655 ; *Defrénois* 1990, 743, obs. J.-L. Aubert ; *D.* 1990, 273, rapp. J. Massip ; *RTD civ.* 1990, obs. J. Rubellin-Devichi ; *JCP G* 1990, II, 21526, note A. Sérieux.
- Civ. 1^{re}, 10 janv. 1990, n° 88-13.873 , *Bull. civ. I*, n° 4
- Civ. 1^{re}, 31 janv. 1990, no 88-16.497 P ; *D.* 1990, p. 449, note J. Massip.
- Civ. 1^{re} 14 févr. 1990, *Rev. crit. DIP* 1991. 129, note É. Poisson-Drocourt.
- Civ. 1^{re}, 5 nov. 1991 ; *Defrénois* 1992, p. 304, obs. J. Massip.
- Civ. 1^{re}, 3 mars 1992, *Bull. civ. I*, n° 69 ; *D.* 1993, p. 133, note J. Massip ; *RTD civ.* 1993, p. 109, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 18 févr. 1992, n° 90-16.697 ; *Bull. civ. I*, n° 50 ; *D.* 1992. Somm. 317, obs. F. Granet-Lambrechts.
- Civ. 1^{re}, 30 juin 1992, no 90-20.252 ; *Bull. civ. I*, no 207 ; *Defrénois* 1993, p. 300, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1993, p. 108, obs. J. Hauser ; *D.* 1993. Somm. 161, obs. F. Granet-Lambrechts.
- Civ. 1^{re}, 24 mars 1993 ; *D.* 1994, p. 346, note J. Massip.
- Civ. 1^{re}, 15 juill. 1993, no 91-21.693 ; *D.* 1994. Somm. 115, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Defrénois* 1994, p. 328, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1993, p. 806, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 12 janv. 1994, n° 92-13.570 ; *D.* 1994. 449, note J. Massip.
- Civ. 1^{re}, 6 mars 1996, *Bull. civ. I*, n° 120 ; *D.* 1997, p. 48, note J. Massip.
- Civ. 1^{re}, 10 avril 1996, *RTD civ.* 1996. 712, note R. Perrot.
- Civ. 1^{re}, 2 déc. 1997, *LPA* 11 déc. 1998, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998, p. 659, obs. J. Hauser, *Dr. fam.* 1998, comm. 35, note H. Lécuyer ; *Defrénois* 1998. 1017, obs. J. Massip.
- Civ. 1^{re}, 17 déc. 1997 ; *D.* 1998, p. 111, concl. Weber, note J.-L. Aubert ; *JCP G* 1998. II. 10093, note A. Djigo ; *Defrénois* 1998. 404, obs. A. Bénabent ; *Dr. fam.* 1998, comm. 36, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1998, p. 347, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 24 mars 1998, n° 97-11.252 P : *GAJC, op. cit.*, p. 397 n° 65 ; *D.* 1999, p. 19, note J.-J. Lemouland ; *Defrénois* 1998. 1398, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998, p. 658, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 3 avr. 1998, n° 96-10581 ; *JCP N* 1998, 921 ; *Dr. fam.* 1998, comm. 81, note H. Lécuyer ; *Defrenois* 1998, p. 1385, obs. J. Massip.
- Civ. 1^{re}, 16 mars 1999, n° 97-11.717, n° 97-11.717 ; *D.* 1999, p. 195, obs. F. Granet ; *Dr. fam.* 1999, comm. 122, note P. Murat.
- Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I* , n° 103 ; R. p. 328 ; *D.* 2000, p. 791, note Th. Garé, *D.* 2001, Somm., p. 976, obs. F. Granet ; *JCP* 2000, II, p. 10409, concl. Petit, note Monsallier-Saint-Mieux ; *Defrénois* 2000, p. p. 769, note P. Murat ; *RJPF* 2000-5I38, note J. Hauser ;

- LPA* 5 sept. 2000, note Nevejans-Bataille ; *ibid.* 27 nov. 2000, note Daubron ; *RTD civ.*, 2000, p. 304, obs. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 14 juin 2000. n° 98-16.122 ; *D.* 2001. 969.
 - Civ. 1^{re}, 12 juin 2001. n° 98-21.796 ; *RTD civ.* 2001. 574, obs. Hauser ; *Dr. fam.* 2002. comm. 2, note Murat.
 - Civ. 1^{re}, 27 nov. 2001, *Bull. civ. I*, n° 292
 - Civ. 1^{re}, 4 sept. 2002 n° 1352 FS-P+B+R, *JurisData* n° 2002-015545 ; *JCP G.* 2012, 10007, note A. Devers ; *Defrénois* 2002, p. 1467, note J. Massip ; *RTD civ.* 2003, p. 62, obs. J. Hauser ; *D.* 2003, p. 1935, obs. J.-J. Lemouland.
 - Civ. 1^{re}, 24 sept. 2002, n° 00-22.466 ; *D.* 2003, 1793, note Cocteau-Senn.
 - Civ. 1^{re}, 28 oct. 2003, n° 01-12.574, *Juris-data* n° 2003-020634 ; *D.* 2004, p. 2964, obs. J.-J. Lemouland ; *AJ fam.*, 2004, p. 27, obs. Fr. Bicheron ; *Dr. fam.* 2004, comm. 15, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2004, p. 2, note J.-P. Gridel.
 - Civ. 1^{re}, 6 janv. 2004, n° 01-01.600 : *Bull. civ. I*, n° 2 ; *GAJC, op. cit.*, p. 352, n° 53 ; *D.* 2004, p. 362, concl. Sainte-Rose, note D. Vigneau ; *ibid.*, somm. 1419, obs. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2004. II. 10064, note Labrusse-Riou ; *ibid.* I. 109, n° 2, obs. Rubellin-Devichi ; *Défrenois* 2004, p. 594, obs. J. Massip ; *AJ fam.* 2004, p. 66, obs. Bicheron ; *Dr. fam.* 2004, comm. 16, note D. Fenouillet ; *RJPF* 2004-3/34, note T. Garé ; *RLDC* 2004/3, n° 107, note F. Dekeuwer-Défossez ; *LPA* 8 avr. 2004, obs. Voisin ; *RTD civ.* 2004, p. 75, obs. J. Hauser.
 - Civ. 1^{re}, 3 févr. 2004, n° 00-19.838 FS-P-B-R ; *Juris -Data* n° 2004-022089 ; 3 févr. 2004, n° 00-19.838, *Bull. civ. I*, n° 33 ; *D.* 2004. 3171, note J.-G.Mahinga ; *D.* 2004. Somm. 2963, obs. J.-J. Lemouland ; *Dr. fam.* 2004. comm. 47, note V. Larribau-Terneyre ; *JCP G* 2004. II. 10074, note Bottini ; *RTD civ.* 2004, p. 267, obs. J. Hauser ; *Defrénois* 2004. 1067, note M. Revillard ; *Defrénois* 2004. 1229, obs. J. Massip ; *Rev. crit. DIP* 2004. 395, obs. B. A.
 - 2004. 22 juin 2004, n° 02-10.136 F-D : *JurisData* n° 2004-026834 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 30, note P. Murat.
 - Civ. 1^{re}, 6 avr. 2004, n° 03-19.026 ; *AJ fam.* 2004, p. 241, obs. F. Bicheron ; *RDSS* 2004, p. 691, obs. F. Monéger ; *Dr. fam.* 2004, comm. 120, obs. P. Murat.
 - Civ. 1^{re}, 14 juin 2005, n° 03-19.582 ; *D.* 2005. IR 1805 ; *Dr. fam.* 2005, comm. 182, note P. Murat.
 - Civ. 1^{re}, 25 oct. 2005, n° 03-19.274 F-D : *Juris-data* n° 2005-030465 ; *RTD civ.* p. 100, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2006, comm. 2, note P. Murat.
 - Civ. 1^{re}, 3 janv. 2006, n° 04-11.016 F-D : *JurisData* n° 2006-031509 ; *JCP G* 2006, I, 199, n° obs. H. Bosse-Platière ; *AJ fam.* 2006, p. 111, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2006, comm. 85, obs. V. Larribau-Terneyre.

- Civ. 1^{re}, 31 janv. 2006 ; *AJ fam.* 2006, p. 112, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2006, p. 283, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2006, comm. 79, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2006, p. 1416, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.
- Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006, n° 05-13.006, *Bull. civ.* I, n° 73 ; *D.* 2006. IR., p. 603, obs. F Granet-Lambrechts ; *JCP G* 2006. I. 199, n° 3, obs. Y. Favier ; *AJ fam.* 2006, p. 162, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2006. Comm. 107, note P. Murat ; *RLDC* 2006/29. 2147, note M. Meyzeaud-Garaud ; *RTD civ.* 2006, p. 294, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 24 févr. 2006, n° 04-17.090 (FS-P+B+R+I) ; *Bull. civ.* 2006, I, n° 101 ; *AJ fam.* 2006, p. 159, obs. F. Chénéde ; *D.* 2006, p. 876 H. Fulchiron ; *Ibid.*, Jur. p. 897, note I. Gallmeister ; *Ibid.* p. 897, note D. Vigneau ; *Ibid.* Pan. p. 1421, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *Ibid.* Pan. p. 1148, obs. F. Granet ; *RJPF*-2006-4/32, note E. Mulon ; *RTD civ.* 2006, p. 297, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2006, comm. 89, note P. Murat
- Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006 n° 02-13.175, *D.* 2006. *Jur.*, p. 2085, note G. Raoul-Cormeil ; *ibid.* Pan. p. 1414, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2006, p. 206, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2006, p. 283, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 04-13.786 P ; *D.* 2007. *Pan.* 1568, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2006, p. 285, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 05-14.082 ; *D.* 2007. *AJ* 727, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2007. 1115, note Avout et Bollée ; *D.* 2007. *Pan.* 1758, obs. Courbe et Jault-Seseke ; *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note Ancel et Muir-Watt.
- Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 06-15.647, FS P+B+R+I, Proc. gén. près CA Bourges : *Juris-data* n° 2007-037456 ; Civ. 1^{re}, 20 févr. 2007, n° 04-15.676, FS P+B+R+I, X et a. c/ Proc. gén. près CA Paris : *Juris-data* n° 2007-037455 ; *D.* 2007, p. 1047, note D. Vigneau ; *ibid.* *AJ* 721, obs. Delaporte-Carré ; *ibid.* *Chron. C. cass.* 891, obs. Chauvin ; *ibid.* *Pan.* 1467, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP* 2007. II. 10068, note C. Neirinck ; *Gaz. Pal.* 2007. 480, avis Cavarroc ; *Defrénois* 2007. 791, obs. J. Massip ; *AJ fam.* 2007. 182, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2007, n° 80, note P. Murat ; *RJPF* 2007-5/32, note Mécaré ; *RLDC* 2007/39, n° 2570, note Le Boursicot ; *RTD civ.* 2007. 325, obs. Hauser ; *JCP G.* 2007, act. 109, obs. Y. Favier.
- Civ. 1^{re}, 7 avr. 2006, pourvois n° 05-11.285 et 286 ; *D.* 2006, p. 1177, tribune B. Mallet-Bricout ; *AJ fam.* 2006, p. 249, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2006, p. 273, obs. P. Remy-Corlay ; *Dr. fam.* 2006, n° 124 ; *Defrénois* 2006. 38426 ; *LPA* 2006, n° 141, p. 17, obs. J. Massip ; *ibid.*, 2007, n° 91, p. 7, obs. J. Massip.
- Civ. 1^{re}, 13 mars 2007 ; *GAJC*, p. 224 ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2007, n° 81, p. 10 ; *RTD civ.* 2007, p. 287, obs. J.-P. Marguénaud ; *Ibid.*, p. 315, obs. J. Hauser ; *AJ fam.* 2007, p. 227, obs. F. Chénéde ; *RJPF* 2007, n° 5, note A. Leborgne ; *RLDC* 2007/5, n° 38, obs. G. Marraud des Grottes ; H. Fulchiron, *D.* 2007, p. 1375 ; *ibid.* p. 1389, rapp. G. Pluyette et note E. Agostini ;

- ibid.* p. 1561, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *Dr. fam.* 2007. comm. 76, note M. Azavant ; *JCP* 2007. act. 136, obs. Y. Favier.
- Civ. 1^{re}, 4 juin 2007, n° 05-20.243 , Bull. civ. I, n° 218 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 153, note T. Fossier ; *ibid.*, comm. 193, note P. Murat.
 - Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007 ; *D.* 2007. *AJ*, p. 2811 ; *ibid.*, 2008, *Pan.*, p. 1789, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2007, p. 436, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2008, p. 84, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2007, comm. 197, note V. Larribau-Terneyre.
 - Civ. 1^{re}, 19 déc. 2007, n° 06-21.369 P : *D.* 2008. *AJ* p. 291, obs. Luxembourg ; *ibid.* 2008. *Pan.* p. 1377, obs. F Granet-Lambrechts ; *ibid.* 2008. P. 1028, note Mauger-Vielpeau ; *ibid.* *Pan.* p. 1794, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *JCP* 2008. *II.* 10046, note Y Favier ; *Gaz. Pal.* 2008. 1. 307, et les obs. ; *AJ fam.* 2008. 75, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2008, n° 28, note P. Murat ; *Defrénois* 2008. 1119, obs. J. Massip ; *RJPF* 2008-3/28, obs. T. Garé ; *RTD civ.* 2008 p. 287, obs. H. Hauser
 - Civ. 1^{re}, 25 juin 2008, n° 07-14628 ; *D.* 2010, *Pan.*, p. 728, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.
 - 2008. 28 oct. 2008, *Bull. civ.* I, n° 215 ; *D.* 2004, p. 21, note J.-P. Gridel ; *RTD civ.* 2004, p. 66, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2004, comm. 24, obs. Larribau-Terneyre ; *Defrénois* 2004, p. 143, note J. Massip.
 - Civ. 1^{re}, 8 oct. 2008, *Bull. civ.* 2008, I, n° 233 ; comm. 334 ; *RTD civ.* 2008, p. 655 J. Hauser ; *AJ fam.* 2008, p. 435, obs. L. Pécaut-Rivolier, *D.* 2008, p. 2663, note V. Norguin ; *Defrénois* 2008, 38871, n° 9, note A.-M. Boussard ; *Dr. fam.* 2008, comm. 173, note P. Murat ; *Procédures* 2008, comm. 334, obs. M. Douchy-Oudot.
 - Civ. 1^{re}, 3 déc. 2008, n° 07-12.042 ; *RTD civ.* 2009, p. 105, obs. J. Hauser.
 - Civ. 1^{re}, Civ. 1^{re}, 17 déc. 2008, n° 07-20.468 ; *D.* 2009, p. 340, note L. Brunet ; *D.* 2009, p. 166, obs. 166, Obs. V. Égéa ; *Gaz. Pal.* 2009, n° 70 et 71, note A. Gabriel ; *D.* 2009, p. 773, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Dr. fam.* 2009, comm. 15, note P. Murat ; *D.* 2009, 322, avis D. Sarcelet.
 - Civ. 1^{re}, 14 janv. 2009, *Bull. civ.* n° 5 ; *RTD civ.* 2009, p. 304 ; *Dr. fam.* 2009, comm. 26, C. Neirinck ; *RJPF* 4/35, obs. T. Garé.
 - Civ. 1^{re}, 17 mars 2010, n° 08-14.619, *D.* 2010. 892 ; *Ibid.* 1442, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Ibid.* 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; *AJ fam.* 2010. 239, obs. S. Milleville ; *Dr. fam.* 2010. comm. 102, note P. Murat ; *Defrénois*, 2010. 1358 obs. J. Massip ; *RTD Civ.* 2010 p.521, obs. J. Hauser.
 - Civ. 1^{re}, 23 juin 2010 ; 23 juin 2010, n° 09-66.782 ; *D.* 2010, p. 1627 ; *AJ fam.* 2010, p. 392, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2010, p. 542, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2004-10/47, obs. Th. Garé.
 - 2010. 31 mars 2010, n° 08-70171.
 - Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 07-11.273, n° 08-21.740 , *Bull. civ.* 2010, I, n° 158 ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts, *ibid.*, 1787, obs. I.

- Gallmeister ; *AJ fam.* 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel, interview C. Mécarry ; *ibid.* p. 394, obs. F. Chénéde ; *RDSS* 2010, p. 547, obs. C. Neirinck ; *JCP G* 2010, n° 41, art. 994, note A. Gouttenoire ; *Defrénois* 2010, 2028, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 2010, p. 547, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 747, note P. Hammje ; *RJPF* 2010-10/30, note Th. Garé.
- Civ. 1^{re}, 12 janv. 2011, n° 09-16.527 (n° 16 FS-P+B+I) ; *AJ fam.* 2011, p. 100, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2011, comm. 20 ; note C. Neirinck ; *JCP G* 2011, 415, H. Bosse-Platière et A. Gouttenoire ; *D.* 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrecht ; *Justice* 2011, p. 149, rapp. F. Monéger ; *ibid.* 158, avis B. Pages ; *AJACT* 2011, p. 188, obs. I. Gallmeister ; *RTD civ.* 2011, p. 337, obs. J. Hauser.
 - Civ. 1^{re}, 9 mars 2011, n° 10-10.385, F-P+B+I : JurisData n° 2011-003220 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 74, note C. Neirinck ; *JCP N.* 2011, act. 320 ; *D. act.* 17 mars 2011, note C. Siffrein-Blanc.
 - Civ. 1^{re}, 4 mai 2011, n° 09-68983 ; *RTD civ.* 2011, p. 515, obs. J. Hauser ; *D.* 2012, p. 971, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011, p. 330, obs. Siffrein-Blanc.
 - Civ. 1^{re}, 6 avr. 2011, n° 09-66.486 P, n° 09-17.130 : R., p. 400 ; *D.* 2011. 1064, obs. X. Labbé ; *ibid.* 1522, note Berthiau, Brunet ; *ibid.* Pan. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* Pan. 1995, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2011, n° 441, obs. Vialla, Reynier ; *AJ fam.* 2011. 262, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2011. 1489, avis Domingo ; *ibid.* 1512, note Weiss-Gout ; *RLDC* 2011/82, no 4244, obs. Gallois ; *RTD civ.* 2011. 340, obs. J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 722, note Hammje ; *D.* 2011, p. 1064 ; *RLDC* 2011/83, no 4275, obs. A. Mirkovic.
 - Civ. 1^{re}, 1^{er} juin 2011, n° 09-67.805 P: *Dalloz actualité*, 15 juin 2011, obs. Burda ; *AJ fam.* 2011, p. 380, obs. A. Boiché
 - Civ. 1^{re}, 26 oct. 2011, n° 10-25.285, FS-P+B+I : *Bull. civ. I*, n° 187 ; *JCP* 2012, 1237, obs. M. Bruggeman ; *AJ fam.* 2011, p. 613, obs. F. Chénéde ; *D.* 2012., 1033, obs. M. Douchy-Oudot ; *Dr. fam.* 2012, comm. 2, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2012, Pan. p. 971, obs J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *D.* 2012, p. 258, note G. Raoul-Cormeil ; *JCP G* 2012, n° 31, §1, obs. M. Lamarche ; *RLDC* 2012/98, n° 48, note L. Rousvoal.
 - Civ. 1^{re}, 12 avr. 2012, n° 11-11.116 ; *D.* 2012, p. 1125 ; *ibid.* Pan. p. 1089, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012, p. 412, obs. J. Antippas ; *RTD civ.* 2012, p. 511, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012. comm. 115, note V. Larribau-Terneyre.
 - Civ. 1^{re}, 23 mai 2012, n° 11-6305 ; *D.* 2013, *Pan.* p. 1089, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RJPF* 2012-7-8/17, obs. A. Leborgne.
 - Civ. 1^{re}, 7 juin 2012, n° 11-30.261, n° 11-30.262 ; *D.* 2012, p. 1992, obs. I. Gallmeister ; *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. B. Haftel ; *D.* 2012, p. 1992, note D. Vigneau ; *ibid.*, p. 1973, point de vue L. d'Avout ; *AJ fam.* 2012, p. 397, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2012, p. 522, obs.

- J. Hauser ; *Rev. crit. DIP* 2013, p. 587, obs. L. Gannagé ; *JCP* 2012, p. 1439, note F. Chénéde ; *RJPF* 2012-7-8/31, note M.-C. Le Boursicot.
- Civ. 1^{re}, 5 déc. 2012: *D.* 2012. 2699, obs. D. Noguero, J.-M. Plazy ; *RTD civ.* 2013. 93, obs. J. Hauser.
 - Civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 09-15.606 P : *D.* 2013. 85, obs. I. Gallmeister; *ibid.* 798, obs. M. Douchy-Oudot; *ibid.* 1117, note E. Naudin; *AJ fam.* 2013. 137, obs. B. de Boysson; *RTD civ.* 2013. 353, obs. J. Hauser ; *JCP* 2013, n° 337, obs. F. Boulanger ; *Dr. fam.* 2013. comm. 24, obs. V. Larribau-Terneyre.
 - Civ. 1^{re}, 19 déc. 2012, n° 11-26.713 ; *D.* 2013. *Pan*, p. 1089, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.
 - Civ. 1^{re}, 13 févr. 2013, n° 11-14.515 et n° 12-11.949 : JurisData n° 2013-002068 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 48, Ph. Reigné.
 - Civ. 1^{re}, 13 sept. 2013, n° 12-30.138 P: *R.*, p. 531; *D.* 2013, p. 2170, obs. I. Gallmeister; *ibid.* 2377, avis Petit ; *ibid.* 2384, note Fabre-Magnan ; *ibid.* 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 2377, avis C. Petit ; *AJ fam.* 2013, p. 579, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 532, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.*, p. 600, obs. C. Richard et F. Berdeaux-Gacogne ; *Rev. crit. DIP* 2013. 909, note Hammje ; *AJCT* 2013, p. 517, obs. Mésa ; *RTD civ.* 2013. 816, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2013. 3040, obs. Deharo; *Dr. fam.* 2013, comm. 151, obs. C. Neirinck; *RLDC* 2013/109, n° 5276, obs. C. Brunetti-Pons.
 - Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013 ; *D.* 2014, p. 1176, obs. Granet-Lambrecht (F.); *Dr. fam.* 2013, comm. 161, obs. Neirinck C.
 - Civ. 1^{re}, 25 sept. 2013, n° 12-26.041, P+B+I : JurisData n° 2013-020478 ; *D.* 2014, p. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* p. 1342, J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *Dr. fam.* 2013, comm. 148, note J.-R. Binet.
 - Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066 ; *D.* 2013. 2914, obs. de la Cour; *ibid.* 2014, p. 179, note F. Chénéde ; *ibid.* p. 153, obs. H. Fulchiron ; *ibid.* 2017, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2013, p. 663, obs. F. Chénéde; *ibid.* 2014, p. 124, obs. S. Thouret, *RTD civ.* 2014, p. 88, obs. J. Hauser; *ibid.*, p. 307, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 2014, n° 93, note M. Lamarche ; *Gaz. Pal.* 2014. 264, obs. E. Viganotti; *ibid.* p. 30, obs. J. Casey ; *Defrénois* 2014. 140, note C. Bahurel ; *Dr. fam.* 2014, comm. 1, obs. J.-R. Binet; *RLDC* 2014/112, n° 5308, obs. F. Dekeuwer-Défossez ; *RJPF* 2014-2/9, obs. A. Cheynet de Beaupré.
 - Civ. 1^{re}, 19 mars 2014, n° 13-50.005, inédit ; *D.* 2014. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 901, avis J.-P. Jean ; *ibid.* 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2014. 244, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 330, obs. J. Hauser.
 - Civ. 1^{re}, 28 janv. 2015, n° 13-50.059 P ; *D.* 2015, p. 464, note H. Fulchiron ; *ibid.*, p. 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ;

- AJ fam.* 2015, p. 71, obs. B. Haftel ; *ibid.*, p. 172, obs. A. Boiché ; ; *D. Actu.* 2015, obs. R. Mésa ; *RTD civ.* 2015, p. 91, obs. P. Puig ; *ibid.*, p. 343, obs. L. Usunier ; *ibid.*, p. 359, obs. J. Hauser ; *JCP* 2015, n° 318, obs. L. Gannagé ; *Dr. fam.* 2015, comm. 63, obs. A. Devers, M. Farge ; *Defrénois* 2015. 450, obs. M. Revillard ; *Gaz. Pal.* 5 févr. 2015, n° 36, p. 11, avis J.-D. Sarcelet.
- Civ. 1^{re}, 10 juin 2015, n° 14-20.790 ; *D.* 2015, p. 2365, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2016, p. 857, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* p. 1966, obs. P. Bonfils, A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2015, p. 596, obs. J. Hauser ; *ibid.*, 825, obs. J.-P. Marguénaud ; *Dr. fam.* 2015, comm. 163, note C. Neirinck.
 - Civ. 1^{re}, 6 juill. 2015, n° 15-19 853 ; *D.* 2016, p. 1980, note H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, note Y. Bernand.
 - Civ. 1^{re}, 2 déc. 2015, n° 14-25.777 ; *D.* 2015, p. 2560 ; *ibid.* 2016 ; p. 875, obs. G. Raoul-Cormeil ; *AJ fam.* 2016, p. 107, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2016, p. 83, obs. J. Hauser ; *RJPF* 2016-2/19, obs. S. Mauclair ; *Dr. fam.* 2016. comm. 36, note I. Maria ; *D.* 2016. p. 1334, obs. J.-J Lemouland, D. Vigneau ; *D.* 2016, p. 1523, obs. J.-J. Lemouland, D. Noguéro, J.-M. Plazy.
 - Civ. 1^{re}, 10 févr. 2016. n° 14-23.326, F-D : JurisData n° 2016-002180 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 77, note S. Tetard.
 - Civ. 1^{re}, 31 mars 2016, n° 15-15.081 ; *D.* 2016, p. 1334, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.
 - Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-19.583, n° 15-19.853, P+B+I : JurisData n° 2016-012927 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 200, note Y. Bernand ; *D.* 2016, p. 1980, note H. Fulchiron ; *D.* 2017, p. 470, note M. Douchy-Oudot ; *JCP G* 2016, doct. 992, n° 15, obs. A. Gouttenoire ; *RTD civ.* 2016, p. 831, obs. J. Hauser.
 - Civ. 1^{re}, 5 oct. 2016, n° 15-25.507 ; *D.* 2016, p. 2062, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, p. 2496, note H. Fulchiron ; *ibid.* 2017, p. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2016, p. 543, obs. J. Houssier ; *RTD civ.* 2016, p. 831, obs. J. Hauser ; *Dalloz act.*, 20 oct. 2016, obs. V. Da Silva ; *JCP G* 2016. 1276, note T. Garé ; *RJPF* 2016-12/37, obs. S. Prétot ; *D.* 2017, p. 729, obs. F. Granet-Lambrechts.
 - Civ. 1^{re}, 19 oct. 2016, no 15-50.098 P : *D.* 2016, p. 2168, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, p. 2549, note D. Sindres ; *AJ fam.* 2016, p. 546, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2016, no 1275, note D. Bureau.
 - Civ. 1^{re}, 9 nov. 2016, n° 15-25.068, P+B+I : JurisData n° 2016-022982 ; *D.* 2016, p. 2337, obs. I. Gallmeister ; *D.* 2017, p. 470, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* , p. 729 obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2016. 543, obs. J. Houssier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 9, note H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2017, p. 111, J. Hauser ; *JCP G* 2017, 46, note V. Larribau-Terneyre ; *AJ fam.* 2016, p. 601, obs. M. Saulier.

- Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201 P. ; *D.* 2016, p. 2568, obs. I. Gallmeister ; *Ibid.*, 2017, p. 2568, obs. M. Douchy-Oudot ; *Ibid.*, p. 656, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 71, J. Houssier ; *RTD civ.* 2017, p. 102, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2017, 166, note J. Hauser ; *Dr. fam.* 2017, comm. 24, note R. Binet.
- Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2017, n° 15-27.245 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 101, obs. H. Fulchiron ; *D.* 2017, p. 729, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 2017, p. 363, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 8 mars 2017, n° 16-18.685, JurisData n° 2017-004100 ; *D.* 2017, p. 2038, obs. A. Gouëzel ; *D.* 2017, p. 1292, obs. M. Saulier ; *Dr. fam.* 2017, comm. 91 S. Dumas-Lavenac ; *AJ fam.* 2017, p. 363, obs. P. Hilt ; *RJPF* juin 2017, p. 39, note J. Houssier ; *D.* 2017, p. 1490, obs. J.-J. Lemouland p. 1082 ; *ibid.* obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau p. 1292 ; *ibid.* note M. Saulier ; *RTD civ.* 2017, p. 358, obs. J. Hauser.
- Civ. 1^{re}, 20 avr. 2017, n° 16-15.632 P. ; *D.* 2017, p. 1963, note G. Raoul-Cormeil ; *ibid.*, p. 1490, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro ; *RTD civ.* 2017, 618, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2017, 141, note I. Maria ; *RJPF* 2017/6, obs. S. May Ferrié.
- Civ. 1^{re}, 5 juill. 2017, n° 15-28.597 : JurisData n° 2017-013091 ; n° 16-16.901 et 16-50.025 : JurisData n° 2017-013093 ; n° 16-16.455 : JurisData n° 2017-013095 ; n° 16-16.495 : JurisData n° 2017-013096 ; *D.* 2017, p. 1737 H. Fulchiron ; *Ibid.* p. 1727, obs. A. Gouttenoire, P. Bonfils ; *Ibid.* p. 1011, obs. H. Gaudemet, Tallon, F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017, p. 375 F. Chénéde ; *AJ fam.* 2017, p. 482, A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP G* 2017, 984, note A. Gouttenoire ; *Ibid.* 2017, doct. 1141, note M. Farge ; *Dr. fam.* 2017, étude 17, J.-R. Binet.
- Civ. 1^{re}, 11 avr. 2018, n° 17-17.530 : JurisData n° 2018-005624 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 145, obs. S. Dumas-Lavenac.
- Civ. 1^{re}, 28 févr. 2018, n° 17-11.069 ; *D.* 2018, p. 509 ; *ibid.*, p. 1083, point de vue H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2018, p. 226, obs. M. Saulier ; *Gaz. Pal.* 2018, n° 12, p. 27, obs. P. Le Maijat ; *Dr. fam.* 2018, comm. 131, obs. A. Molière.
- Civ. 1^{re}, 7 mars 2018, avis n° 15003 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *JCP N* 2018, act. 310, *Procédures* 2018, comm. 151 M. Douchy-Oudot.

Décisions de la deuxième chambre civile

- Civ. 2^e, 14 févr. 2007, n° 06-10.557 et n° 05-21.816 : JurisData n° 2007-037612 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 99, note A. Devers.
- Civ. 2^e, 2 mai 2007, n° 06-11418, F-D ; JurisData n° 2007-038712 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 182 ; *JCP S.* 2007, 1523, obs. G. Vachet ; v. pour un cas similaire, Civ. 2^e, 14 févr. 2007, n° 06-10.557 et n° 05-21.816 : JurisData n° 2007-037612 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 99, note A. Devers.

- Civ. 2^e, 5 mars 2008, n° 04-60.134 (n° 646 FS-P+B); *D.* 2008, p. 1794, chron. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2008, p. 458, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2008. comm. 51, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2008-6/38, obs. Valory.
- Civ. 2^e, 12 mars 2009, n° 08-10.974, inédit.
- Civ. 2^e, 1^{er} déc. 2011, n° 10-27.864 ; *Rev. crit. DIP* 2012, 339.

Décisions de la troisième chambre civile

- Civ. 3^e, 17 déc. 1997, n° 95-20.779 ; *D.* 1998, p. 111, concl. J.-F. Weber et note J.-L. Aubert ; *Defrénois* 1998, art. 36765, obs. A. Bénabent ; *JCP* 1998. II. 10093, note A. Djigo ; *Dr. fam.* 1998, n° 38, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1998, p. 347, obs. J. Hauser

Décisions de la chambre criminelle

- Crim. 8 janv. 1985, n° 82-92.753 ; *Bull. crim.* n° 12 ; *JCP* 1986. II 20588, note G. Endréo
- Crim. 5 oct. 2010, n° 10-81.743 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 1, note V. Larribau-Terneyre ; *D.* 2011, p. 1047, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.

Décisions de la chambre sociale

- Soc. 11 juill. 1989, n° 85-46.008, *Bull. civ.* V, n° 514, n° 86-10.665, *Bull. civ.* V, n° 515 ; *D.* 1990, p. 582, note Ph. Malaurie ; *RTD civ.* 1990, p. 53, obs. J. Rubellin-Devichi ; *Gaz. Pal.* 14 avr. 1990, p. 217, concl. M. Dorwling-Carter ; *JCP* 1990. II. 21553, note M. Meunier ; *Rev. crit. DIP* 1990. 92, note É. Poisson-Drocourt.

Décisions de la chambre des requêtes

- Req. 4 nov. 1835, S. 1835. 1. 785.
- Req., 26 févr. 1900, *DP* 1900, 1, 249, note Guénée.
- Req. 8 mars 1927, *DH* 1927. 205
- Req. 3 mars 1930, S. 1930. 1. 377, note J.-P. Niboyet ; *RDIP* 1931. 329, note J.-P. Niboyet ; *JDI* 1930. 981

Décisions de la chambre civile

- Civ. 22 juin 1813, S. 1813. 1. 281, concl. Joubert ;
- Civ. 28 févr. 1860, « Burlkley », S. 1860. 1. 210 ; *DP* 1860. 1. 57.

- Civ., 19 févr. 1963, *Rev. crit. DIP* 1963, p. 559, note G. H. ; *JDI* 1963, p. 986, note A. Ponsard.

Avis de la Cour de cassation

- Cass. avis n° 10-00.004P, 13 sept. 2010 ; *Bull. civ.* 2010, Avis, n° 4 ; *AJ fam.* 2010, p. 498, obs. F. Chénéde ; *RTD Civ.* 2010 p.759, obs. J. Hauser ; *JCP* 2011, 13, Th. Garé.
- Cass. 22 sept. 2014, avis n° 15010 et n° 15011, rapport de M^{me} Le Cotty, Conseiller référendaire, avis de M.Sarcelet, Avocat général et communiqué de la Cour: JurisData n° 2014-021255 ; *Dr. fam.* 2014, comm. 160, C. Neirinck ; *JCP G* 2014, 1004, J. Hauser ; *D.* 2014, p. 2031, note A.-M. Leroyer ; *ibid.* 2015, p. 21, obs. H. Fulchiron ; *ibid.* 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.* 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* p.1007, obs. D.-P ; *ibid.* 1056, obs. Gaudemet-Tallon et Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2014, p. 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *ibid.* p. 555, F. Chénéde ; *AJ fam.* 2014; *RTD civ.* 2014, p.872, obs. J. Hauser ; *Gaz. Pal.* 2014. 3698, obs. C. Brunetti-Pons.
- Cass. Ire civ., 10 févr. 2016, n° 14-23.326, F-D : JurisData n° 2016-002180 ; *Dr. fam.* 2016, comm. 77, note S. Tetard.
- Cass. avis, Civ. 1^{re}, 7 mars 2018 ; *D. act.* 19 mars 2018, note Th. Coustet ; *D.* 2018, p. 983, obs. H. Fulchiron ; *RTD civ.* 2018, p. 375, obs. LEROYER (A.-M.) ; *JCP N* 2018, act. 310.

JURIDICTIONS DU FOND

Décisions des cours d'appel

- CA Montpellier, 4 mai 1847, *DP* 1847. 2. 81.
- CA Aix, 22 déc. 1852 : *DP* 1854, 2, p. 121.
- CA Lyon, 10 mars 1853, *DP* 1853. 2. 210
- CA Toulouse, 25 juill. 1863, *S.* 1864. 2. 136
- CA Nancy, 15 janv. 1865, *DP* 1866, 2, 142.
- CA Paris, 12 mars 1903, *DP* 1903. 2. 191 ; *S.* 1904. 2. 47.
- CA Poitiers, 20 déc. 1907 ; *DP* 1910. 2. 245.
- CA Nîmes, 26 juin 1926, *DP* 1927. 2. 16.
- CA Aix-en-Provence 29 no. 1932, *DH* 1933. Somm. 19.
- CA Toulouse, 30 déc. 1947, *Gaz. Pal.* 1948, I. 128.
- CA Bastia, 27 juin 1949 ; *JCP* 1949. II. 5083, note J. S.

- CA Colmar, 8 juill. 1970 ; JCP 1971. II. 16604, note J. A.
- CA Agen, 14 juin 1980, *D.* p. 1891.2.153
- CA Montpellier, 8 janv. 1982, *D.* 1983, p. 607, note O. Dhavernas.
- CA Paris, 26 mars 1982 ; *Gaz. Pal.* 1982. 2. 519, note J. M.
- CA Paris, 17 févr. 1984 ; *D.* 1984, p. 350, note M.-L. Rassat.
- CA Besançon, 1re civ., 14 févr. 1990 : JurisData n° 1990-046574.
- CA Pau, 30 août 1990, *RTD civ.* 1991, p.709, obs. J. Hauser, D. Huet-Weiller.
- CA Versailles, 15 juin 1990 : *D.* 1991, p. 268, note J. Hauser ; *JCP 1991. II. 21759*, note Laroche-Gisserot.
- CA Douai, 1re civ., 11 juill. 1991 : JurisData n° 1991-042506.
- CA Lyon, 29 oct. 1992 ; *RTD civ.*1994, p. 337, obs. J. Hauser.
- CA Lyon, 6 janv. 1994 ; *RTD civ.*1994, p. 337, obs. J. Hauser.
- CA Colmar, 24 juin 1994 ; JurisData n° 046693 ; *JCP 1995. II. 22462*, note F. Boulanger; *RTD civ.* 1995. 329, obs. J. Hauser, *JCP 1995.IV.379*
- CA Pau, 9 mai 13 févr. 1995, *RTD. civ.* 1994, p. 376, obs. J. Hauser ; *Cah. jurispr. d'Aquitaine*, 1995-2, Pa. 60.
- CA Paris, 12 déc. 1995 ; *RTD civ.* 1996, p. 377, obs. J. Hauser
- CA Paris, 9 juin 1995, *RTD civ.* 1995. 607, obs. J. Hauser ; V. aussi Civ. 3^e, 17 déc. 1997, n° 95-20.779 ; *D.* 1998. 111, concl. J.-F. Weber et note J.-L. Aubert ; *Defrénois* 1998, art. 36765, obs. A. Bénabent ; *JCP 1998. II. 10093*, note A. Djigo ; *Dr. fam.* 1998, n° 38, note H. Lécuyer; *RTD civ.* 1998. 347, obs. J. Hauser.
- CA Pau, 18 sept. 1995 ; *JCP G* 1996. IV. 568
- CA Paris, 9 janv. 1996 : *RTD civ.* 1996, p. 365, obs. J. Hauser.
- CA Lyon, 2e ch., 16 janv. 1996, JurisData n° 043125 ; *JCP G* 1997, 175.
- CA Paris, 6 févr. 1996, *Dr. fam.* 1996, comm. 8, obs. P. Murat ; *RTD civ.* 1996, p. 377, obs. J. Hauser.
- CA Paris, ch. 24 C, 12 avr. 1996 : JurisData n° 1996-021799.
- CA Limoges, 19 déc. 1996 : *BICC* 1^{er} avr. 1997, n° 401 ; *Dr. fam.* 1997, comm. 95, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1997, p. 549, obs. H. Lécuyer.
- CA Versailles, 27 mai 1999 ; *D.* 1999. Somm. 374, obs. J.-J. Lemouland, ; *RTD civ.* 1999, p. 604.
- CA Rennes, 24 janv. 2000, n° 99/02944 ; JurisData n° 2000-110223 : *JCP G* 2000, IV, 2338 ; *D.* 2002, p. 2020, obs. F. Granet : *RTD civ.* 2000, p. 819, obs. J. Hauser ; FENOUILLET (D.), « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. fam.* 2003, chron. 29
- CA Douai, 9 mai 2000 ; *D.* 2001, p. 2865, obs. D. Bourgaul-Coudevylle.
- CA Dijon, 5 sept. 2000: *BICC* 15 avr. 2001, n° 439.

- CA Lyon, 2e ch., 12 sept. 2000, n° 1999/05033 : JurisData n° 2000-136443 ; *RTD civ.* 2000, p. 809, obs. J. Hauser.
- CA Rennes, 11 déc. 2000 ; *Dr. fam.* 2001, comm. 67, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 2001, p. 855, obs. J. Hauser.
- CA Paris, 16 janv. 2001 ; *RTD civ.* 2001, p. 336, obs. J. Hauser ; *D.* 2002. *Somm.* p. 536, J.-J. Lemouland.
- CA Toulouse, 23 janv. 2001 : JurisData n° 2001-137248 ; *Dr. fam.* 2001, comm. 69, H. Lécuyer
- CA Grenoble, 23 janv. 2001 : JurisData n° 2001-150549 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 54, obs. H. Lécuyer.
- CA Colmar 7 mars 2002, *RJPF* 2003-6/36, Th. Garé.
- CA Rennes, 4 juill. 2002 ; *JCP G* 2003. I. 101, obs. J. Rubellin-Devichi ; *D.* 2002, p. 2902, note F. Granet ; *RTD civ.* 2003, p. 72, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2002, comm. 142, obs. P. Murat.
- CA Douai, 12 déc. 2002 ; *Dr. fam.* 2003, comm. 86 et 139, note H. Lécuyer.
- CA Douai, 27 févr. 2003 ; *D.* 2004, *somm.* p. 2969, obs. J.-J. Lemouland ; *RTD civ.* 2003, p. 684, obs. J. Hauser.
- CA Paris, 23 avr. 2003 ; *D.* 2003. 2716, note J.-J. Lemouland.
- CA Paris, 1^{re} ch. C, 29 avr. 2003, arrêt n° 110, *AJ fam.* 2003, p. 266, obs. F. B ; *RTD civ.* 2003, p. 483, obs. J. Hauser ; *D.* 2003. *Somm.* 1938, obs. J.-J. Lemouland.
- CA Limoges, 7 mai 2003, *RTD civ.* 2003, p. 693.
- CA Pau, 19 janv. 2004 ; *Dr. fam.* 2004, comm. 46, note V. Larribau-Terneyre.
- CA Pau, 26 avr. 2004, *Dr. fam.*, 2004, comm. 115, note V. Larribau-Terneyre.
- CA Aix-en-Provence 15 nov. 2005 ; *JCP* 2006. IV. 2366.
- CA Paris, 5 avr. 2005 ; JurisData n° 2005-268598 ; *D.* 2006. *Somm.* p. 1139, obs. F. Granet-Lambrechts ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 8, concl. B. Gizardin ; *Dr. fam.* 2005, comm. 242, note P. Murat.
- CA Bordeaux, 19 avr. 2005 ; *Dr. fam.* 2005, comm. n° 124, note M. Azavant ; *D.* 2005, p. 1687, note E. Agostini ; *ibid.*, 2005, Pan. 1414, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau
- CA Colmar, 28 avr. 2005 : *Dr. fam.* 2006, comm. 1, note V. Larribau-Terneyre ; CA
- CA Bordeaux, 21 févr. 2006, *Dr. fam.* 2007, comm. 121, note V. Larribau-Terneyre.
- CA Riom, 27 juin 2006, n° 06/00793 : JurisData n° 2006-315630 ; *RJPF* sept. 2006, p. 22, note C. Mécarry ; *Gaz. Pal.* 2006, p. 6, note C. Mécarry ; *Dr. fam.* 2006, comm. 204, P. Murat.
- CA Aix-en-Provence, 6e ch., sect. A, 5 sept. 2006, Françoise B. c/ Pierre G. et a. : Juris-Data n° 2006-315175 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 54, A. Gabriel.
- CA Paris, 2e ch., sect. B, 9 nov. 2006 : JurisData n° 2006-314683 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 30, obs. V. Larribau-Terneyre.

- CA Caen, 1re ch., 3e sect., 11 janv. 2007, Pierre B. c/ Jacqueline B. : JurisData n° 2007-329848 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 101, V. Larribau-Terneyre.
- CA Aix-en-Provence, 30 mai 2007, *Dr. fam.* 2008, comm. 37, note C. Siffrein-Blanc.
- CA Rouen, 6 mars 2008, *AJ fam.* 2008, p. 399, obs. F. C. ; *RTD civ.* 2008, p. 659, obs. J. Hauser.
- CA Grenoble, Ch. urgences, 10 sept. 2008, n° 07/03805.
- CA Paris, 3 avr. 2008, JurisData n° 2008-359947 ; *AJ fam.* 2008/6, p. 256, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2008, comm. 81, obs. V. Larribau-Terneyre ; *RJPF* 2008, 7-8, note A. Leborgne ; *D.* 2010, p. 730, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau.
- CA Douai, 17 nov. 2008 ; *D.* 2008. *AJ* 2938, obs. V. Égéa ; *ibid.* 2010. *Pan.* 728, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *JCP* 2009. I. 102, no 1, obs. A. Gouttenoire ; *Gaz. Pal.* 2008. 3783, note E. Pierroux ; *AJ fam.* 2008. 479, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2008, comm.167, obs. V. Larribau-Terneyre ; *JCP* 2008. II. 10005, note Ph. Malaurie ; *RJPF* 2009-1/26, note A. Leborgne ; *RLDC* 2008/55, no 3228, obs. Serra ; *ibid.* 2009/57, no 3304, note F. Dekeuwer-Défossez ; *RTD civ.* 2009. 98, obs. Hauser.
- CA Paris, 10 sept. 2009, n° 08-08264, JurisData n° 2009-009355.
- CA Paris, Pôle 1, Ch. 1, 1^{er} oct. 2009, n° 08/21072.
- CA Lyon, 9 janv. 2012, n° 10/03701 : JurisData n° 2012-000061 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 45.
- CA Caen, 29 mars 2012 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 168, note C. Neirinck.
- CA Aix-en-Provence, 6e ch. A, arrêt, 21 juin 2012, n° 11/02930, n° 2012/398, M. c/ M.
- CA Lyon, 2 juill. 2013 ; *Dr. fam.* 2013. comm. 132, note J.-R. Binet.
- CA Chambéry, 22 oct. 2013, n° 13/02258 ; *D.* 2013, p. 2464 ; *ibid.*, p. 2576, entretien H. Fulchiron ; *ibid.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seséke ; *ibid.*, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2013, p. 720, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2014. 89, obs. J. Hauser ; *JCP* 2013, p. 1159, obs. A. Devers ; *ibid.* 1233, obs. F. Boulanger ; *Dr. fam.* 2013, comm. 158, obs. J.-R. Binet.
- CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939 : JurisData n° 2014-029845 ; *D.* 2015, *Pan.*, p. 1408, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2015, p. 361, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2015, comm. 44, obs. J.-R. Binet.
- CA Douai, 12 févr. 2015, n° 14/01832 : JurisData n° 2015-003248 ; *Dr. fam.* 2015, comm. 94, note C. Neirinck.
- CA Pau, 23 févr. 2015, *Cah. Jur. AMP* 2015-1, Pa. 2291, p. 70, obs. F. Brus.
- CA Toulouse, 15 déc. 2015, n° 15/1063, JurisData n° 2015-028279.
- CA Chambéry, 3^e ch., 23 mai 2016, n° 16/00995.
- CA Toulouse, 21 févr. 2017, n° 16/04775 : JurisData n° 2017-003506 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 120, note Obs. A.-M. CARO

- CA Toulouse, 1re ch., 2e sect., 16 mai 2017, n° 15/05015 : JurisData n° 2017-010440 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 207, note H. Fulchiron ; *D.* 2018, p. 528, obs. F. Granet-Lambrechts.
- CA Caen, 3e ch. civ., 7 juin 2017, n° 16/01314 : JurisData n° 2017-012460 ; *Dr. fam.* 2017, comm. 224, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2017, p. 546, note J. Houssier ; *D.* 2017. 2107, point de vue A. Bateur ; *D.* 2018, p. 528 , obs. F. Granet-Lambrechts ; *RJPF* 2017-11/24, obs. T. Garé.
- CA Toulouse, 1° Ch. II, 21 févr. 2017 ; *Cah. Jur. AMP*, To. 1943, obs. C. Bensa.
- CA Douai, 1re ch., 23 nov. 2017, n° 17/00465 : JurisData n° 2017-024121 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 78, obs. A.-M. Caro.
- CA Paris, 14 déc. 2017, n° 14/10339 ; JurisData n° 2017-026125 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 77, note M. Gayet .
- CA Rennes, 6e ch., 18 déc. 2017, n° 16/07097 : JurisData n° 2017-026843 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 78, obs. A.-M. Caro.
- CA Paris, pôle 1, ch. 1, 30 janv. 2018 : JurisData n° 2018-003358 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 92, H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2018, p. 171, obs. A. Le Gouvello ; *D.* act.14 févr. 2018, note M. Borde.
- CA Pau, 2° Ch., Sect. 2, 13 mars 2018, M-A. M. c/ A. C. C. M. et le Procureur général ; *Cah. Jur. AMP* 2018-2, à paraître.
- CA Riom, 13 mars 2018, n° 17/01396 ; JurisData n° 2018-006014 ; *Dr. fam.* 2018, comm. 180, note H. Fulchiron.
- CA Montpellier, 3es ch. A et B, 14 nov. 2018, n° 16/06059 : JurisData n° 2018-019949 ; BINET (J.-R.) , « Transsexualisme et filiation : brouillage de (re)pères ! », *Dr. fam.* 2018, repère 11 ; BRUNET (L.), REIGNÉ (PH.), « De la difficulté d’être mère... pour une femme transidentitaire », *JCP G.* 2019, 91 ; PARICARD (S.), « L’enfant biologique de la personne ayant changé de sexe : quand les magistrats combler le silence coupable du législateur », *D.* 2019, p. 110 ; *Dr. fam.* 2019, comm. 6, note H. Fulchiron ; *AJ fam.* 2018, p. 684, obs. G. Kessler ; *Procédures* 2019, comm. 19, M. Douchy-Oudot ; *JCP G.* 2019, 95, note F. Violla et J.-P. Vauthier.

Décisions des tribunaux de grande instance

- TGI Paris, 8 févr. 1971: *JCP* 1972. II. 17244, note Raymond.
- TGI Avranches, 10 juill. 1973 ; *D.* 1974. 174, note Guiho.
- TGI Paris, 2 déc. 1975 ; *RDSS* 1976, p. 563, obs. P. Raynaud ; 13 mai 1975, *JCP* 1975. II. 18112, note J. Vidal.
- TGI Paris, 13 mai 1975, *JCP* 1975. II. 18112, note J. Vidal
- TGI Rennes, 9 nov. 1976, *D.* 1977, p. 539, note H. Cosnard

- TGI Versailles 25 avr. 1979 ; *Gaz. Pal.* 1979, 2. 532 ; *RTD civ.* 1979, p. 142, obs. R. Nerson, J. Rubellin-Devichi
- TGI Le Mans, 7 déc. 1981 ; *JCP 1986. II.* 20573, note J.-J. Lemouland ;
- TGI Paris, 23 mars 1982 ; *Defrénois* 1983. 313, obs. Massip ; *RTD civ.* 1983, p. 323, obs. R. Nerson, J. Rubellin-Devichi
- TGI Paris, 5 janv. 1982 ; *RTD civ.* 1983, p. 327, obs. R. Nerson, J. Rubellin-Devichi.
- TGI Paris, 13 déc. 1983 ; *D.* 1984, p. 350, note M.-L. Rassat ; *RTD civ.* 1985, p. 135, obs. J. Rubellin-Devichi.
- TGI Paris, 9 oct. 1984, *D.* 1986. IR. 58, obs. D. Huet-Weiller.
- TGI Vesoul, 28 nov. 1989 ; *D.* 1990, p. 590, note Philippe.
- TGI Paris, 20 oct. 1993 ; *RTD civ.* 1994 p. 337, obs. J. Hauser.
- TGI Paris, 1^{er} mars 1994 ; *RTD civ.* 1994, p. 578, obs. J. Hauser.
- TGI Paris, 28 nov. 1995, BICC n° 427, p. 23 ; *Civ.* 1^{re}, 28 mars 2006 ; *Dr. fam.* 2007, comm. 118, note V. Larribau-Terneyre.
- TGI Paris, 12 déc. 1995 ; *D.* 1996. Somm. p. 382, obs. F. Granet ; *Dr. fam.* 1997, comm. 3, note P. Murat.
- TGI Paris, 7 mai 1996: BICC 1^{er} oct. 1996, n° 958 ; *JCP* 1997. I. 3996, n° 6, obs. Farge ; *Dr. fam.* 1997, comm. 38, note H. Lécuyer ; *RTD civ.* 1996, p. 583, obs. J. Hauser.
- TGI Paris, 7 mars 2000 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 66.
- TGI Paris, 13 févr. 2001 ; BICC 1^{er} août 2001, n° 844 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 1, note H. Lécuyer.
- TGI Paris, 27 juin 2001 : *Juris-Data* n° 2001-156758 ; *Dr. fam.* 2001, comm. 116, obs. P. Murat ; *JCP G* 2002, I, 101, n° 9, obs. J. Rubellin-Devichi ; *RTD civ.* 2002, p. 84, obs. J. Hauser ; *RD sanit. soc.* 2002, p. 121, note F. Monéger.
- TGI Paris, ord., 5 juill. 2002: BICC 15 sept. 2002, n° 912 ; *Dr. fam.* 2002, comm. 138, note H. Lécuyer.
- TGI Paris, 2 juillet 2004, n° 04/33358 ; *AJ fam.* 2004, 361, obs. F. Chénéde.
- TGI Bordeaux 27 juill. 2004 ; *D.* 2004. 2392, note E. Agostini ; *ibid.* Somm. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP G* 2004. II. 10169, note G. Kessler ; *Gaz. Pal.* 2004. 3250, note de Geouffre de la Pradelle ; *AJ fam.* 2004, p. 407, obs. Attuel-Mendès ; *Dr. fam.* 2004, comm. 166, note V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2004, p. 719, obs. J. Hauser.
- TGI Lille, 21 févr. 2006 ; *Dr. fam.* 2006, comm. 141.
- TGI Clermont-Ferrand, 24 mars 2006, n° 05-3055., *AJ fam.* 2006, comm. 245, obs. F. Chénéde
- TGI Dinan, 4 avr. 2006 ; *D.* 2007. AJ 151 ; *RTD civ.* 2007, p. 550, obs. J. Hauser.
- TGI Lille, 22 mars 2007 ; *D.* 2007, p. 1251, note X. Labbé ; *RTD civ.* 2007, p. 556, obs. J. Hauser.

- TGI Lille, 30 mai 2012 : *JCP N* 2012, n° 27, act. 700, note X. Labbé.
- TGI Angers, 1^{er} ch. , 3 Avr. 2018, n° 17/02819 ; JurisData : 2018-009192.

Décisions des tribunaux civils

- T. civ. Bordeaux, 9 juin 1924 ; *Gaz. Pal.* 1924. 2. 201
- T. civ. Seine, 4 févr. 1918 ; *DP* 1920. 2. 78 ; *S.* 1920. 2. 129, note Rousseau
- T. civ. Seine, 2 janv. 1920 ; *DP* 1920. 2. 78 ; *S.* 1920. 2. 129, note Rousseau.
- T. civ. Bayonne, 2 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1928. 2. 403, note E. Lévy
- T. civ. Montpellier, 16 juill. 1946 ; *Gaz. Pal.* 1946. 2. 183.

CONSEIL D'ÉTAT

- CE 4 mai 2001, req. n° 183575 ; *D.* 2002. Somm. 537, obs. J.-J. Lemouland ; *Dr. fam.* 2001, n° 68, note H. Lécuyer.
- CE 12 oct. 2005, 264446 : *D.* 2006, p. 1433, note N. Glandier ; *ibid. Pan.* p. 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2005, p. 451, obs. F. Chénéde ; *Dr. fam.* 2005, comm. 259, note V. Larribau-Terneyre ; *RTD civ.* 2006, p. 91, obs. J. Hauser.
- CE, 12 déc. 2014, n° 367324 *Association Juristes pour l'enfance et autres sur la légalité de la circulaire relative à la délivrance de certificats de nationalité française* ; *Dr. fam.* 2015, comm. 30, note C. Neirinck ; *D.* 2015. 357, H. Fulchiron, C. Bidaud-Garon ; *AJDA* 2014. 2451 ; *D.* 2015. 355, 352, concl. X. Domino, 357, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, et 450, obs. O. Boskovic ; *AJDA* 2015. 357, note J. Lepoutre, et 2014. 2451 ; *AJ fam.* 2015. 53, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RFDA* 2015. 163, concl. X. Domino.
- CE, 28 juin 2018, étude à la demande du Premier ministre « Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ? » ; *JCP G.* 2018, doct. 1160, note A. Gouttenoire, P. Murat, H. Bosse-Platière, M. Farge, Y. Favier, M. Lamarche ; *Dr. fam.* 2018, comm. 231, note J.-R. Binet.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL

- Cons. const., 15 janv. 1975, n° 74-54 DC ; *RDP* 1975, p. 185, chron. L. Favoreu, L. Philip ; *AJDA* 1975, p. 134, note J. Rivero ; *D.* 1975, jurispr., p. 529, L. Hamon.
- Cons. Const, 2 décembre 1976 n° 76-70 DC, JOFR du 7 décembre 1976, p. 7052.
- Cons. const, 13 novembre 1985 L n°85-142 du, JOFR du 20 novembre 1985, p. 13457.

- Cons. const. 13 août 1993, n° 93-325 DC, *Rec. Cons. const.* p. 224, *JO* 18 août ; *JCP* 1993, III. 66372, note J.-B. d'Onorio.
- Cons. const., déc. n° 95-362 DC du 2 février 1995, Injonction pénale ; *D.* 1997, somm. 130, obs. Th. S. Renoux.
- Cons. const. 9 nov. 1999, n° 99-419 ; *Dr. fam.* 1999, n° spécial 12 ter, p. 46, obs. G. Drago ; *D.* 2000. Somm. 424, obs. Garneri ; *D.* 1999, chron. p. 483, note J.-J. Lemouland ; *JCP* 2000. I. 261, n° 15, 16, 17, 19, obs. Mathieu et Verpeaux ; *ibid.* 26 juill. 2000, obs. Mathieu et Verpeaux ; *JCP N* 2000, 270, comm. N. Molfessis ; *JCP G* 1999, n° 43, act. p. 1909, note J. Rubellin-Devichi ; *LPA* 1999, p. 6, comm. J.-E. Shoettl.
- Cons. const. 20 nov. 2003, n° 2003-484 DC, *Rec. Cons. const.* p. 224, *JO* 27 nov. ; *D.* 2004, p. 1405, note O. Lecucq ; *RTD civ.* 2004, p. 65, obs. J. Hauser.
- Cons. const., 6 oct. 2010, n° 2010-39 QPC, : *JO* 7 oct. 2010, p. 18154 ; *AJDA* 2011, p. 705, tribune E. Sagalovitsch ; *Constitutions* 2011, p. 75, obs. P. Chevalier ; *ibid.*, p. 361, obs. A. Cappello ; *D.* 2010. Actu. p. 2293, obs. I. Gallmeister ; *ibid.* p. 2744, note F. Chénéde ; *ibid.* 2011, p. 529, chron. N. Maziau ; *ibid.* Pan., p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2010, p. 487, note F. Chénéde ; *ibid.* p. 489, obs. C. Mécarry ; *JCP G* 2010, n° 1145, obs. A. Gouttenoire, C. Radé ; *ibid.*, n° 1163, § 15, obs. Mathieu ; *RTD civ.* 2010 p. 776, obs. Hauser ; *ibid.* 2011. 90, obs. P. Deumier ; LARRIBAU-TERNEYRE (V.), « L'article 365 du Code civil constitutionnel... mais inconstitutionnel ? », *Dr. fam.* 2010, repère 10.
- Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, *JO* 29 janv. ; *D.* 2011. Pan., p. 1042, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2011, p. 157, obs. F. Chénéde ; *JCP* 2011. Chron. 29, obs. A. Gouttenoire ; *JCP* 2011. Libres propos 250, obs. A. Mirkovic ; BEIGNIER (B.), « Legislator Juris dictio », *Dr. fam.* 2011, repère 3 ; *Dr. fam.* 2011, comm. 32, note R. Ouedraogo.
- Cons. const., déc. 16 sept. 2011, n° 2011-163 QPC : *JO* 17 sept. 2011, p. 15600 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 112, obs. Ph. Bonfils ; *Dr. fam.* 2011, repère 10, C. Neirinck ; *D.* 2011, p. 2823, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, S. Mirabail, T. Potaszkin ; *JCP G* 2011, 1160, obs. A. Lepage ; *AJ pénal* 2011, p. 588, obs. C. Porteron ; *RTD civ.* 2011, p. 752 J. Hauser ; *Constitutions* 2012, p. 91, obs. P. de Combles de Nayves ; *RSC* 2011, p. 830, obs. Y. Mayaud ; *EDFP* 2011, n°9, p. 4, obs. A. Cerf-Hollender ; *RSC* 2012, p. 183, obs. J. Danet ; *Dr. pén.* 2011, comm. 130, obs. M. Véron.
- Cons. const., 30 sept. 2011, n° 2011-173 QPC, cons. 6 ; *RTD civ.* 2011, p. 743, obs. J. Hauser ; *JCP G* 2012, n° 31, § 4, obs. A. Gouttenoire ; *AJ fam.* 2011, p. 549, obs. F. Chénéde.
- Cons. const. Déc. n° 2012-248 QPC du 16 mai 2012 ; *AJDA* 2012, p. 1036 ; *AJ fam.* 2012, p. 406, obs. F. Chénéde ; *RDSS* 2012, p. 750, note D. Roman ; *RTD civ.* 2012, p. 520, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 120, note C. Neirinck ; *JCP* 2012, 878, obs. Y. Favier ; *RJPF* 2012-6/17, obs. M.-C. le Boursicot ; *D.* 2013. Pan. p. 1437, obs. F. Granet-Lambrecht.

- Cons. const. 22 juin 2012, n° 2012-261 QPC ; *AJ fam.* 2012, p. 466, obs. F. Chénéde; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 132, note V. Larribau-Terneyre.
- Cons. const. 29 juin 2012, n° 2012-260 QPC , JO 30 juin ; *D.* 2013, *Pan.* p. 1093, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2012, p. 463, obs. T. Verheyde ; *RTD civ.* 2012, p. 510, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2012, comm. 136, note M. Bruggeman ; *Dr. fam.* 2012, comm. 148, note I. Maria ; G. Raoul-Cormeil, *D.* 2012, p. 1899 ; *Civ. 1^{re}*, 24 mars 1998, n° 97-11.252 P : *GAJC*, 12^e éd., n° 64; *D.* 1999, p. 19, note J.-J. Lemouland ; *Defrénois* 1998. 1398, obs. J. Massip ; *RTD civ.* 1998. 658, obs. J. Hauser.
- Cons. const., 17 mai 2013, n° 2013-669 DC, Cons. const., 17 mai 2013, n° 669 DC ; MATHIEU (B.), « Les ‘questions de société’ échappent au contrôle de constitutionnalité », *JCP G* 2013, act. 588 : *AJ fam.* 2013, p. 332, obs. F. Chénéde ; *RFDA* 2013, p. 923, étude P. Delvolvé ; *ibid.* p. 936, étude G. Drago ; *Constitutions* 2013, p. 166 et 381, obs. A.-M. Le Pourhiet.
- Cons. const., 21 oct. 2015, n° 2015-9 LOM : JO 23 oct. 2015, p. 19738 ; *Dr. fam.* 2015, comm. 213, obs. J.-R. Binet.
- Cons. const. 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC ; *D.* 2016, p. 1649 ; *AJ fam.* 2016, p. 542, obs. S. David ; *ibid.*, p. 410, obs. A.-R. ; *Constitutions* 2016, p. 534 ; *RTD civ.* 2016, p. 826, obs. J. Hauser ; *Dr. fam.* 2016, comm. 194, note J.-R. Binet.
- Cons. const. 21 mars 2019, déc. n° 2019-778 DC : JO 24 mars 2019 ; *D.* 2019, p. 910, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2019, p. 172, obs. V. Avena-Robarde ; *Constitutions* 2019. 40 Ph. Bachschmidt ; *AJDA* 2019, p. 663 ; *D. act.* 25 mars 2019, obs. Th. Coustet ; *Procédures* 2019, comm. 172, obs. J. Buisson.
- Cons. const., 21 mars 2019, n° 2018-768 QPC ; *D.* 2019, p. 584 ; *ibid.*, p. 709, obs. H. Fulchiron ; *ibid.* p. 742, note P. Parinet ; *AJDA* 2019, p. 662.

COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L’HOMME (CEDH)

- CEDH, 18 déc. 1986, n° 9697/82, *Johnston et a. c/ Irlande*.
- CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c/ R. U*, Série A, vol. 160.
- CEDH, 22 mars 1992, *Beldjoudi c/ France*.
- CEDH, 25 mars 1992, *B. c/ France*: Série A, n° 232-C ; RUDH 1992, vol. 4, n° 8-9, p. 316, n° 40 ; *Jur. CEDH*, 5^e éd., n° 127, obs. V. Berger; *D.* 1993, p. 101, note J.-P. Marguénaud ; *D.* 1992. Somm., p. 325, obs. J.-F. Renucci ; *JCP G* 1992. II. 21955, note T. Garé ; *RTD civ.* 1992. 540, obs. J. Hauser.
- CEDH, 9 décembre 1994, *Ruiz Torija c/ Espagne* ; *Hiro Balani c/ Espagne* ; *Procédures*, 1999, n° 230, note N. FRICERO.

- CEDH, 1^{er} févr. 2000, *Mazurek c/ GAJC*, *op. cit.*, p.560, n° 100 ; *D.* 2000, p. 332, note J. Thierry ; *JCP G* 2000. II. 10286, note A. Gouttenoire-Cornut, F. Sudre; *ibid.* I. 278, n° 1, obs. R. Le Guidec ; *Defrénois* 2000. 654, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 2000. 2. 2407, note N. Bollon, M. Portefaix; *Dr. fam.* 2000, comm. 33, note B. de Lamy ; *LPA* 21 juill. 2000, note M. Canaple ; *RTD civ.* 2000, p. 311, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 429, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.*, p. 601, obs. J. Patarin.
- CEDH, 26 févr. 2002, *Fretté c/ France* ; *JCP G.* 2002. II. 10074, note A. Gouttenoire, F. Sudre ; *RTD civ.* 2002, p. 280, obs. J. Hauser.
- CEDH, 11 juill. 2002, *Goodwin c/ Royaume-Uni* ; *D.* 2003. 2032, note A.-S. Chavent-Leclère ; *ibid.* Somm. 525, obs. C. Birsan (2e esp.) ; *ibid.*, p. 1935, obs. J.-J. Lemouland ; *JCP G* 2003. I. 101, nos 1 s., obs. Y. Favier ; *ibid.*, p. 109, no 16 et 22, obs. F. Sudre ; *Defrénois* 2003. 1077, obs. J. Massip ; *RJPF* 2002-11/20, étude A. Leborgne ; *Dr. fam.* 2002, comm.133, note A. Gouttenoire-Cornut ; *Dr. et patr.* févr. 2003, p. 102, obs. E. Putman ; *RTD civ.* 2002, p. 782, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 862, obs. J.-P. Marguénaud ; *Europe* 2002, no 395, obs. B. Deffains
- CEDH, 13 févr. 2003, *Odièvre c/ France*, *D.* 2003. IR. 739. 2003. Chron. 1240, par Mallet-Bricout , *JCP* 2003. II. 10049, note Gouttenoire-Cornut et Sudre, *JCP* 2003. I. 120, étude Malaurie, *Gaz. Pal.* 2005. 408, note Royant, *RJPF* 2003-4/34, obs. Le Boursicot, *Dr. fam.* 2003. Comm. 58, note Murat, *Dr. fam.* 2003. Chron. 14, par Gaumont-Prat, *LPA* 11 juin 2003, note Roy, *RTD civ.* 2003. 276, obs. Hauser, *RTD civ.* 2003. 375, obs. Marguénaud, *RDSS* 2003. 219, étude F. Monéger.
- CEDH, sect. IV, 13 sept. 2005, *B. et L. c/ Royaume-Uni* ; *D.* 2006. *Pan.* 1418, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau; *JCP* 2006. I. 109, n° 11, obs. F. Sudre; *Dr. fam.* 2005, comm. 234, note A. Gouttenoire, M. Lamarche ; *RTD civ.* 2005. 735, obs. Marguénaud; *ibid.* 758, obs. Hauser ; *JDI* 2006. 1155, obs. S. M.
- CEDH, sect. I, 18 mai 2006, *Rozanski c/ Pologne*, n° 55339/00 ; *RLDC* 2006/33, n° 2313, note J. Flauss-Diem.
- CEDH, sect. IV, 10 oct. 2006, *Paulik c/ Slovaquie*, n° 10699/05; *RLDC* 2007/38, n° 2533, note F. Dekeuwer-Défossez.
- CEDH, 30 nov. 2006, *Greco c./ Roumanie*, n°75105/01.
- CEDH, Gde ch., 4 déc. 2007, *Dickson c/ Royaume-Uni*, n° 44362/04, §78.
- CEDH, 13 déc. 2007, n° 39051/03, *Emonet c/ Suisse* : *JurisData* n° 2007-007329 ; *JCP G* 2008, I, 110, F. Sudre ; *RTD civ.* 2008, p. 272, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 255, obs. J.-P. Marguénaud ; *AJ fam.* 2008, p. 76, obs. F. Chénédedé.
- CEDH 10 janv. 2008, *AJ fam.* 2008. 78, obs. F. Chénédedé , *Dr. fam.* 2008. Alerte 13, obs. M. Brugeman, *D.* 2008. AJ. 415, obs. P. Guiomard , *RTD civ.* 2008. 285, obs. J. Hauser.

- CEDH, grde ch., 22 janv. 2008, *E. B. c/ France* ; *JCP G* 2008.II.10071, note A. Gouttenoire, F. Sudre ; *D.* 2008, p. 2038, note P. Hennion-Jacquet ; *RTD civ.* 2008, p. 287, obs. J. Hauser ; *ibid.* p. 249, obs. J.-P. Marguénaud.
- CEDH, gr. ch., 29 avr. 2008, *Burden c/ Royaume-Uni*, n° 13378/05 ; *JCP G* 2007, I, 106, n° 105, obs. F. Sudre.
- CEDH, 24 juin 2010, *Shalck et Kopf c/ Autriche*, req. n° 30141/04, §97 ; *D.* 2011. Pan., p. 1040, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *RTD civ.* 2010, p. 738, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2010, p. 765, obs. J. Hauser ; *Constitutions* 2010, p. 557, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *JCP* 2010. 1013, note H. Fulchiron ; *JCP G* 2010. I. 859, n° 30, obs. F. Sudre ; *Dr. fam.* 2010, comm. 143, note E. Lagarde
- CEDH, sect. V, 21 sept. 2010, *M. c/ France*, n° 66686/09.
- CEDH, sect. 5, 15 mars 2012, n° 25951/07, *Gas et Dubois c/ France* : *JurisData* n° 2012-006488 ; *Dr. fam.* 2012, comm. 82, C. Neirinck ; *RTD civ.* 2012. 275, obs. J.-P. Marguénaud ; *D.* 2012, p. 1241, obs. I. Gallmeister ; *ibid.*, 2013, p. 798, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2012, p. 220, obs. C. Siffrein-Blanc. ; *D.* 2012. 1241, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2012. 306 J. Hauser ; *JCP G* 2012, 589, obs. A. Gouttenoire, F. Sudre ; *AJDA* 2012, p. 1726, chron. L. Burgorgue-Larsen.
- CEDH, 7 févr. 2013, n° 16574/08 ; *JCP G* 2013, act. 242, F. Sudre ; GOUTTENOIRE (A.), « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », *Dr. fam.* 2014, étude 12, n° 5 ; *AJ fam.* 2013, p. 500, obs. M. Rouillard.
- CEDH, gde ch., 19 févr. 2013, n° 19010/07, *X. et a. c/ Autriche* : *JurisData* n° 2013-004791 ; *Dr. fam.* 2013, comm. 53, obs. C. Neirinck ;– *AJDA* 2013. 1794, obs. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2013, p. 502, obs. I. Gallmeister ; *Ibid.*, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; *AJ fam.* 2013. 227, obs. F. Chénéde ; *RTD civ.* 2013. p. 329, obs. J.-P. Marguénaud ; *ibid.*, p. 363 J. Hauser.
- CEDH, sect. V, 7 mai 2013, *Boeckel et Gessner-Boeckel c/ Allemagne*, no 8017/11
- CEDH, 7 nov. 2013, *Vallianatos et a. c/ Grèce*, n°s 29381/09 et 32684/09 : *AJDA* 2014, p. 147, note L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2013, p. 2888, note F. Laffaille ; *ibid.* 2014, p. 238, obs. F. Renucci ; *ibid.*, p. 1342, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014, p. 49, obs. F. Beaudoin ; *RTD civ.* 2014. 89, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 301, obs. J.-P. Marguénaud.
- CEDH, 5° sect. 26 juin 2014, n° 65192/11, *Menesson c/ France* et n° 65941/11, *Labassée c/ France* ; *D.* 2014, p. 1797, et les obs., note F. Chénéde ; *ibid.*, p. 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.*, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *ibid.*, p.1806, note L. d'Avout ; *AJ fam.* 2014, p. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.*, p. 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014, p. 616, obs. J. Hauser.
- CEDH, 21 juill. 2015, *Oliari et alii c/ Italie*, n°s 18766/11 et 36030/11, § 178 ; *D.* 2015, p. 2160, et note ; *ibid.*, obs. H. Fulchiron ; *ibid.* 2016, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.*, p. 915, REGINE.

- CEDH, 21 juill.2016, n^{os} 9063/14 et 10410/14, *Foulon et Bouvet c/ France*, *D.* 2016, p. 2152, et les obs., note A.-B. Caire ; *AJ fam.* 2016, p. 407, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *JCP* 2016. 965, obs. F. Sudre.
- CEDH, 22 nov. 2016, n^o 8923/12, *Andrzej Piotrowski c/ Pologne*.
- CEDH, 9 juin 2016, n^o 40183/07, *Chapin et Charpentier c/ France*, §48 ; *AJ fam.* 2016, p. 391, obs. F. Berdeaux-Gacogne ; *JCP* 2016. 760, obs. F. Sudre ; *RTD civ.* 2016, p. 590, obs. J. Hauser.
- CEDH, 10 janv. 2017, n^o 1955/10, *Babiarz c/ Pologne* ; *Dr. fam.* 2017, comm. 58, obs. J.-R. Binet.
- CEDH, 8 févr. 2018, *C. et M.-M. c/ France* ; *D.* 2018, p. 649 ; *ibid.*, obs. H. Fulchiron ; *Dr. fam.* 2018, comm. 117, note J.-R. Binet.
- CEDH, gr. ch., 10 avr. 2019, n^o P16-2018-001, Avis consultatif ; *AJDA* 2019. 788 ; *D.* 2019, p. 1084, note H. Fulchiron ; *ibid.* p. 1016, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2019, p. 289, obs. G. Kessler ; *ibid.* p. 233, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2019, p. 307, obs. A.-M. Leroyer ; *RTD civ.* 2019, p. 268, J.-P. Marguénaud ; *JCP G.* 2019, 551, note F. Sudre, A. Gouttenoire ; *Dr. fam.* 2019, comm. 139, obs. J.-R. Binet ; *ibid.* chron. 3, note A. Gouttenoire, F. Marchadier ; v. aussi SUDRE (F.), « La reconnaissance du lien de filiation d'un enfant né d'une GPA à l'étranger avec la mère d'intention », *JCP G.* 2019, actu. 430.

Table des matières

Liste des abréviations	1
SOMMAIRE	3
INTRODUCTION	5
PREMIERE PARTIE :	31
La révélation de l'unité conceptuelle de la notion de famille 31	
Titre 1 La perception par le juge de l'unité conceptuelle de la notion de famille 36	
<i>Chapitre I : La compétence et la prétention comme moyens de la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille</i>	<i>38</i>
Section 1 La compétence matérielle ou d'attribution en matière familiale comme condition préalable de la perception	41
<i>§ 1 Une pluralité de juges compétents en matière familiale</i>	<i>43</i>
A. L'éclatement de la compétence en matière familiale justifié par la nécessité de spécialisation de la justice familiale	44
B. La tendance à recentrer la matière familiale aux mains du juge aux affaires familiales	48
<i>§2 La compétence exclusive du tribunal de grande instance en matière familiale.....</i>	<i>54</i>
A. L'aptitude du tribunal de grande instance à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille	55
B. Le transfert éventuel de l'aptitude à percevoir l'unité conceptuelle de la notion de famille à une autre juridiction.....	59
Section 2 La prétention, outil de la perception de l'unité conceptuelle de la notion de famille	64
<i>§1 Le concept de prétention.....</i>	<i>65</i>
A. La définition de la prétention.....	66
B. La cause et l'objet de la prétention.....	69
<i>§ 2 La fonction de la prétention.....</i>	<i>72</i>
A. La prétention comme moyen d'apporter au juge les faits de l'espèce	73

B. Les faits apportés à travers la prétention comme moyen de connaître la situation de fait vécue par les parties comme une situation familiale.....	76
<i>Conclusion du chapitre I</i>	<i>80</i>
<i>Chapitre II La perception de l'unité conceptuelle dans les différentes sortes de prétentions</i>	<i>82</i>
Section 1 Les prétentions portant sur la création d'un lien familial ..	84
<i>§1 Les prétentions relatives à la création d'un lien familial permettant la perception des situations familiales simples</i>	<i>86</i>
A. Les prétentions ayant pour objet la création d'un lien de couple.....	86
1. Les prétentions relatives à la création du lien matrimonial	97
a. Les prétentions tendant à faire lever l'opposition à mariage	99
b. La prétention tendant à obtenir l'autorisation de célébrer un mariage entre parents proches	100
c. La prétention tendant à obtenir une autorisation à mariage pour le majeur protégé.....	102
2. Les prétentions ayant pour objet la création d'un lien entre partenaires	103
3. Les prétentions relatives à la qualification du concubinage	104
B. Les prétentions relatives à la création d'un lien de parenté.....	108
1. Les prétentions ayant pour objet l'établissement du lien de filiation	113
2. Les prétentions relatives à l'adoption.....	118
<i>§2 Les prétentions relatives à la création d'un lien familial permettant la perception des situations familiales complexes</i>	<i>121</i>
A. Les prétentions relatives aux liens de couple.....	122
B. Les prétentions relatives aux liens de parenté.....	126
1. Les prétentions confrontées à des obstacles insurmontables portant sur l'établissement judiciaire de la filiation	128
2. Les prétentions confrontées à des obstacles insurmontables portant sur l'adoption	131
Section 2 Les prétentions relatives à la reconnaissance d'un lien familial comportant un élément d'extranéité	133
<i>§1 Les prétentions tendant à reconnaître l'existence d'un lien familial confrontées à un obstacle surmontable</i>	<i>135</i>

A. Les prétentions tendant à reconnaître un lien de couple constitué à l'étranger	137
1. La prétention tendant à la reconnaissance du mariage célébré à l'étranger	137
2. Les prétentions tendant à la reconnaissance d'un partenariat enregistré à l'étranger	139
B. Les prétentions tendant à la reconnaissance d'un lien de parenté constitué à l'étranger	141
1. La reconnaissance du lien de filiation établi par un acte public étranger	141
2. La reconnaissance du lien de filiation établi par un jugement	142
a. Principe de reconnaissance de plano.....	142
b. Hypothèses où l'intervention du juge est nécessaire	143
<i>§2 Les prétentions tendant à la reconnaissance d'un lien familial confrontées à des obstacles insurmontables</i>	145
A. Les prétentions tendant à la reconnaissance du lien de couple interdit.	147
B. Les prétentions tendant à la reconnaissance du lien de parenté	150
<i>Conclusion du chapitre II</i>	157
Conclusion du titre 1	159
Titre 2. La révélation des sources de l'unité conceptuelle de la notion de famille	162
<i>Chapitre I La révélation de la source duale du lien familial</i>	166
Section 1 La révélation par le juge de la source légale comme source principale du lien familial	167
<i>§1 La reconnaissance par le juge de la réserve législative en matière familiale</i>	167
A. Les auteurs de la reconnaissance	168
3. La reconnaissance faite par les juges judiciaires	168
a. La reconnaissance faite par les juges du fond	168
b. La reconnaissance faite par la Cour de cassation	172
4. La confirmation de la réserve législative en matière familiale faite par d'autres Cours suprêmes.....	175
a. La confirmation faite par le Conseil constitutionnel.....	175
b. La confirmation faite par la Cour européenne des droits de l'homme.....	178

B. L'objet et les conséquences de la reconnaissance de la compétence exclusive du législateur	179
§ 2 <i>La loi, source principale du lien familial</i>	<i>183</i>
A. La compétence exclusive du législateur en matière familiale.....	183
1. Le tempérament de la délégation de la matière familiale	184
2. Les déficiences de la loi déterminant la matière familiale.....	186
a. La décadence du droit de la famille	186
b. La dégradation de la loi régissant la famille.....	188
B. La détermination du lien familial par la loi.....	193
1. Le Code civil, source principale du lien familial.....	193
a. Les catégories de liens familiaux admis par la loi	194
b. L'appréhension de la famille par le Code civil.....	195
2. Le lien familial au-delà du Code civil	197
Section 2 La révélation de la source alternative du lien familial : la règle jurisprudentielle.....	199
§1 <i>La reconnaissance du pouvoir créateur du juge</i>	<i>199</i>
A. L'acte jurisprudentiel.....	200
B. La règle jurisprudentielle.....	205
§2 <i>La manifestation du pouvoir créateur du juge en matière familiale</i>	<i>212</i>
A. Un pouvoir créateur du juge limité	213
1. L'influence de la jurisprudence européenne sur l'évolution des conditions de formation du lien familial	213
2. La position conservatrice de la Cour de cassation et du Conseil constitutionnel concernant l'évolution des conditions de formation du lien familial.....	219
B. Un pouvoir créateur du juge renforcé.....	222
1. L'exercice d'un pouvoir créateur classique à partir des techniques du droit international privé.....	223
2. L'exercice d'un pouvoir créateur nouveau à travers le contrôle de conventionnalité in concreto	225
<i>Conclusion du chapitre I</i>	<i>237</i>
<i>Chapitre II La révélation de la marge de manœuvre du juge dans la construction du concept de lien familial.....</i>	<i>240</i>

Section 1 La révélation de la marge de manœuvre limitée du juge dans la construction du concept de lien familial	241
<i>§ 1 Le refus par le juge de maintenir des liens de couple contraires à la loi</i>	243
A. Le refus par le juge du fond de maintenir un mariage incestueux.....	243
B. Le refus de la Cour de cassation de maintenir un mariage incestueux..	246
<i>§ 2 Le refus par le juge de créer ou de maintenir des liens de parenté contraires à la loi.....</i>	247
A. Le refus par le juge judiciaire d'admettre l'adoption d'un enfant incestueux par son père biologique.....	248
B. Le refus par le juge judiciaire d'admettre l'adoption de l'enfant du partenaire pacsé et du concubin.....	251
Section 2 Les conséquences considérables résultant de l'intervention du juge dans la construction du concept de lien familial	253
<i>§1 La création ou la reconnaissance des liens de couple contraires à la loi par le juge</i>	254
A. La reconnaissance d'un mariage bigame.....	254
B. La validation d'un mariage incestueux entre alliés	257
<i>§2 La création et la reconnaissance des liens de parenté contraires à la loi</i>	259
A. La création d'un lien de filiation <i>contra-legem</i> à travers l'exercice du contrôle de proportionnalité <i>in concreto</i>	260
B. La reconnaissance du lien de parenté à l'égard d'un enfant conçu par GPA	270
<i>Conclusion du chapitre II.....</i>	292
Conclusion du titre 2	294
Conclusion de la première partie	298
SECONDE PARTIE : La révélation des éléments constitutifs de l'unité conceptuelle de la notion de famille	302
Titre 1 Un lien juridique modelé par les caractères issus de la règle d'ordre public familial	306
<i>Chapitre I L'identification des caractères issus de la règle d'ordre public familial.</i>	309

Section préliminaire – La règle d’ordre public familial, majeure du syllogisme et élément objectif de l’unité conceptuelle	309
Section 1 La bilatéralité et l’exclusivité dans le lien familial.....	314
<i>§1 La bilatéralité et l’exclusivité dans les liens de couple</i>	<i>314</i>
A. La condition de monogamie dans le lien matrimonial.....	315
B. La bilatéralité et l’exclusivité du lien entre partenaires pacsés et entre concubins.....	318
<i>§ 2 La bilatéralité et l’exclusivité dans les liens de parenté</i>	<i>320</i>
A. La bilatéralité et l’exclusivité dans le lien de filiation fondé sur la procréation.....	320
B. La bilatéralité et l’exclusivité dans le lien de filiation adoptive	323
Section 2 L’interdiction de l’inceste dans le lien familial.....	327
<i>§1 L’interdiction de l’inceste dans les liens de couple.....</i>	<i>330</i>
A. Le principe de l’interdiction de l’inceste dans les liens de couple	330
B. L’affaiblissement de l’interdiction du mariage incestueux	333
<i>§2 L’interdiction de l’inceste dans les liens de parenté</i>	<i>335</i>
A. L’interdiction de la filiation incestueuse.....	335
B. L’affaiblissement de l’interdiction des filiations incestueuses	339
Section 3 L’indifférence de l’altérité sexuelle dans le lien familial ...	341
<i>§1 L’indifférence de l’altérité sexuelle dans les liens de couple.....</i>	<i>344</i>
A. Le couple non-marié de même sexe.....	345
B. Le couple marié de même sexe.....	350
<i>§ 2 L’indifférence de l’altérité sexuelle dans les liens de parenté</i>	<i>355</i>
A. L’indifférence de l’altérité sexuelle limitée à la filiation adoptive.....	355
1. Le refus de l’adoption pour les couples de même sexe	355
2. L’ouverture de l’adoption aux couples de même sexe	359
B. L’extension probable de l’indifférence de l’altérité sexuelle à d’autres modes d’établissement de filiation	367
<i>Conclusion du chapitre I</i>	<i>381</i>

<i>Chapitre II La vérification par le juge des caractères issus de la règle d'ordre public familial dans le lien familial</i>	<i>383</i>
---	------------

Section 1 La vérification par le juge des caractères de bilatéralité et d'exclusivité dans le lien familial 384

<i>§1 La vérification par le juge des caractères de bilatéralité et d'exclusivité dans le lien de couple</i>	<i>385</i>
--	------------

A. La vérification par le juge de la condition de monogamie du lien matrimonial.....	385
---	------------

B. La vérification par le juge de l'exclusivité dans le lien entre partenaires pacsés	395
--	------------

C. La vérification par le juge de la bilatéralité et de l'exclusivité du lien entre concubins.....	396
---	------------

<i>§2 La vérification par le juge des caractères de bilatéralité et d'exclusivité dans le lien de parenté</i>	<i>398</i>
---	------------

A. La vérification du caractère non concurrent du lien de parenté lors du traitement d'une demande en établissement du lien de filiation.....	399
--	------------

1. Le refus du juge de délivrer un acte de notoriété faisant foi de la possession d'état	399
--	-----

2. L'irrecevabilité de l'action en établissement du lien de filiation.....	401
--	-----

B. La vérification du caractère non concurrent du lien de parenté lors de l'analyse d'une requête en adoption	403
--	------------

Section 2 La vérification par le juge du caractère d'interdiction de l'inceste dans le lien familial 408

<i>§1 La vérification par le juge de l'interdiction de l'inceste dans le lien de couple</i>	<i>408</i>
---	------------

A. La vérification de l'exogamie du lien matrimonial	409
---	------------

1. La vérification de l'exogamie du lien matrimonial à travers l'opposition à mariage	409
---	-----

2. Le contrôle de l'exogamie du lien matrimonial dans le cadre d'une demande en nullité du mariage	413
--	-----

B. Le contrôle de l'interdiction de l'inceste dans le lien entre partenaires dans le cadre d'une demande nullité du Pacs	417
---	------------

C. Le contrôle de l'interdiction de l'inceste dans le lien entre concubins à travers la qualification de l'union de fait	417
§2 <i>La vérification par le juge de l'interdiction de l'inceste dans le lien de parenté</i>	418
A. La vérification judiciaire de l'absence de la filiation incestueuse	418
B. La préservation de l'unité de la famille et la protection de l'intérêt de l'enfant par l'interdiction de la filiation incestueuse	420
Section 3 La vérification par le juge du caractère d'indifférence partielle de l'altérité sexuelle dans le lien familial	421
§1 <i>L'indifférence totale de l'altérité sexuelle dans le lien de couple</i>	422
§2 <i>Le maintien partiel de l'altérité sexuelle dans le lien de parenté</i>	426
A. La limite actuelle de l'indifférence de l'altérité sexuelle dans l'établissement du lien de filiation	427
B. Le maintien de la condition de l'altérité sexuelle pour l'établissement du lien de filiation	430
<i>Conclusion du chapitre II</i>	434
Conclusion du titre 1	437
Titre 2 Un lien juridique fondé sur la volonté caractérisée de constituer une famille ou <i>animus familiae</i>	439
Chapitre 1 L'identification de l'<i>animus familiae</i> comme un élément constitutif du lien familial	441
Section 1 La notion d'<i>animus familiae</i>	443
§1 <i>La notion d'<i>animus familiae</i> dans le lien de couple</i>	443
A. L'intention matrimoniale	444
B. L'intention de vivre en couple selon le statut du Pacs ou en concubinage	446
§2 <i>La notion d'<i>animus familiae</i> dans le lien de parenté</i>	448
A. Le rattachement juridique de l'enfant à ses parents	449
B. L'interdépendance du lien de parenté	452

Section 2 La concrétisation de l'<i>animus familiae</i> dans la constitution des liens familiaux	454
§1 <i>La concrétisation de l'<i>animus familiae</i> dans la constitution des liens de couple</i>	<i>455</i>
A. L'existence de l'<i>animus familiae</i> dans les liens de couple.....	455
B. L'intégrité de l'<i>animus familiae</i> dans les liens de couple.....	458
§ 2 <i>La concrétisation de l'<i>animus familiae</i> dans la constitution des liens de parenté.....</i>	<i>461</i>
A. La concrétisation de l'<i>animus familiae</i> dans l'établissement extrajudiciaire du lien de filiation.....	461
1. <i>L'<i>animus familiae</i> dans l'établissement du lien de filiation par l'effet de la loi...</i>	<i>461</i>
2. <i>L'<i>animus familiae</i> dans l'établissement du lien de filiation par reconnaissance volontaire</i>	<i>464</i>
3. <i>L'<i>animus familiae</i> dans l'établissement du lien de filiation par la possession d'état</i>	<i>467</i>
B. L'<i>animus familiae</i> dans l'établissement judiciaire de la filiation.....	471
1. <i>L'<i>animus familiae</i> dans l'établissement du lien de filiation par une action aux fins d'établissement de la filiation</i>	<i>471</i>
2. <i>L'<i>animus familiae</i> dans l'établissement d'un lien de filiation par l'adoption</i>	<i>472</i>
<i>Conclusion du chapitre I</i>	<i>475</i>
<i>Chapitre II L'appréhension de l'<i>animus familiae</i> par le juge judiciaire</i>	<i>477</i>
Section 1 La protection de l'<i>animus familiae</i> dans la formation du lien familial.....	478
§1 <i>La protection de l'<i>animus familiae</i> dans la formation du lien de couple.</i>	<i>478</i>
A. La protection du consentement des majeurs protégés par les autorisations à mariage et au Pacs.....	478
B. La protection du consentement par l'opposition à mariage.....	481
C. La protection du consentement par la nullité du mariage et du Pacs	482
§2 <i>La protection de l'<i>animus familiae</i> dans la formation du lien de parenté.....</i>	<i>485</i>
A. La nullité de la reconnaissance volontaire pour absence de consentement ou vice du le consentement de son auteur	487

B. La remise en cause d'un jugement prononçant l'adoption pour absence de consentement de l'adoptant.....	488
Section 2 La protection de l'institution familiale dans la formation du lien familial	489
<i>§1 La protection de l'institution familiale concernant les liens de couple ...</i>	<i>490</i>
A. La vérification par le juge de l'intention matrimoniale	490
B. La vérification par le juge de l'intention d'organiser une vie de couple par les partenaires pacsés	496
C. La vérification par le juge de l'intention d'établir une communauté matérielle et affective entre concubins	498
<i>§2 La protection des institutions familiales dans la formation du lien de parenté.....</i>	<i>501</i>
A. Le contrôle de l'intention filiale dans la reconnaissance volontaire.....	502
B. Le contrôle de l'intention filiale dans l'adoption	506
<i>Conclusion du chapitre II.....</i>	<i>511</i>
Conclusion du titre 2	513
Conclusion de la seconde partie	515
Conclusion générale.....	517
<i>Index alphabétique.....</i>	<i>521</i>
<i>Bibliographie.....</i>	<i>526</i>
<i>Table des décisions de justice.....</i>	<i>561</i>
<i>Table des matières</i>	<i>584</i>

École doctorale des Sciences Sociales et Humanités (ED 481)

Laboratoire :
Centre de recherche et d'analyse juridiques (CRAJ)