



HAL
open science

Les personnes, l'enfant, les familles : Quelles évolutions ?

Caroline Siffrein-Blanc

► **To cite this version:**

Caroline Siffrein-Blanc. Les personnes, l'enfant, les familles : Quelles évolutions ?. Droit. AMU - Aix Marseille Université, 2021. tel-03800047

HAL Id: tel-03800047

<https://hal.science/tel-03800047>

Submitted on 6 Oct 2022

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.

Habilitation à diriger des recherches en droit

Les personnes, l'enfant, les familles : Quelles évolutions ?

Mémoire

Présenté par Caroline SIFFREIN-BLANC

*Maître de conférences à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille Université
Membre du Laboratoire de droit privé et sciences criminelles (LDPSC) -UR4690*

Membres du jury :

Monsieur Jean-Philippe **AGRESTI**, Doyen de la FDSP, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (tuteur)

Monsieur Bernard **BEIGNIER**, Doyen honoraire, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (Rapporteur)

Monsieur Vincent **EGEA**, Vice-président aux affaires juridiques institutionnelles, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Monsieur Yann **FAVIER**, Professeur à l'université Savoie Mont-Blanc (Rapporteur)

Madame Adeline **GOUTTENOIRE**, Professeur à l'Université de Bordeaux

Madame Anne **LEBORGNE**, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille (Rapporteur)

Soutenance le 22 octobre 2021

SOMMAIRE

<i>SOMMAIRE</i>	3
<i>INTRODUCTION</i>	5
I. Les personnes en quête d'identité	18
A. La subjectivisation de l'identité	19
B. L'objectivisation de l'identité	21
II. L'enfant, une personne vulnérable	24
A. L'enfant sujet de droits propres.....	25
B. L'enfant sujet de protection	35
III. La mutation des familles	46
A. La conjugalité libérée.....	48
B. La parenté bouleversée.....	53
C. L'ordre public familial de direction supplanté par un ordre public de protection.....	59
<i>Conclusion</i>	62
<i>SYNTHESE DES PUBLICATIONS</i>	64
I. Droit des personnes, de la famille, de l'enfant	64
A. Thèse	64
B. Ouvrages et rapports	67
C. Articles	69
D. Fascicule deJuris-classeur	89
E. Notes et observations de jurisprudence.....	91
F. Cas pratique et études statistiques	114
II. Droit des obligations - droit des contrats speciaux – droit des biens	115
A. Mémoire publié aux Editions Universitaires Européennes	115
B. Articles	116
C. Juris-Classeur	118
D. Notes et observations de jurisprudence.....	118
<i>Tables des matières</i>	131

INTRODUCTION

La plus grande richesse du métier d'enseignant-chercheur est de pouvoir librement déterminer ses champs de recherche, les méthodes à employer, les supports à commenter et les formes de transmission et de diffusion.

En guise d'introduction, je souhaiterais mettre l'accent sur deux caractéristiques principales de ma recherche :

- La continuité et l'homogénéité du champ de recherches
- La diversité et la complémentarité des méthodes employées

I. La continuité et l'homogénéité du champ de recherches

Le champ de la recherche. Mon parcours d'enseignant-chercheur a débuté en 2003, date à laquelle j'ai entrepris la rédaction de ma thèse sur « *La parenté en droit civil français. Etude critique* »¹. Point fondateur, ce travail de thèse, a véritablement été le socle sur lequel s'est construit mon parcours d'enseignant chercheur. Aujourd'hui encore, treize ans après l'obtention de mon doctorat, je continue à porter ce sujet et les questions qui gravitent autour comme la place de l'individu, la définition de la famille et de son rôle, la place de l'enfant et de ses droits dans la famille. Si j'ai sans conteste privilégié le droit des personnes et de la famille, j'ai également exploré d'autres champs du droit civil que sont le droit commun des contrats, les contrats spéciaux (notamment la vente) ou encore le droit immobilier. Cette volonté d'ouverture dans d'autres champs disciplinaires que le droit des personnes et de la famille a perduré pendant toute la thèse et durant plus de deux ans après l'obtention de la maîtrise de conférences, donnant lieu à des publications d'articles², de nombreux commentaires de jurisprudence, la refonte d'un fascicule Juris-Data³, la publication de mon mémoire aux Editions Universitaire européenne⁴.

Portée par la volonté de maîtriser les différents contours du droit des personnes et de la famille, domaine en perpétuelle mouvance et le désir d'investir des recherches exploratoires, financées et spécialisées, j'ai choisi de privilégier ce champ du droit civil. Aussi, ai-je fait le choix d'une recherche homogène, consacrée à l'étude des personnes, des familles et de l'enfant.

Un champ de recherches en quête de repères. Dans une conception holistique de la société, l'individu n'était qu'un des éléments d'un ensemble constituant un tout, assigné à une place dans l'ensemble social⁵. L'individu s'effaçait derrière l'*institution*. Face aux besoins de la société de définir, classer, répertorier chaque élément composant le groupe pour que ses

¹ C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français. Etude critique*, PUAM, 2009.

² C. Siffrein-Blanc, « Le règlement des conflits de droit de propriété entre le droit de la publicité foncière et le droit commun des obligations », *Revue Lamy droit civil*, avril 2007, p. 75 ; « Le contrat d'agent immobilier : mandat ou contrat spécial d'intermédiaire ? », *Rep. Defrénois*, 2007, art. 38657, p. 1344

³ C. Siffrein-Blanc, « Les prérogatives de l'usufruitier - Pouvoirs de l'usufruitier », *Jurisclasseur civil*, fasc. n° 20.

⁴ C. Siffrein-Blanc, *La protection du logement familial du preneur à bail*, sous la direction de J.-L. Bergel, publié aux éditions Universitaires européennes, 2010.

⁵ J. Commaille, « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tensions : émancipation, institution, protection », www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/comail1.htm.

éléments soient administrés, contrôlés et que leurs relations soient organisées, enregistrées, gérées, le tout hors de portée de la volonté individuelle⁶. L'État apparaissait alors comme la matrice *contrôlante* de l'identité. Dans le même esprit, la fécondité, la filiation, les relations entre générations, l'établissement des statuts au sein de la famille et l'accompagnement des rôles familiaux, devaient être étroitement contrôlés par des règles parce que tout ce qui concernait la famille participait finalement de l'ordre social. Le droit assignait une place à chacun sans tenir compte de la volonté individuelle. Aujourd'hui, le modèle institutionnel du droit des personnes et de la famille, marqué par un ordre public de direction connaît une évolution sans précédent. Face aux structures préétablies, à l'ordre public prédéfini, s'opposent les nouvelles revendications qui, à travers les consciences, les volontés individuelles, tentent d'en briser les limites en s'appuyant sur les droits fondamentaux. On assiste à une montée en puissance de l'individualisme qui est cet état par lequel « l'homme se définit en fonction de lui-même », il est « sa propre référence » et s'octroie le pouvoir de se donner à lui-même sa loi. « L'individualisation est un concept qui décrit une transformation structurelle, sociologique des institutions sociales et de la relation de l'individu à la société... Elle libère les gens des rôles traditionnels et des contraintes de multiples manières »⁷. Le droit des personnes et de la famille se pense désormais à travers les consciences et les volontés individuelles, lesquelles s'appuient sur les droits fondamentaux pour accéder à leurs revendications. En effet, il est aujourd'hui impossible d'aborder l'étude du droit de la personne et de la famille en faisant abstraction de l'influence considérable des droits fondamentaux sur nos textes et notre jurisprudence. L'avènement des droits et libertés fondamentales supra législatives est envisagé comme une garantie permettant d'opposer à tous les pouvoirs (et même aux autres individus et groupes d'individus) le respect de droits subjectifs. Ils apparaissent comme la traduction d'une nouvelle vision de l'homme et de la société, l'expression d'une nouvelle philosophie morale et politique marquée par l'importance de l'individu⁸. Quant aux grands principes de liberté, égalité, non-discrimination, ils deviennent le catalyseur de la famille, l'accélérateur de sa transformation. L'appréciation casuistique et évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour européenne, l'applicabilité directe reconnue à la Convention internationale de droits de l'enfant, le contrôle de proportionnalité mis en œuvre par nos juridictions internes⁹, influent sans conteste sur le droit français des personnes et de la famille s'inscrivant dans une quête permanente d'équilibre des droits et des intérêts¹⁰. Cette confrontation entre intérêts privés et ordre public, entre « l'être individuel » et « l'être social » met en tension le rapport que l'individu et la société peuvent avoir sur le contrôle et la détermination des éléments

⁶ A. Bernard, « Identité des personnes physique en droit privé », *In Identité politique*, 2^e séminaire de formation doctorale, Amiens, 1992-1993] / [organisé par le] Centre de relations internationales et de sciences politiques d'Amiens... [et le] Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1994, p. 127.

⁷ Cl. Martin, « La famille dans la société. Les fonctions de la famille », *Cahiers français*, novembre 2004, n°322, p. 29.

⁸ F. Chénéde, «Le droit à l'épreuve des droits de l'homme», Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois, LGDJ, 2012, p. 187.

⁹ C. Siffrein-Blanc, « **Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille** », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, collection, « Droits, pouvoirs & sociétés », 2018, p. 81-92 (avec V. Vigneau). Participation aux entretiens Portalis, à la Cour d'appel d'Aix le 19 mai 2017, *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*. Intervention sur le thème « Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille ».

V. V. Egéa, « L'impact du contrôle de proportionnalité sur la procédure familiale », *Dr. fam.*, n° 1, Janvier 2019, dossier 6.

¹⁰ H. Bosse-Platière, « Droit français de la famille et droits de l'Homme : défauts et certificats de conformité », *Informations sociales*, 2013/1 (n° 175), p. 74-83. URL : <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2013-1-page-74.htm> ; F. Dekeuwer-defossez, *Droits de l'homme*, Collection Lamy droit civil, 110-2.

personnels et familiaux. Ainsi, se dessine un certain paradoxe entre le souci de soi, manifestation du droit fondamental à l'épanouissement personnel, la reconnaissance de l'égalité des droits et le besoin de sécurité juridique et de paix sociale, qui invite à redéfinir les places des individus, de la femme, de l'enfant et oblige à repenser tout l'ordre public sociétal et familial.

Cette quête d'équilibre entre la préservation des intérêts publics, privés et des valeurs de liberté, d'égalité, de démocratie, conduit ce champ du droit civil à se réformer sans cesse, ouvrant des perspectives de recherches extrêmement riches et quasi-infinies suscitant de nombreuses questions : quel est l'impact de cette montée en puissance de la volonté et des droits fondamentaux sur l'auto-détermination, l'exercice de ses droits, la définition de la famille ? Comment le droit accueille-t-il ce subjectivisme ? Entre résistance et libéralisme, comment le droit procède-t-il à l'équilibre des intérêts ?

L'ensemble de ces questions constitue le fil d'ariane de mes recherches.

II. La diversité et la complémentarité des méthodes employées

Le chercheur en droit bénéficie d'une très grande liberté de choix dans ses méthodes de recherches. Libre de pouvoir opter pour une recherche individuelle et/ou collective (a), classique et/ou empirique (b), disciplinaire et/ou pluridisciplinaire (c), interne et/ou comparé (d), mon parcours de recherches est marqué par l'exploitation de cette diversité des méthodes et leurs complémentarités.

a) L'équilibre entre recherches individuelles et recherches collectives

Ma recherche s'appuie en majeure partie sur des productions individuelles (des articles de doctrine publiés dans des revues spécialisées, dans des mélanges, ou des ouvrages ; des fascicules de Jurisclasseur ou commentaires de jurisprudence). De façon tout à fait classique, ma recherche se construit sur la base de sujets, de problèmes définis en totale autonomie ou suite à une sollicitation particulière d'un éditeur. Mais, mon goût pour le travail collectif m'a très vite conduit à inscrire ma recherche au sein de travaux de groupe.

La recherche collective peut se dessiner de façon duale.

Il existe des recherches collectives qui reposent sur la détermination d'une thématique commune puis de la distribution par la suite individuelle de sujets permettant de couvrir le champ thématique selon les spécialités et affinités des chercheurs. Entre le moment d'instigation et le produit fini (le colloque et/ou l'ouvrage collectif), la recherche n'est en réalité, dans sa construction, qu'individuelle. Autrement dit, la confrontation, le débat, les éclairages croisés, les controverses, naissent après le travail fourni par le chercheur et non pendant. Elle est évidemment constructive en ce qu'elle fait émerger les points de convergences, de divergences et très souvent de nouvelles perspectives de recherche. Au titre de cette première catégorie de recherches j'ai participé, co-organisé voire organisé de des colloques et manifestations scientifiques¹¹ et codirigé différents ouvrages collectifs¹².

¹¹ v. notamment Co-organisation et participation au colloque du 10 et 11 décembre à Chambéry, « *Besoins et droits de l'enfant et de l'adolescent dans les ruptures familiales* » ; Co-Organisation et participation au colloque du 21 novembre 2019 à Marseille, *les 30 ans de la CIDE quelle efficacité ? Avec quels acteurs ?*, avec le barreau de Marseille et l'EDA ; Participation aux rencontres sur *l'évolution du droit de la famille dans les configurations sociétales actuelles*, le 7 novembre 2019, Assemblée Nationale ; Participation à la conférence-débat, mercredi 16 octobre 2019, *Séparation et violences psychologiques. Comment organiser la coparentalité ?*,

Lors de ces programmes, j'ai également expérimenté la rédaction d'articles à plusieurs plumes avec chercheurs appartenant parfois à d'autres disciplines que le droit. Le travail collectif de recherches en amont de la production est plus optimisé et plus approfondi (définition de l'objet de la recherche, la délimitation de son périmètre et de sa problématique, les discussions et controverses de fond afin de s'entendre sur une structuration et une rédaction communément adoptées)¹³.

Les recherches exploratoires de plus grande envergure exigent généralement la recherche de financements extérieurs auprès de mécènes institutionnels (GIP Mission de Recherche Droit et Justice ; ANR, etc.) qui conduit à repenser une dimension collective et à restructurer la recherche en droit¹⁴. Cette restructuration peut être envisagée au travers de trois aspects essentiels :

- Le rôle managérial des directeurs de recherche qui deviennent de véritables chefs de projet ;
- Les outils de structuration de la recherche collective qui sont désormais essentiels pour marquer la cohésion de l'équipe à tous les stades du projet (espaces de données partagés, espaces de discussion et de confrontation).
- Intégration des différentes méthodes de recherches.

A ce titre j'ai eu la chance de co-porter un projet de recherche financé auprès de l'ONPE portant sur le thème « [La question des liens en accueil familial : qu'est ce qui fait famille ?](#) » (Montant : 38611, 20 euros - Durée : 18 mois) et d'être intégrée dans un programme de recherche collective portant sur « [Accès à la justice des enfants et vulnérabilité](#) » Contrat de recherche avec l'université d'Ottawa (Canada) (Convention avec l'université d'Ottawa n°4FFA0D9EE5CEBE91, Montant : 150000 CAD\$ - Durée : 3 ans).

¹² V. par exemple *Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous dir. A.-C. Régliez et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, collection Colloques et Essais, septembre 2018. ; *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre II –Lien familial et lien social*, sous dir. E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, Coll. inter-normes, PUAM, 2014, 220 pages. ; *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre I –Lien familial et lien obligationnel*, sous dir. E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, coll. inter-normes, PUAM 2013, 239 pages ; *Jalons pour une économie verte*, sous dir. J. Mestre, V. Mercier, E. Gallardo, S. Dupouy, coll. De l'institut de droit des affaires, PUAM, 2013, 515 pages ; *Le droit patrimonial, miroir des mutations familiales*, sous la direction E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, coll. inter-normes, PUAM, 2012, 146 pages ; *Les rapports parents-enfants en quête de repères*, sous la direction E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, PUAM, 2011, 130 pages

¹³ (v. notamment B. Lehnisch en collaboration avec C. Siffrein-Blanc « [Résidence alternée et intérêt de l'enfant : Parole de magistrats](#) », *AJF*, à paraître, 2021 ; « [Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté](#) », *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, sous la direction E. Putman, M. Giacobelli, Mare et Martin Droit privé et sciences criminelles, 2015, p. 175-204. (avec N. Catelan) ; « [Propos introductifs sur la protection de l'enfant](#) », *AJ Fam.* juin 2017, p.332 (avec Bonifay E) ; « [Regards critiques sur les mesures de protection de l'enfant](#) », *AJ Fam.* juin 2017, p. 333. (avec Bonifay E) ; « [Clarifier les mesures de protection de l'enfant](#) », *AJ Fam.* juin 2017, p. 339 (avec Bonifay E) ; « [Renforcer la philosophie d'une justice consensuelle et collaborative dans les dispositifs de protection de l'enfance](#) », *AJ Fam.* juin 2017, p. 342. (avec Bonifay E) ; « [La parole de l'enfant en protection de l'enfance : quelle place, quelle effectivité, quels risques ?](#) » publication à paraître, 2021 (avec A. Gouttenoire) ; « [Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille](#) », In *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, collection, « Droits, pouvoirs & sociétés », 2018, p. 81-92 (avec V. Vigneau).

¹⁴ E. Cartier, « Autour d'un renouveau de la recherche collective en droit : entre management, et investigations scientifiques, l'exemple d'un projet de recherche lillois sur la QPC In : *La recherche juridique vue par ses propres acteurs* [en ligne]. Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016 (généré le 17 décembre 2020). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/putc/952>>. ISBN : 9782379280436. DOI : <https://doi.org/10.4000/books.putc.952>.

Concernant le Projet ONPE¹⁵, étant co-porteuse du projet, j'ai ainsi pu expérimenter ce rôle particulier de management d'équipe. En effet, les projets financés étant soumis à un délai conventionnellement acté, il s'agit d'être capable d'établir un rétroplanning de recherche, de mobiliser l'équipe autour de réunions régulières afin de s'assurer de l'avancée du projet, d'une part, et de confronter les résultats des recherches empiriques et juridiques, d'autre part. Ce travail de direction est un rôle à part entière dans la recherche collective, il nécessite beaucoup d'organisation, d'écoute et de disponibilité pour s'assurer que les échanges soient réguliers, effectifs et productifs.

b) Le recours à la méthode empirique : un observatoire des pratiques

L'interprétation des textes : la méthode classique. Mes recherches sont évidemment construites sur une recherche de type sur « herméneutique », reposant sur l'interprétation des textes, sources du droit. La connaissance du droit ne se donne pas spontanément, elle résulte d'une élaboration intellectuelle qui peut provenir notamment du législateur ou du juge. Il est courant de définir l'interprétation juridique comme une opération intellectuelle visant à « élaborer le contenu de sens » « des textes écrits » et autres « énoncés langagiers » dans lesquels sont fixées les normes juridiques¹⁶. Le chercheur usant de la nature argumentative du droit¹⁷, recherche, élabore une interprétation cohérente du droit, en tenant compte de son contexte spatio-temporel, afin de susciter l'adhésion¹⁸. Une recherche juridique a alors pour tâche d'explicitier les critères pertinents ayant servi de fondement à la construction de la norme, ou à la construction des jugements juridiques¹⁹ mais a également pour objet d'émettre des analyses critiques lorsqu'émerge de l'explication le caractère inapproprié des critères utilisés ou encore que l'appréciation des critères auraient pu être différente. Il s'agit ainsi pour le chercheur d'analyser, les classifications, la coordination des règles de droit, les justifications, les argumentations et les façons d'inscrire les solutions dans une cohérence particulière.

Cette recherche de cohérence par l'interprétation est évidemment le socle méthodologique de l'ensemble de mes recherches. En complément de la recherche classique en droit, j'ai

¹⁵ *Directrice scientifique* : N. Chapon, Université Aix-Marseille, chargée de recherche au Centre interdisciplinaire méditerranéen d'études et recherches en sciences sociales (CIMERSS). C. Siffrein-Blanc, MCF Droit privé et sciences criminelles, LDPSC Aix-Marseille université (co-responsable du projet de recherche
Membres :

E. Bonifay, Droit privé et sciences criminelles, LDPSC Aix-Marseille université

G. Neyrand, Sociologue, Professeur émérite université Paul Sabatier Toulouse laboratoire CRESCO, directeur recherche au Centre interdisciplinaire méditerranéen d'études et recherches en sciences sociales (CIMERSS).

¹⁶ M. Cumyn, M. Samson, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2013/2 (Volume 71), p. 1-42. DOI : 10.3917/riej.071.0001. URL : <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2013-2-page-1.htm>

¹⁷ L.B. Tremblay, *L'évolution du concept de droit depuis trente ans : de l'empire du fait au discours normatif sur le juste et le bien*, Sherbrooke, Université de Sherbrooke, GGC éditions, 2003, p. 14 :

« Pour les herméneutes, le droit n'est pas un fait empirique extérieur à nous, constitué de règles formellement valides. C'est une pratique sociale discursive de type argumentatif dans lequel les juristes et les citoyens sont toujours immergés. » Ch. Perelman a aussi fait ressortir dans ses travaux la dimension rhétorique du travail du juriste, qui doit retenir une interprétation dont le caractère « raisonnable » la rend « acceptable », et ce, parce que « le droit, pour fonctionner efficacement, doit être accepté, et pas seulement imposé par la contrainte ».

(*Logique juridique : nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1999, p. 173-175)

¹⁸ En ce sens, v. B. Melkevik, « Discours d'application des normes en droit : méthodologie juridique et considérations de philosophie du droit », in *La vie des normes et l'esprit des lois*, L.K. Sosoe (dir.), Montréal, L'Harmattan, 1998, p. 73-90, p. 78. V. aussi : L.B. Tremblay, *ibidem*, p. 14-18.

¹⁹ F. Rouvière, « Qu'est-ce qu'une recherche juridique ? », <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01141835/document>

découvert par ailleurs une méthode empirique passionnante qui nourrit la recherche fondamentale par l'apport d'une recherche appliquée.

Les méthodes empiriques. Aux Etats-Unis et dans les pays anglosaxons, les méthodes empiriques apparaissent dans les facultés de droit, autour de deux mouvements des Empirical Legal Studie (ELS)²⁰ et du New Legal Realism (NLR)²¹. Le mouvement d'empirical Legal Studie repose sur une vision méthodologique plus quantitative que qualitative et vise davantage la confirmation que l'exploration. Le New Legal Realism, repose sur une vision qualitative qui vise d'avantage l'observation du droit tel qu'il fonctionne réellement. Le pragmatisme de ces recherches met au premier plan le contexte social et les expériences vécues comme sources fondamentales de sens et de vérité. Ainsi, ce New Legal Realism part de la base pour aller vers le sommet de la société et attire l'attention sur la mise en œuvre et les effets du droit dans la vie quotidienne des personnes ordinaires – en plus de rendre compte de l'expérience des élites et des professionnels. Cela contraste avec la tradition de la recherche en droit qui met plutôt l'accent sur les juges, les tribunaux et les règles juridiques formelles. Il s'agit d'une méthode de recherche pragmatique, attentive aux pratiques, au cœur de la cité pour mieux comprendre les critères de décision et d'application du droit.

En France, il n'existe pas réellement d'équivalent à ce courant américain. Aussi, c'est à travers mes collaborations interdisciplinaires que j'ai eu l'opportunité d'être initiée à ces différentes méthodes.

Si j'ai expérimenté une certaine utilisation de la méthode quantitative, en travaillant l'interprétation sur des masses documentaires (notamment à travers l'étude menée sur la résidence alternée)²², j'ai exploré essentiellement la méthode empirique qualitative se rapprochant du mouvement New Legal Realism.

Afin d'être totalement au fait du contexte et des activités sociales, j'ai privilégié des méthodes fortement dépendantes du terrain, comme l'observation participante, le focus groupe, la technique de l'entretien et l'analyse documentaire. Plutôt que de fixer à l'avance une méthodologie privilégiée, j'adapte et combine parfois les méthodes de recherche en fonction de leur adéquation aux questionnements envisagés.

²⁰ Certains de ses partisans l'ont défini largement, comme un moyen de former « des spécialistes en analyses empiriques dotés d'une bonne maîtrise du droit » dont les recherches « apportent des connaissances aux personnes engagées dans des recours juridictionnels, aux décideurs politiques et à la société dans son ensemble sur la manière dont le système juridique fonctionne » (Eisenberg, 2004, p.1741). D'autres l'ont défini de manière plus restrictive, comme un moyen de réformer la recherche en droit autour des méthodes quantitatives et des tests d'hypothèses statistiques (George, 2006, p.141).

²¹ Traduction française proposée par Yannick Ganne, doctorant visitant à l'Université de Californie, Berkeley, de l'article de Mark C. Suchman, Elizabeth Mertz, « Toward a New Legal Empiricism: Empirical Legal Studies and New Legal Realism », *Annual Review of Law and Social Science*, 6, 2010, p.555-579, https://www.cliothemis.com/IMG/pdf/Varia_1_Ganne.pdf. En replaçant ces entreprises académiques dans le temps long de la théorie du droit américaine, cet article offre une introduction claire et synthétique à un champ de recherche foisonnant aux États-Unis mais plutôt méconnu en France. Comme l'ont déjà montré Christophe Jamin et Philippe Jestaz dans leur ouvrage sur la doctrine, il n'existe pas d'équivalent américain à notre doctrine juridique Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004. Voir notamment la troisième partie sur « l'anti-modèle américain ».

²² C. Siffrein-Blanc, « Les critères de la mise en place de la résidence alternée : étude de décisions de cours d'appel (Bordeaux, Lyon, Aix-en-Provence, Versailles) », *Dr. fam.*, juillet-août 2019, dossier spécial, p. 15, n°28.

V. également « Sociologie et statistiques. Tableaux de répartition par cas de divorce », *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification ?* Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre Kayser en collaboration avec le Centre de formation des Barreaux du Sud-Est, sous la direction de Anne Leborgne, PUAM, 2005, p. 119. (Participation collective avec Christophe Sauvat, Anaïs Gabriel et Claire Strugala)

➤ L'observation

L'observation est une méthode de recherche très populaire pour mener une étude qualitative. Qu'elle soit participante, non participante, structurée ou non-structurée, l'observation permet de collecter des informations sur une situation, un phénomène ou un fait. L'observation donne l'occasion à l'enquêteur d'obtenir par lui-même des données informatives. Celles-ci lui sont utiles pour confirmer ou infirmer ces hypothèses de départ.

Dans la recherche réalisée pour l'ONPE, l'observation a été l'un des outils utilisés, puisque nous nous déplaçons sur le terrain, au sein des familles d'accueil pour observer le lieu de vie des enfants, les pratiques des familles mais aussi, au sein du pôle enfance famille, les pratiques des professionnels de l'aide sociale à l'enfance.

La méthode de l'observation a également été réalisée lors d'un projet que j'ai porté au sein d'une école primaire avec l'accord du Recteur d'Académie. Dans le cadre de la célébration des 30 ans de la CIDE, le barreau de Marseille, l'Ecole des avocats et la Faculté de droit et de science politique ont organisé au mois de novembre 2019 une manifestation intitulée « [La CIDE et les différents acteurs](#) ». Co-organisatrice et intervenante de cette journée d'études il m'a semblé indispensable de consacrer un temps à l'acteur, principalement concerné, qu'est l'enfant et lui dédier une intervention dont le titre était : « [La CIDE vue par les enfants](#) ». Pour ce faire, j'ai réalisé le sujet de façon expérimentale, directement en collaboration avec un seul établissement scolaire et une équipe pédagogique (école élémentaire Chabrier / 1 allée Emmanuel Chabrier 13008 Marseille), dans le cadre des heures dédiées à l'éducation civique et morale, sur la période de septembre à novembre. Il s'agissait de recueillir, en étroite collaboration avec l'équipe pédagogique, la parole d'enfants âgés de 6 à 11 ans, en travaillant avec eux, la question de leurs droits et la connaissance des acteurs qui les entourent pour les défendre. L'observation fut extrêmement enrichissante, elle m'a permis de mesurer les difficultés rencontrées par les enseignants pour aborder des sujets, pourtant au programme scolaire, sur lesquels ils n'étaient pas formés. Outre un travail de restitution lors du colloque par le biais d'une vidéo d'enfants s'exprimant sur leurs droits, cela m'a conduit à faire des propositions à Madame Pascale Brandt-Pomares directrice de l'INSPE pour inclure au sein de leurs masters des formations dédiées aux droits de l'enfant (Master en cours de réforme). La proposition a été très bien accueillie et des rencontres sont programmées pour 2021.

➤ Le focus groupe

Le *focus groupe*, également appelé "groupe de discussion", est une méthode de recherche qualitative qui rassemble un groupe de personnes sur un sujet prédéterminé. À travers les questions de l'enquêteur, les personnes donnent leur avis, échangent et débattent. Le chercheur prend lui des notes qui devront lui servir à comprendre une situation ou un phénomène qu'il étudie. Après avoir mené un *focus groupe*, l'enquêteur doit analyser les données informatives en sa possession. Sa conclusion doit lui permettre de répondre à ses hypothèses de départ. J'utilise très régulièrement cette méthode pour aborder avec les professionnels les pratiques de mise en œuvre du droit. J'ai ainsi eu recours à cette technique notamment lors de rencontres sur la question des statuts en protection de l'enfance²³ ou sur la question des violences conjugales²⁴.

²³ **Organisation et participation** aux journées d'études, [Les différents statuts en matière de protection de l'enfance : étude comparative des systèmes français et québécois](#), colloque à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, réalisé les 20 et 21 mai 2019 organisé par le LDPSC en partenariat avec l'Institut national de la recherche scientifique Faculté de droit Université de Sherbrooke.

➤ Les entretiens

Les entretiens se présentent sous diverses formes : entretiens directif, semi-directif et non directif.

L’entretien directif. L’entretien directif (ou “entretien normalisé”) est à mi-chemin entre l’étude qualitative et l’étude quantitative. Il permet de collecter des données à travers des entretiens aux réponses courtes et fermées. L’enquêteur qui a rigoureusement préparé son entretien, sous forme de questionnaire ou QCM, ne peut pas changer l’ordre ni le sens des questions. Les réponses doivent lui permettre de reprendre ses hypothèses pour les valider ou non. J’ai utilisé notamment cette technique pour la réalisation de trois études :

- sur « [La pratique de l’audition de l’enfant dans la procédure d’assistance éducative](#) »,²⁵ en cours de publication. Par le biais d’un questionnaire de quarante-quatre questions l’avis de différents professionnels (magistrats, avocats, cadres de l’aide sociale à l’enfance), a été recueilli concernant l’application de l’article 12 de la Convention relative aux droits de l’enfant, dans le domaine spécifique de la protection de l’enfance. Les questions de nature mixte (questions fermées, choix multiples, questions ouvertes avec commentaires libres) étaient réparties en cinq grandes thématiques, le discernement, la place de l’enfant dans le choix de son audition, le déroulement de l’audition, l’assistance de l’enfant par un avocat lors de l’audition, l’impact de l’audition sur la décision de justice et sur l’enfant. Les 98 réponses obtenues (29 de juges pour enfant, 28 d’avocats, 41 de professionnels de l’ASE) et les rencontres individuelles ont permis de mettre en lumière des pratiques et des visions différentes sur la question de l’audition de l’enfant en protection de l’enfance.

- sur le « [COVID-19 et autorité parentale : Quels impacts sur les droits et sur les relations parents-enfants ?](#) »²⁶. Afin de mesurer ce difficile équilibre, un questionnaire, destiné aux parents séparés ayant des droits d’autorité parentale, exerçant soit un droit de visite et/ou d’hébergement ou ayant mis en place une résidence alternée avant le confinement, a été élaboré dans le but de nourrir les réflexions sur la question de l’exercice des droits d’autorité parentale lors de cette période très particulière que fut le confinement. Il se présentait en 5 rubriques (Informations sur la situation familiale avant le COVID-19 - L’impact du confinement sur vos droits - Les déplacements pendant le confinement - L’impact du confinement sur les relations avec l’enfant et avec l’autre parent - Après le confinement) mêlant des questions de nature mixte (questions fermées, choix multiples, questions ouvertes avec commentaires libres). Anonyme, le questionnaire a circulé via les réseaux sociaux touchant ainsi des parents séparés à travers toute la France. Sur 219 réponses, 131 mères et 88 pères ont répondu. Il ressort de l’étude que si la crise, que nous traversons, a invité à réfléchir sur nos modes de vies, nos priorités personnelles et professionnelles, elle semble également accentuer les points de déséquilibre déjà visibles en temps normal comme la place du père dans la vie de l’enfant, la reconnaissance des devoirs parentaux à côté des droits, la place des

Participation au groupe de travail sur le schéma directeur de la protection de l’enfance du département de Paris « [Veiller au statut juridique des enfants](#) », Paris, 4 juin 2021, organisé par F. Capelier.

²⁴ **Participation** aux rencontres sur [Comment fédérer et mobiliser les accompagnants et témoins en matière de violences conjugales ?](#) animée par C. Muschotti, Députée du Var, et A. Louis, Députée des Bouches du Rhône, dans le cadre du groupe de travail de la Région PACA pour le Grenelle sur les violences conjugales

Participation à la conférence-débat, mercredi 16 octobre 2019, [Séparation et violences psychologiques. Comment organiser la coparentalité ?](#), organisé par C. Lapière, Médiatrice membre de l’ANM, membre de femmes 3000.

²⁵ C. Siffrein-Blanc, « [La pratique de l’audition de l’enfant dans la procédure d’assistance éducative](#) », in *Accès à la justice des enfants et vulnérabilité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, à paraître en 2022. (avec A. Gouttenoire)

²⁶ C. Siffrein-Blanc, « [COVID-19 et autorité parentale : Quels impacts sur les droits et sur les relations parents-enfants ?](#) », *Dr. fam.*, nov. 2020 dossier n°21.

modes amiables dans la résolution des conflits familiaux, ainsi que tout simplement la place des droits de l'enfant dans les décisions qui le concernent.

- sur - « [Résidence alternée et intérêt de l'enfant : Parole de magistrats](#) »²⁷. Afin de comprendre la pratique judiciaire sur la question de la résidence alternée (Les juges ont-ils accordé la priorité, en cas de désaccord des parents, à un temps parental partagé ? Selon quels critères ? Sont-ils appliqués de façon uniforme selon les juridictions ? Quels sont les principaux motifs de refus de la résidence alternée ? Quelles sont les règles en matière de charge de la preuve ? La résidence alternée est-elle toujours assortie d'un rythme hebdomadaire (1 semaine / 1 semaine) ?) les auteurs de l'étude ont adressé un questionnaire ouvert aux juges français aux affaires familiales. 14 d'entre eux ont répondu et représentent un panel très diversifié à la fois au plan géographique (8 régions métropolitaines représentées et 2 départements d'outre-mer) et fonctionnel (12 juges de première instance et 2 magistrats exerçant en appel). Les auteurs de l'étude ont également consulté deux magistrats belges afin de recueillir leurs observations sur la modification du code civil belge en 2006 tendant à donner la priorité à la résidence alternée.

L'étude des pratiques et de la jurisprudence ont mis à jour certaines divergences d'appréciation significatives.

L'entretien semi-directif. L'entretien semi-directif (ou "entretien approfondi") récolte des informations grâce à des questions et des relances de l'enquêteur durant l'entretien.

Les interrogations, préparées en amont, sont ouvertes. Largement inspiré de l'entretien compréhensif théorisé par Jean-Claude Kaufmann, le positionnement en qualité de chercheur consiste à créer une relation fondée sur l'engagement réciproque. Pour ce faire, il faut adapter l'engagement en privilégiant l'écoute active et une neutralité variable « *en laissant l'informateur préserver son unité, sa cohérence, mais l'encourager aussi à analyser ses tensions internes* ». (Kaufman, 1996, 46). Ceci se matérialise par la technique de la reformulation faite de relances et de silences ; conjuguée avec une position d'empathie et de curiosité. Il convient de préciser que l'approche qualitative, à la différence de l'approche quantitative, s'appuie sur un panel de personnes interrogées qui ne constituent pas nécessairement un échantillon représentatif. L'analyse des données récoltées permettent au chercheur d'avoir des réponses vis-à-vis des hypothèses de départ.

La technique de l'entretien semi-directif a été au cœur de la recherche financée par ONPE sur « [La question des liens en accueil familial](#) »²⁸. Les entretiens avaient pour objectif de comprendre les modèles de référence, les composantes qui pénètrent et constituent les relations affectives, ce qui fait famille dans l'accueil familial. Des guides d'entretien différents ont été réalisés en fonction du public rencontré (enfants, assistants familiaux, parents, fratrie). L'élaboration du guide d'entretien a consisté surtout à concevoir à partir des thèmes retenus, des sous-thèmes susceptibles d'éclairer les contours de la représentation du rôle d'assistante familiale et des relations établies avec l'enfant accueilli. Les entretiens des enfants, des assistants familiaux, des parents ont tous été retranscrits, puis analysés (13 situations d'enfants dans les Bouches du Rhône et 12 situations dans le Vaucluse). Ainsi, sur

²⁷ B. Lehnisch en collaboration avec C. Siffrein-Blanc « [Résidence alternée et intérêt de l'enfant : Parole de magistrats](#) », *AJF*, à paraître, 2021

²⁸ N. Chapon, C. Siffrein-Blanc, G. Neyrand, E. Bonifay, M. Rosingana, *La question des liens en accueil familial "Qu'est-ce qui fait famille en accueil familial ?"*, Rapport ONPE, février 2017, M., https://www.onpe.gouv.fr/system/files/ao/aot2014.chapon_rf.pdf
N. Chapon, G. Neyrand, G. Siffrein-Blanc, *Les liens affectifs en famille d'accueil*, Erès, Collection « Enfance et parentalité », 2018.

l'ensemble des deux départements, nous avons rencontré 71 enfants au total, 25 assistants familiaux et 10 parents.

Ce qui fait un total de 106 entretiens pour l'ensemble de l'étude.

L'entretien non directif : L'entretien non directif (ou "entretien libre") est utilisé pour obtenir des informations très détaillées sur un sujet général. L'enquêteur donne un thème et une question générale et laisse la parole libre à la personne interrogée. Celle-ci aura toute la liberté de détailler son point de vue sur la question. La parole des personnes interrogées doit être utile pour le chercheur afin de valider ou invalider ses hypothèses de départ.

Cette technique d'entretien non directif a été utilisée dans la recherche ONPE, mais également pour confirmer des résultats de la recherche sur la pratique de l'audition de l'enfant devant le JE²⁹ ou sur l'exercice de l'autorité parentale lors de la période du confinement³⁰.

➤ L'analyse des documents.

L'analyse de documents permet au chercheur de collecter à partir de documents élaborés par les praticiens des informations pertinentes à travers une étude spécifique. Dans le cadre de la recherche ONPE, outre les techniques précédemment évoquées, nous avons procédé à l'analyse de dossiers sociaux d'enfants. L'analyse des dossiers des enfants a été une étape importante du travail de recherche en permettant de faire une analyse fine de chaque situation d'enfant placé. Les dossiers ont permis d'avoir des repères historiques sur le déroulement du placement, des faits objectivables à partir des éléments contenus dans les comptes rendus de réunions (des commissions d'admission et de révisions des situations, les comptes rendus de synthèse, les ordonnances JE...), les calendriers des visites, les rapports d'audience, les rapports de comportement, le contrat d'accueil ainsi que les nombreuses informations sur les parents, leurs choix de vie professionnels, affectifs et familiaux. C'est un travail rétrospectif sur toute la durée du placement qui a été réalisé à partir de l'ensemble des pièces présentes pour chaque dossier. Ce travail de terrain a été extrêmement riche dans la collecte d'informations sur les pratiques publiques et a permis en grande partie de nourrir les réflexions et les propositions juridiques.

c) [Le droit et l'interdisciplinarité](#)

Les rencontres professionnelles, l'expérience et la nature de mon champ de recherches m'ont conduite à considérer que le droit n'est pas un objet d'étude singulier mais bien un objet pluriel. Si l'on s'en tient à une acception unitaire de l'objet droit, alors on se trouve devant une juxtaposition de savoirs dans le droit et sur le droit, sans espoir d'interaction entre chercheurs appartenant aux disciplines en présence³¹. Si l'on admet en revanche, que le droit est fruit de la conjonction de plusieurs facteurs scientifiques, socio-économiques et politiques, qu'il constitue un objet de nature multiple, il devient facile d'affirmer la complémentarité nécessaire des approches disciplinaires spécialisées et d'envisager la confrontation de matrices. Le champ disciplinaire du droit de la famille est particulièrement propice à cette collaboration étroite entre les juristes et les autres sciences puisqu'il se situe au carrefour de

²⁹ C. Siffrein-Blanc, « [La pratique de l'audition de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative](#) », in *Accès à la justice des enfants et vulnérabilité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, à paraître en 2022. (avec A. Gouttenoire)

³⁰ C. Siffrein-Blanc, « [COVID-19 et autorité parentale : Quels impacts sur les droits et sur les relations parents-enfants ?](#) », *Dr. fam.*, nov. 2020 dossier n°21.

³¹ A.-J. Arnaud, « Droit et Société. Un carrefour interdisciplinaire », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1988/2 (Volume 21), p. 7-32. DOI : 10.3917/riej.021.0007. URL : <https://www.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-1988-2-page-7.htm>

différentes sciences telles que la psychologie, la psychiatrie, la sociologie, les sciences de l'éducation, la philosophie mais également la médecine et la génétique.

Si le droit est doté d'une normativité très spéciale, il se construit au travers et par des systèmes cognitifs divers. La démarche interdisciplinaire permet au juriste d'échapper au discours dogmatique et de développer un regard critique sur l'objet traité afin de trouver des clefs de compréhension des changements à l'œuvre³². L'interdisciplinarité apparaît en outre comme une référence institutionnelle incontournable dans la mise en œuvre des politiques de recherches. Si cette démarche semble se diffuser en tant que principe et apparaît comme de plus en plus pertinente pour aborder des problématiques juridiques complexes, cela place néanmoins les chercheurs devant une diversité de méthodes et de théories faisant émerger de nouveaux défis.

Le risque de l'interdisciplinarité est d'aboutir à une sorte de polyphonie sans harmonie avec le sentiment d'une juxtaposition, avec un sentiment d'impuissance à maîtriser la complexité d'un phénomène ou d'une réalité que chacun aborde avec un langage différent. De toute évidence, mon expérience m'a conduite à plusieurs reprises à rencontrer ce sentiment d'impuissance à maîtriser la complexité de l'objet étudié par d'autres sciences ; chacun l'abordant avec un langage différent c'est à dire des formations culturelles et méthodologiques spécialisées. Pour dépasser ce sentiment, il faut prendre le temps de gérer les différences, sans perdre de vue le but de l'interdisciplinarité. Il ne s'agit pas en réalité d'absorber le savoir des autres sciences mais bien d'y avoir recours comme une source de compréhension supplémentaire aux fonctionnements du système juridique et d'ouverture vers une évolution de ce dernier par la compréhension des phénomènes sociaux et de l'évolution des sciences. Il devient alors très enthousiasmant d'interagir lorsque l'on s'entend sur l'objet étudié et l'intérêt de l'interdisciplinarité. Elle vise à établir entre les chercheurs une véritable coopération en vue de l'acquisition de savoirs partagés mais elle permet de s'assurer que le droit puisse améliorer sa fonction de « bonne régulation de la société ».

L'idée de nouer le dialogue entre droit et d'autres sciences sociales et d'appuyer certaines de mes recherches sur l'interdisciplinarité est donc apparu comme une plus-value (V. rédaction d'articles³³, de co-direction d'ouvrages³⁴, d'une co-direction d'une recherche financée³⁵ et co-rédaction de l'ouvrage associé³⁶ ainsi que l'organisation de manifestations scientifiques³⁷).

³² E. Bottini, P. Brunet et L. Zevounou (dir.), *Usages de l'interdisciplinarité en droit*, Nanterre : Presses universitaires de Paris Ouest, coll. « Sciences juridiques et politiques », 2014, p. 57.

³³ C. Siffrein-Blanc et N. Chapon, « *La parole ... de l'enfant à son parent... Regard et représentation croisées en accueil familial* », *La protection de l'enfance. La parole des enfants et des parents*, Lacharité C., Sellenet C., (dir), Centre d'études interdisciplinaires sur le développement de l'enfant et de la famille, Université des trois Rivières, Presses de l'Université du Québec, 2015, p. 99-110.

³⁴ *Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous dir. A.-C. Réglie et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, Collection Colloques et Essais, septembre 2018 ; *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Livre II –Lien familial et lien social, sous la dir. E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, coll. inter-normes, PUAM, 2014, 220 pages ; *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre I –Lien familial et lien obligationnel*, sous la direction E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, coll. inter-normes, PUAM 2013, 239 pages ; *Le droit patrimonial, miroir des mutations familiales*, sous la direction E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, coll. inter-normes, PUAM, 2012, 146 pages ; *Les rapports parents-enfants en quête de repères*, sous la direction E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, PUAM, 2011, 130 pages.

³⁵ Codirection d'une recherche pluridisciplinaire (janvier 2015 – Janvier 2017) : Observatoire National de la Protection de l'Enfance sur « *La question des liens en accueil familial : qu'est ce qui fait famille ?* ».

³⁶ N. Chapon, G. Neyrand, C. Siffrein-Blanc, *Les liens affectifs en famille d'accueil*, Erès, Collection « Enfance et parentalité », 2018.

³⁷ V. notamment Co-organisation et participation au colloque du 10 et 11 décembre à Chambéry, « *Besoins et droits de l'enfant et de l'adolescent dans les ruptures familiales* ». Intervention consacrée aux « Les devoirs des parents : le renforcement des responsabilités parentales » ; Participation aux rencontres sur *l'évolution du droit de la famille dans les configurations sociétales actuelles*, le 7 novembre 2019, Assemblée Nationale. ; Participation à la conférence-débat, mercredi 16 octobre 2019, *Séparation et violences psychologiques. Comment*

Outre l'interdisciplinarité, ma recherche vise à organiser une certaine interopérabilité entre les différents acteurs d'un même écosystème. En effet, lors de mes recherches empiriques, j'ai pu constater que les différents acteurs œuvrant à la mise en application des règles de droit, n'avaient que très peu d'interactions entre eux.

Enfin, bien que plusieurs travaux proviennent des recherches par des praticiens, il semble y avoir peu de liens entre la recherche et les initiatives pratiques. Des ponts doivent donc être construits entre les mondes de la recherche et de la pratique avec la vulgarisation des résultats de la recherche et la diffusion auprès de publics cibles, y compris les enfants. En m'appuyant sur les méthodes empiriques, j'ai ainsi créé des espaces d'échanges et de partages interprofessionnels afin de co-construire ensemble des connaissances théoriques et pratiques et de faire émerger les incohérences ou insuffisances justifiant des propositions d'amélioration des pratiques et/ou d'évolution des règles de droit.

d) [La comparaison et internationalisation de la recherche](#)

La circulation des personnes a fait naître de nouvelles problématiques en droit de la famille mettant l'accent sur la gestion des rapports privés internationaux de la famille, la réception des situations créées à l'étranger, le law shopping... Dans un contexte d'internationalisation des situations, la comparaison des systèmes est évidemment un outil précieux dans les recherches en ce qu'elle permet de comprendre les autres et d'apprendre des autres systèmes. L'observation d'autres droits, est un moyen de remettre en cause les solutions acquises (en particulier dans un contexte de concurrence des lois) et de lutter contre le dogmatisme.

Si mes travaux reposent essentiellement sur l'étude du droit interne français, et ne sont pas construits sur une méthode comparatiste, j'ai souhaité intégrer, voire organiser, des manifestations tournées vers la comparaison des systèmes. Cette ouverture sur les systèmes étrangers a commencé par la participation à des manifestations scientifiques internationales sur la résidence alternée³⁸. J'ai par la suite organisé des manifestations intégrant cette approche comparatiste notamment dans le domaine des droits de l'enfant³⁹ et de sa protection⁴⁰. Mais c'est plus particulièrement en intégrant un programme de recherche international sur « l'accès à la justice des enfants » que la démarche comparatiste a été la plus prégnante.

organiser la coparentalité ?, organisé par C. Lapière, Médiatrice membre de l'ANM, membre de femmes 3000 ; Organisation et participation aux journées d'études, *Les différents statuts en matière de protection de l'enfance : étude comparative des systèmes français et québécois*, colloque à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, réalisé les 20 et 21 mai 2019 organisé par le LDPSC en partenariat avec l'Institut national de la recherche scientifique Faculté de droit Université de Sherbrooke.

Intervention consacrée à « Présentation des différents statuts en France ».

³⁸ Participation à la Conférence internationale sur la résidence alternée CIRA (ICSP) - Strasbourg novembre 2018 « Résidence alternée, justice sociale et droits de l'enfant ». Intervention à l'atelier « La résidence alternée et la loi ».

³⁹ Co-organisation et participation au colloque du 10 et 11 décembre à Chambéry, « *Besoins et droits de l'enfant et de l'adolescent dans les ruptures familiales* ».

Intervention consacrée aux « Les devoirs des parents : le renforcement des responsabilités parentales ».

Co-organisation et participation au colloque « L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ? », colloque à la FDSP d'Aix-Marseille Université, réalisé le 4 décembre 2017, colloque pluridisciplinaire organisé par le LDPSC et le CDE avec A.-C. Réglie, l'Institut Universitaire Varenne, coll. "colloques & essais".

⁴⁰ Organisation et participation aux journées d'études, « Les différents statuts en matière de protection de l'enfance : étude comparative des systèmes français et québécois », colloque à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, réalisé les 20 et 21 mai 2019 organisé par le LDPSC en partenariat avec l'Institut national de la recherche scientifique Faculté de droit Université de Sherbrooke.

Intervention consacrée à « Présentation des différents statuts en France ».

La recherche dirigée par Mona Paré, université d'Ottawa (Canada), est construite sur un partenariat d'institutions et de chercheurs en provenance du Canada (Ontario, Québec et Nouveau-Brunswick), de Belgique, de France et des Pays-Bas. Ce partenariat répond à deux besoins : améliorer les connaissances au sujet de l'accès des enfants à la justice et créer un groupe de chercheurs et d'institutions promouvant la recherche en français au sujet des droits de l'enfant. Ce partenariat a donné lieu à trois manifestations scientifiques⁴¹ et se conclura par la production d'un ouvrage, en anglais et en français, que je dirige avec M. Paré, M. Bruning et T. Moreau ⁴².

Passionnantes, enrichissantes et complémentaires, ces méthodes permettent de constituer un espace de production de connaissances originales, permettant de mieux comprendre les prises de décisions. Elles permettent également d'observer l'effectivité de la mise en œuvre de la règle de droit. Et, elles conduisent *in fine* à un apport qualitatif soit sous la forme d'une analyse critique et d'une recherche de cohérence dans la construction des normes juridiques soit sous la forme d'identification de singularités des pratiques soit sous formes de propositions formulées en adéquation avec les éléments observés sur le terrain.

Mon travail de recherches, qui résulte d'une conjonction de ces différentes méthodes peut être présenté autour qu'une question fondamentale « Les personnes, l'enfant, les familles : Quelles évolutions ? »

⁴¹ Participation au colloque de mai 2021, *L'accès à la justice des enfants*, Ottawa.

Participation au colloque du 29 novembre 2019 à Bordeaux, *Les 30 ans d'application de l'article 12 de la CIDE : la parole de l'enfant en justice*.

Intervention consacrée aux « différents dispositifs d'audition de l'enfant en France ».

⁴² *Accès à la justice des enfants et vulnérabilité*, sous direction M. Paré, C. Siffrein-Blanc, M. Bruning et Th. Moreau, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2022 à paraître.

I. Les personnes en quête d'identité

Claude Lévi-Strauss⁴³ écrivait que « le thème de l'identité se situe non pas seulement à un carrefour, mais à plusieurs. Il intéresse pratiquement toutes les disciplines, et il intéresse aussi toutes les sociétés » à tel point que le terme même d'identité a fini par voler en éclat : on parle de « sentiment d'identité »⁴⁴, d'identité virtuelle, d'identité numérique⁴⁵, d'identité digitale⁴⁶, d'identité de genre, d'identité juridique, d'identité psychologique, d'identité subjective... L'identité est ainsi un concept difficile à définir puisqu'il présente de multiples dimensions impossibles à ramasser dans une formule unique.

L'identité pour qui ? A travers un article intitulé « *L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ?* »⁴⁷, j'explique que l'identité est constituée de deux faces. L'identité (mot d'origine latine : *idem*, le même) serait, du point de vue du juriste « ce qui fait qu'une personne est elle-même et non une autre » et par extension « ce qui permet de la reconnaître, de la distinguer des autres »⁴⁸. L'identité et l'altérité se répondent sans cesse, se co-constituent. M'appuyant sur le philosophe Paul Ricoeur⁴⁹ qui distingue quant à lui deux pôles de l'identité, j'ai mis en avant le fait que l'identité pouvait être revendiquée pour soi-même (identité personnelle) ou pour autrui (identité sociale).

L'identité revendiquée pour autrui répond à un besoin de la société de définir, classer, répertorier chaque élément qui compose le groupe pour que ses éléments soient administrés, contrôlés et que leurs relations soient organisées, enregistrées, gérées, le tout hors de portée de la volonté individuelle⁵⁰. L'État apparaît alors comme la matrice *contrôlante* d'individualisation⁵¹ et l'identité comme l'outil de contrôle. Dès lors que l'identité est conçue comme un élément de police civile, elle requiert une fixité dans le temps et dans l'espace. L'identité pour autrui conduit la société à imposer et objectiver l'identité alors devenue indisponible. « C'est la société qui lui impose l'identité, par les positions qu'elle définit pour chaque individu dans le réseau social »⁵².

En revanche, toute autre est la construction identitaire lorsqu'elle répond à un besoin personnel d'une identification pour soi. L'identité subjective⁵³ serait alors un fait de conscience éprouvé par l'individu lui-même. Dans cette identité pour soi, l'individu définit sa propre identité en étant créateur de lui-même. L'individu revendique alors le droit de choisir

⁴³ C. Lévi-Strauss, *L'identité*, Paris, PUF, 1977, p. 9.

⁴⁴ D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. François Terré, éd. LGDJ, coll. Droit privé, Tome 327, 2000.

⁴⁵ D. Forest, « Identité (s) numérique(s) : authentifiés ? », *CNIL, Cahier IP, vie privée à l'horizon 2020*, p. 38.

⁴⁶ A. Ceyhan, « Identité, identification et surveillance : enjeux à l'heure de la biométrie », in *Identification et surveillance des individus. Quels enjeux pour nos démocraties ?* Bibliothèque centre Pompidou, Paroles en réseau, 2010, p. 33

⁴⁷ C. Siffrein-Blanc, « *L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ?* », in *Mélanges offerts à J. Pousson-Petit*, PUT, 2016, p. 435.

⁴⁸ Vocabulaire juridique, publié sous la direction du doyen Gérard Cornu

⁴⁹ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, le Seuil, 1990.

⁵⁰ A. Bernard, « Identité des personnes physique en droit privé », in *Identité politique*, 2^e séminaire de formation doctorale, Amiens, 1992-1993] / [organisé par le] Centre de relations internationales et de sciences politiques d'Amiens... [et le] Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, 1994, p. 127.

⁵¹ F. Vasseur-Lambry, « L'identité de la personne humaine », *Petites Affiches*, mai 2004 n° 91, p. 5 ; A. Lefebvre-Teillard, *Le nom. Droit et histoire*, Paris, PUF, 1990 coll. Léviathan, p. 121.

⁵² C. Lévi-Strauss, *L'identité*, Paris, PUF, 1977, p. 99.

⁵³ E.-M. Lipianski, « Identité subjective et interaction », in *Stratégies identitaires*, PUF, 1990, p 173.

les éléments de son identité juridique pour les mettre en adéquation avec son identité véritablement vécue. Ce mouvement a trouvé écho dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui voit dans l'identité, certes un instrument de police civile, mais surtout un élément d'épanouissement personnel⁵⁴. Les composantes de l'identité s'émancipent alors de la mainmise de l'Etat, l'individu recouvrant, au moins pour certaines composantes, la liberté de définir ses propres caractéristiques identitaires⁵⁵.

Cette confrontation entre « l'être individuel » et « l'être social » (pour reprendre le vocabulaire d'Emile Durkheim⁵⁶) met en tension le rapport que l'individu et la société peuvent avoir sur le contrôle et la détermination des éléments identifiants. Entre l'identité assignée par le droit à l'individu, et l'identité revendiquée par l'individu, l'identité apparaît plutôt comme une notion fonctionnelle mettant à la charge des Etats l'obligation d'arbitrer entre les exigences d'ordre public (la fonction d'indentification et la stabilité des éléments de l'identité) et le soutien qu'ils doivent apporter à la construction de l'identité de chacun.

Quelles évolutions ? Les recherches montrent que l'évolution emporte une dose de « privatisation » de l'identité. De sorte que les éléments qui la composent, ne relève plus seulement de l'ordre public mais aussi de la vie privée, conférant ainsi une place de plus en plus grande à la volonté. Alors que le mouvement individualiste et libéral de subjectivisation de l'identité se poursuit, des préoccupations sociales d'identification des personnes se dessinent tout particulièrement dans le domaine de la détermination de la filiation. Aussi, le droit s'inscrit-il dans un double mouvement, alors même qu'il est marqué par des conquêtes progressives de la volonté individuelle dans la définition de l'identité⁵⁷, le droit s'appuie simultanément sur des éléments objectifs, des données corporelles, pour établir avec certitude l'identité de l'individu⁵⁸.

A. La subjectivisation de l'identité

La place de la volonté dans la définition de l'identité. Répondre à la question « Qui suis-je ? », c'est faire état d'une identité, liée à l'intériorité, à la conscience de soi. La question est donc de savoir si l'identité subjective, la personnalité intime, ressentie par l'individu, doit interférer avec l'identité juridique. Au cours des dernières décennies, le droit a incorporé cette face psychologique de l'identité pour modifier la face externe de l'identité qu'on appelle l'identité sociale. Ainsi, une certaine perméabilité s'est dessinée laissant une place croissante à la volonté dans la détermination des différents éléments de l'identité sociale.

Aujourd'hui, l'épanouissement personnel apparaît comme une fin en soi où chacun essaie de se réappropriier les différents éléments constitutifs de son état⁵⁹. Alors que pour certains de ces éléments⁶⁰, la liberté a toujours existé, pour d'autres, au contraire, la liberté n'a été que nouvellement conquise⁶¹. Petit à petit, le droit a laissé place à une volonté⁶², toutefois

⁵⁴ A. Gouttenoire, « Droit à l'identité dans la jurisprudence de la CEDH », *Droit et patrimoine*, 2013, 229.

⁵⁵ F. Bellivier, *Droit des personnes* LGDJ-Lextenso, coll. « Domat droit privé », 2015, v. Y. Favier, *RTD civ.* 2016, p.219

⁵⁶ E. Durkheim, *Education et sociologie*, PUF, 1977.

⁵⁷ F. Terré, « Les chemins de la vérité. Sur les tests ADN », *JCP G.*, 2008, 1, 100.

⁵⁸ E. Debaets, « L'identité de la personne à l'épreuve de l'identification biométrique », *In l'identité juridique de la personne humaine, sous la direction de Géraldine Aidan et Emilie Debaets*, L'harmattan, Logiques juridiques, 2013, p. 197.

⁵⁹ V. Egéa, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2020, 3^e éd., n°6 ; J. Rochefld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF 2013, n°15.

⁶⁰ Comme par exemple la profession, le domicile et la nationalité.

⁶¹ F. Vasseur-Lambry, « L'identité de la personne humaine », *Petites Affiches*, mai 2004 n° 91, p. 5.

⁶² B. Beignier et J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Lextenso, 4^{ème} éd. 2019, n°25.

contrôlée, de s'immiscer dans les éléments principaux de l'état⁶³ que sont le nom⁶⁴, le prénom⁶⁵ le sexe⁶⁶ et la filiation.

La mise en exergue de cette montée en puissance de l'individualisme et de la désinstitutionnalisation de la filiation au nom des volontés individuelles constitue un de mes axes de recherches soulevé dès ma thèse. Dans cette stratégie individualisante, les parents et l'enfant tiennent une place particulière à laquelle sont associées des conséquences différentes : la montée en puissance de la satisfaction des désirs des adultes d'un côté et, une certaine inappétence pour l'appréciation concrète de l'intérêt de l'enfant.

Transposé à la question de la parenté, l'avènement de l'individualisme signifie parfois que celle-ci n'existe plus comme institution mais à partir des individus qui la composent et des lois qu'ils se donnent chacun à eux-mêmes pour la constituer, la faire vivre et, éventuellement, la dissoudre. Aussi, dans certains cas, l'existence de la parenté et son destin dépendent des aspirations des parents eux-mêmes ou des choix de l'un d'eux⁶⁷.

Mes travaux (articles⁶⁸, commentaires de jurisprudence⁶⁹, manifestations scientifiques organisées⁷⁰) s'intéressent de près à la question de l'auto-détermination à devenir parent.

Il s'agit dans ces domaines d'une véritable conquête à tel point que l'on s'interroge sur une auto-nomination et sur la reconnaissance d'une identité de genre ; ou de nouvelle catégorie juridique comme le « sexe neutre »⁷¹, ou le « parent biologique »⁷².

⁶³ B. Beignier, « L'ordre public et les personnes », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 1996, p. 25 : « d'elle-même la conclusion s'impose : l'indisponibilité du corps n'existe pas, l'indisponibilité de l'état est ruinée ».

⁶⁴ V. sur le sujet C. Siffrein-Blanc, « [Impossibilité de changer son nom pour le patronyme de son conjoint](#) », obs. sous CE ²^{ème} et ⁷^{ème} sous-sections réunies 18 nov. 2011, n°346470, *AJCT* 2012, p. 155.

« [Conditions de changement de nom suite à l'établissement d'un second lien de filiation](#) », Cass. avis., 13 septembre 2010, *Dalloz actualité*, 8 octobre 2010.

« [L'acquisition du nom par possession : la nécessité d'une possession longue et prolongée](#) », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010, *Petites Affiches*, septembre 2010, n°191, p. 10.

« [Le nom de l'adopté simple : du nouveau sur le rôle du consentement](#) », note sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch. B., 9 avril 2009, *Petites Affiches*, 5 novembre 2009, n°221, p.3

⁶⁵ C. Siffrein-Blanc, « [L'attribution et le changement du prénom](#) », *Revue internationale d'Histoire et du notariat Le GNOMON*, mars 2016, n°186, n° spécial généalogie, p. 55

⁶⁶ Co-direction de thèse avec M. Pierre Le COZ « *les personnes intersexes à l'épreuve du droit* », C. Violla.

⁶⁷ V. notamment en cas d'accouchement sous le secret, choix laissé à la mère ayant un impact sur la paternité du géniteur. C. Siffrein-Blanc, « [Le contrôle de proportionnalité in concreto : « miroir aux alouettes » ou réel espoir pour le père de naissance d'un enfant né sous X](#) », note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n° 19-15.921, n° 19-24.608, n° 20-14.012, P + B, *Dr. fam.*, n°4, avril 2021, com. n°54.

⁶⁸ V. notamment C. Siffrein-Blanc, « [Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique](#) » *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre II –Lien familial et lien social*, organisée par le centre Pierre Kayser et le LID2MS, 2014, PUAM, p.133-168 ; « [De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ?](#) », in *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, Instituts Varennes, collection colloque et Essais, 2018, p. 177 ; « [Tests génétiques post-mortem : quelles volontés ?](#) », *Revue de droit de la santé*, Mort et droit de la santé : les limites de la volonté (n°23), décembre 2016.

⁶⁹ Par exemple C. Siffrein-Blanc, « [GPA : intérêt de l'enfant ou « droit de devenir parent](#) », note sous CA Rennes, 6e ch., 27 janv. 2020, n° 18/04247, n° 18/03564, n° 18/02580 : JurisData n° 2020-000852, *Dr. Fam.*, juin 2020, n°92 ; « [GPA : Pas de transcription impérative, l'adoption suffit pour établir le lien de filiation du parent d'intention même biologique !](#) » obs. sous CEDH 16 juill. 2020, D. c/ France, no 11288/18, *Dr. fam.*, n°1, janvier 2021, com. n°5 ; « [Les enfants issus d'une PMA avec tiers donneur ne bénéficie pas toujours d'une « superfiliation » !](#) », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2020, 19-12.373 19-18.791, *Dr. fam.*, n°1, janvier 2021 com. n°3.

⁷⁰ V. notamment [Co-organisation et participation au colloque](#), L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ? , colloque à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, réalisé le 4 décembre 2017, colloque pluridisciplinaire organisé par le LDPSIC et le CDE avec A.-C. Réglie, et publié à l'Institut Universitaire Varenne, coll. "colloques & essais"

⁷¹ C. Siffrein-Blanc, « [Homme ou femme pas de place pour le sexe neutre](#) », note sous CA Orléans, 22 mars 2016, N° RG : 15/03281, *AJF*, 2016, p. 261.

Pour l'heure, les droits fondamentaux n'ont pas encore sonné le glas du schéma bipolaire traditionnel, homme/femme, père/mère. Toutefois, la neutralisation des droits, les récentes questions touchant à la parenté homosexuelle, aux maternités de substitution et à la « transparenté », pourraient relancer le débat, de l'auto-nomination en prenant appui sur le droit à l'épanouissement personnel, le respect de la vie privée et familiale, en passant même par le recours à l'intérêt supérieur de l'enfant.

B. L'objectivisation de l'identité

Une place reconnue aux données objectives comme mode d'identification. Devenue instable, l'identité civile n'est plus pleinement en mesure d'assurer la permanence et la continuité de l'identification. Aussi, les Etats se sont-ils tournés progressivement vers la biométrie qui permet de répondre à l'objectif d'identification de l'individu par sa « mêmeté »⁷³, c'est-à-dire sa permanence dans le temps et dans l'espace⁷⁴. La transformation progressive des titres délivrés par la puissance publique est topique de ces préoccupations d'identification certaine et objective des personnes. La biométrie introduit un changement fondamental dans le processus d'identification qui ne résulterait plus d'une certification sociale mais d'une certification scientifique. Elle supplée alors l'état personnel ou les éléments qui le composent. On songe ainsi aux empreintes génétiques pour conforter le lien de filiation en matière de regroupement familial ou encore aux tests osseux dans la détermination de l'âge juridique⁷⁵ en matière de droit des mineurs étrangers.

Les dangers d'une biologisation de la filiation. La biométrie atteint son paroxysme lorsque reine des preuves, elle ne se contente pas d'attester les éléments identifiants, mais s'immisce dans leur construction et notamment dans le droit de la filiation. Depuis la décision fondatrice du 28 mars 2000⁷⁶, selon laquelle la Cour de cassation considère que l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder⁷⁷ et la réforme de la filiation par l'ordonnance de 2005⁷⁸, l'élément du corps s'impose dans le contentieux de la filiation alors comme preuve d'un élément classique d'identification qu'est la filiation.

⁷² C. Siffrein-Blanc, « Une femme transgenre sera père au nom des droits de l'enfant à son identité », obs. sous Cass. 1^{re} civ., 16 sept. 2020, n° 18-50.080 et 19-11.251, FS-P+B+R+I : JurisData n° 2020-013347, *Dr. fam.* n° 11, novembre 2020, com. 146.

⁷³ P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Paris, Ed. du Seuil, 1996, p. 195.

⁷⁴ La biométrie s'est invitée dans le droit pour identifier et « classer des catégories spéciales de personnes considérées comme des « populations à risque » et alimenter ainsi des bases de données.

⁷⁵ L. Gros, « L'âge juridique », *AJDA* 2012, p. 2045.

⁷⁶ Cass. 1^{ère} civ., 28 mars 2000, *Juris-Data* n°001227 ; *Bull. civ.*, 2000, I, n°103 ; *JCP éd. G.*, 2000, II, 10409, concl. C. Petit, note M.-Ch. Monsallier-Saint-Mleux ; *JCP G* 2001, I, 332, obs. Y. Favier ; *Rep. Defrénois*, 2000, art. 37194, p. 769, note J. Massip ; *Dr. famille*, juin 2000, com. n°72, p. 13, note P. Murat ; *RJPF*, mai 2000, 5/38, p. 23, note J. Hauser ; *D.*, 2000, jur., p. 731, note T. Garé ; *D.*, 2001, som., p. 976, obs. F. Granet ; Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2000, *JCP éd. G.*, 2000, II, 10410, note T. Garé, Cass. 1^{re} civ., 29 mai 2013, n° 12-15901.

⁷⁷ V. Les motifs légitimes restent une notion vague difficile à cerner permettant toutefois au juge de recouvrir une partie de ces pouvoirs d'appréciation. J. Pousson-Petit, « Empreintes génétiques et filiation : les discordances et incohérences juridiques », *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, sous la dir. J. Pousson-Petit, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 431.

⁷⁸ V. mes articles C. Siffrein-Blanc « Réforme de la filiation : A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *Bull. d'Aix*, 2009-2, p. 11 ; « Le nouveau droit de la filiation : l'ordonnance répond-elle aux instructions législatives ? », *Recherches familiales, La filiation recomposée : origines biologiques, parenté et parentalité*, 2007, n°4, p. 123. ; « L'ordonnance du 4 juillet portant réforme de la filiation », *Bull. d'Aix*, 2006-1, p. 10 ; « Simplification du droit de la filiation », *In La simplification du droit, colloque de l'école Doctorale Sciences juridiques et politiques de l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III*, sous la direction de J.-M. Pontier, PUAM, 2006, p. 339.

Nombreuses sont mes recherches qui mettent en avant cette montée en puissance de la biologisation du lien de parenté et les dangers que cela pouvait entraîner sur la fonction sociale du lien de parenté. Cette priorisation de l'identification biologique, appuyée par les droits fondamentaux⁷⁹, au détriment de la construction sociale du lien et de l'intérêt concret de l'enfant, ressort de mes travaux (thèse, articles⁸⁰ et commentaires⁸¹). Si la preuve scientifique est incontestablement une valeur sûre, la preuve génétique réduit la parenté à sa seule composante biologique. Or, cette vérité est une caractéristique imparfaite de la personne humaine puisqu'elle ne renseigne pas sur la composante sociale et affective que « seule la vérité juridique, libérée du poids du réalisme biologique, est en mesure d'exprimer »⁸². En effet, le risque est grand de méconnaître alors une donnée essentielle de la filiation. Il faut dire que la filiation, comme toute relation humaine, est un faisceau de relations complexes qui ne peut, sans dommage, être réduite à une composante unique.⁸³ On peut aussitôt dresser ce constat que si, scientifiquement parlant, la filiation peut y gagner en exactitude, elle peut y perdre en valeur et dans sa fonction sociale.

Les dangers de l'éviction totale de la biologie. Parallèlement à cette sur-biologisation de l'identité, j'ai également mis en perspective cette incohérence que le droit organise, en refusant à la personne un véritable droit de connaître ses origines et d'accéder à un élément essentiel de son identité⁸⁴. A côté d'une interdépendance entre identité juridique et données biologiques, l'idée d'une indépendance des identités émerge. L'identité subjective biologique est réclamée, pour elle-même, sans pour autant influencer sur l'identité juridique. En effet, connaître l'identité de ses parents biologiques semble primordial pour construire ou parfaire sa propre identité. La souffrance des personnes auxquelles la loi refuse l'accès à leur identité est décrite comme une amputation⁸⁵. Pour un psychanalyste, « interdire le droit de savoir sur ses origines, c'est barrer pour l'enfant un droit à se demander d'où et de qui il vient. C'est

⁷⁹ V. CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, n° 65192/11, *Mennesson c/ France* : *JurisData* n° 2014-015212 CEDH, 5e sect., 26 juin 2014, n° 65941/11, *Labassée c/ France* : *JurisData* n° 2014-015214 ; *Dr. Fam.* n° 9, Septembre 2014, comm. 128, C. Neirinck ; D., 2014, p. 1806, obs. L. D'avout ; D., 2014, p. 1797, F. Chénéde.

⁸⁰ V. notamment C. Siffrein-Blanc, « [Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique](#) » *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre II –Lien familial et lien social*, organisée par le centre Pierre Kayser et le LID2MS, 2014, PUAM, p.133-168 ; « [De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ?](#) », in *L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, Instituts Varennes, collection colloque et Essais, 2018, p. 177 ; « [Tests génétiques post-mortem : quelles volontés ?](#) », *Revue de droit de la santé, Mort et droit de la santé : les limites de la volonté* (n°23), décembre 2016.

⁸¹ V. notamment C. Siffrein-Blanc, « [Mieux vaut une absence de père qu'un père affectif : Où est l'intérêt de l'enfant ?](#) », obs. sous TGI Meaux, 2e ch. civ., 23 août 2019, n° 17/00311 : *JurisData* n° 2019-017185, *Dr. Fam.*, nov. 2019, n°218 ; « [La vérité ou intérêt de l'enfant, mon cœur balance](#) », obs. sous Civ. 1ère, 13 juill. 2016, FS-P+B, n° 15-22.848, *AJF*, 2016, 495.

⁸² A. Milanova, « Preuve corporelle, vérité scientifique et personne humaine », *RRJ Droit prospectif*, 2003, n°3, p. 1755.

⁸³ Y. Flour, « Rapport Dekeuwer : Les projets de réforme du droit de la famille », *Gaz. Pal.*, 31 août 2001, doct., p. 1332.

⁸⁴ V. CE, 16 oct. 2019, n° 420230, *Juris-data* n° 2019-017911.

L'absence d'accès à la preuve post-mortem. C. Siffrein-Blanc, « [L'expertise génétique post mortem : le conseil refuse de déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 16-11 du Code civil](#) », obs. sous Conseil constitutionnel, 30 septembre 2011, n° 2011-173-QPC, *RFDC*, avril 2012, p. 408.

⁸⁵ P. Verdier, « Proposition pour une réforme du secret des origines », *Médecine et droit*, 1998, n°30, p. 28. V. le témoignage de A. Kernalvezen et B. De Dinechin, *Né de spermatozoïde inconnu...*, Presses de la Renaissance, 2008. G. Delaisi De Parseval, « Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation avec donneurs de gamètes », *Médecine et droit*, 1998, n°30, p. 23. M.-Chr Monsallier-Saint-Mleux, note sous Cass. 1ère civ., 28 mars 2000, *JCP éd. G.*, 2000, II, 10409 ; A. Hardy, J. Bourserie et D. Delbard, « La convention internationale des droits de l'enfant et le principe fondamental de protection de l'enfant en droit français », *RRJ Droit prospectif*, 2001, n°2, p. 907. F. Dekeuwer-Defossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.*, 1995, p. 249

peut-être aussi barrer un droit à penser tout court »⁸⁶. Si le droit à la connaissance de ses origines n'est pas un droit consacré en France à la différence de certains pays⁸⁷, sa reconnaissance suscite encore et toujours de vifs débats⁸⁸. Le droit organise sa propre vérité pour en faire un ensemble structurel fiable et prévisible, en somme il crée une identité juridique tout en empêchant le passage naturel et obligé de l'identification subjective⁸⁹. Certes, la loi du 22 janvier 2002⁹⁰, jugée conventionnelle par la Cour européenne des droits de l'homme⁹¹, a institué une réversibilité de ce secret en passant par le consentement de la mère. Cependant, cette modification n'opère en aucun cas un droit à l'accès aux origines mais instaure, simplement, un secret relatif⁹² au seul bénéficiaire des enfants nés d'un accouchement sous le secret excluant les enfants nés d'une PMA. Si toute vérité n'est pas bonne à dire (à ce titre, la vérité biologique ne fait pas mentir le proverbe⁹³), toute vérité n'est également pas bonne à cacher. Les dissociations opérées entre la dimension biologique et la dimension sociale de la filiation, dissociation en certains cas entérinées par le droit, ne peuvent masquer le fait que la conception d'un être humain concerne des relations entre des personnes dans leur dimension humaine, biologique, psychique, sociale, culturelle et spirituelle. C'est en ce sens que j'ai proposé dans ma thèse et dans l'article intitulé « [Comment refonder le système français de parenté ?](#) »⁹⁴, de repenser le concept de filiation. La filiation, support d'une identité juridique serait recentrée sur la notion d'engagement volontaire et de la

⁸⁶ G. Delaisi De Parseval, « Secret et anonymat dans l'assistance médicale à la procréation avec donneurs de gamètes », *op. cit.*

⁸⁷ De nombreux pays européens comme l'Autriche, l'Allemagne, la Russie, la Finlande, la Belgique, le Royaume-Uni, la Suède, tendent à harmoniser leur législation autour d'un droit d'accès aux origines. C. Ensellem, « Accouchement sous X et assistance médicale à la procréation », *Recherches familiales, La filiation recomposée : origines biologiques, parenté et parentalité*, 2007, n°4, p. 111 ; J. Pousson-Petit, « Empreintes génétiques et filiation : les discordances et incohérences juridiques », *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, J. Pousson-Petit (sous Dir. Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 431 ; E. Wenner, « Allemagne : le droit d'accès aux origines face à l'émergence de l'anonymat (à propos des « casiers à bébé ») », *L'identité de la personne humaine, étude de droit français et de droit comparé*, sous la dir. J. Pousson-Petit, Bruylant, 2002, p. 797.

⁸⁸ I. Théry (sous la présidence), *Filiation, origines, parentalité, Le droit face aux nouvelles valeurs, de responsabilité générationnelle*, Rapport du groupe de travail Filiation, origines, parentalité, 2014, p. 201 et s. (V. Y. Favier, présentation du rapport, *RTD civ.*, 2015 p.229 ; A. Gouttenoire, *40 propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui*, Rapport du groupe de travail protection de l'enfance et adoption, 2014, p. 95.

Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2187, déposé(e) le 24 juillet 2019, propose un accès aux origines à partir de la majorité, sous réserve de consentement lors du don (*Art. L. 2143-2CSP futur*)

⁸⁹ P. Morin, « Notariat et bioéthique : Quelles questions et quelles réponses ? », *JCP éd. N.*, mars 2004, com. n°1162, p. 555.

⁹⁰ H. Gaumont-Prat, « La réforme du 22 janvier 2002 relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'état et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 13 février 2003 », *Dr. famille*, mai 2003, chr. n°14, p. 4 ; J. Rubellin-Devichi, « La recherche des origines personnelles et le droit à l'accouchement sous X dans la loi du 22 janvier 2002 », *Dr. famille*, mai 2002, chr. n°11, p. 7 ; C. Neirinck, « La loi relative à l'accès aux origines des personnes adoptées et pupilles de l'état : La découverte de la face cachée de la lune ? », *RD sanit. soc.*, 2002, p. 189 ; M.-C. Le Boursicot, « Consécration du droit à la connaissance de ses origines », *RJPF*, mars 2002, 3/11, p. 6.

⁹¹ CEDH Odièvre c/ France req. n°42326/98, 13 février 2003, *JCP éd. G.*, 2003, II, 10050, note A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre ; *JCP éd. G.*, 2003, I, 120, note Ph. Malaurie ; *PA*, 3 octobre 2002, n°198, p. 6, O. Roy ; *D.*, 2003, chr., p. 1240, B. Mallet-Bricourt.

⁹² V. Mikalef-Toudic, « Adoption et accès aux origines personnelles », *In L'identité génétique de la personne, entre transparence et opacité, Actes du colloque du 30 novembre 2006*, dir. P. Bloch et V. Depadt-Sebag, éd. Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2007, p. 43.

⁹³ A. Bottiau, « Empreintes génétiques et droit de la filiation », *D.*, 1989, chr., p. 271.

⁹⁴ C. Siffrein-Blanc, « [Comment refonder le système français de parenté ?](#) », *Journée d'études : Droit et religions. Les rapports entre parents et enfants en quête de repères*, organisée par le centre Pierre Kayser et le LID2MS, avril 2010, PUAM.

responsabilisation des acteurs, tout en admettant plus largement l'accès à une identité subjective biologique indépendante de l'identité juridique.

II. L'enfant, une personne vulnérable

Si le droit des personnes intéresse les questions touchant à l'identité, il est aussi le droit tourné vers la question de la capacité des personnes à exercer les droits dont elles sont titulaires. Or, il existe certaines catégories de personnes, dont la vulnérabilité est telle qu'elle limite leur activité ou restreint leur participation à la vie en société en raison de leur âge ou « d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant »⁹⁵. Deux catégories de personnes apparaissent comme vulnérables et donc assujetties à des protections particulières, l'enfant mineur d'une part et le majeur protégé d'autre part. Face à la vulnérabilité des majeurs, le droit répondait, historiquement, par un système d'exclusion de ces personnes, une mise à l'écart de la société et une suppléance totale sans prise en considération de la personne et de sa volonté. Toute l'évolution du droit contemporain des majeurs vulnérables a eu pour but le recentrage du sujet dans l'exercice de ces droits, la prise en considération de sa personne plus que de son patrimoine, le respect de sa volonté ou l'interprétation optimale de sa volonté et de ses préférences avant la notion d'intérêt supérieur pour une meilleure effectivité du respect de ses droits. Tout doit être mis en œuvre pour respecter la dignité de la personne et son autonomie. La protection est individualisée et se concrétise par l'adoption de mesures appropriées aux besoins de la personne afin qu'elle exerce sa capacité juridique.

Si mes enseignements⁹⁶, les directions de mémoires⁹⁷ et les formations que je délivre auprès des professionnels, avocats ou futurs mandataires à la protection des majeurs⁹⁸ démontrent l'intérêt particulier que je porte à la question des majeurs protégés, c'est autour de la situation de l'enfant que j'ai principalement axé mes recherches.

Le mineur a de tout temps été considéré comme un incapable du fait de son jeune âge et de son inaptitude présumée à défendre lui-même ses intérêts. L'incapacité constitue un principe protecteur, en permettant d'éviter qu'il n'accomplisse des actes susceptibles de lui nuire.

Dans les sociétés démocratiques, la promotion et l'élargissement progressif des droits de l'Homme puis des droits de l'enfant ont bouleversé les équilibres existants au sein de la famille. La Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) a provoqué un changement de paradigme dans la manière dont la société devait percevoir les enfants.

⁹⁵ P. Leroy, « Vulnérabilité et contentieux de la sécurité sociale », *Dr. famille*, 2020, dossier 14.

⁹⁶ « Droit des personnes vulnérables » en M1 Droit privé (28h)

« Personnes protégées et famille » dans le DESU mandataire judiciaire à la protection des majeurs (20h)

« Droit des personnes vulnérables et droit de la santé » M2 Droit, conseil et expertise en matière de santé (5h)

⁹⁷ 2020 - 2021 : « Le droit aux relations personnelles et le droit d'être visité du majeur protégé », B. Nene

2020 - 2021 : « La CIDPH et la volonté des personnes vulnérables », J. Bonnet

2020 - 2021 : « L'institutionnalisation des personnes âgées », M. Deyme

2019 - 2020 : « La conventionalité du droit français à l'aune de la Convention Internationale relative aux droits des personnes handicapées », M. Forio

2019 - 2020 : « L'habilitation familiale depuis la loi du 23 mars 2019 », M. Luciani

⁹⁸ [Séminaires de formation à l'école des avocats du Sud-Est](#) « Personnes protégées et droit de la famille », » séminaire de formation continue de l'Ecole des avocats du Sud-Est, le 5 avril 2019 à Tarascon ; [Séminaires de formation à l'école des avocats du centre sud](#), « Actualités en droit des personnes protégées », » séminaire de formation continue de l'Ecole des avocats du centre-sud, le 4 juin 2021 à Nîmes

Appréhendé comme un véritable sujet de droit⁹⁹ et acteur du changement, l'enfant doit être préparé pleinement à avoir une vie individuelle dans la société¹⁰⁰. Aussi, l'évolution contemporaine de la protection juridique de l'enfant peut-elle être présentée à travers deux grands mouvements :

- Reconnaître à l'enfant des droits qui lui sont propres, entendus comme des droits appartenant uniquement aux enfants car ils ne présentent aucun intérêt pour une autre catégorie de personnes¹⁰¹. La convention qui reconnaît des droits spécifiques à l'enfant (la primauté de son intérêt supérieur, droit d'être entendu dans toutes les procédures qui le concerne, droit à l'éducation), fait de ce dernier un *sujet de droits propres* (I)
- Accorder aux parents une fonction parentale et non plus des droits absolus sur l'enfant. Ainsi, les parents se voient-ils confier en priorité des droits et des obligations pour protéger et éduquer l'enfant dans son seul intérêt, on parle alors de « droit fonction »¹⁰². La Convention internationale des droits de l'enfant, qui affirme solennellement dans son préambule, et dans de très nombreux articles, le droit premier de l'enfant d'être protégé, en priorité par ses parents, fait de l'enfant, *un objet de protection* (II).

Malgré les progrès réalisés, il existe toujours des lacunes dans la garantie des droits de l'enfant, et l'écart entre le droit et la pratique est encore plus prégnant. C'est la raison pour laquelle j'ai choisi de dédier une très grande partie de ma recherche à l'étude de cette personne vulnérable qu'est l'enfant.

A. L'enfant sujet de droits propres

Bien qu'immature, l'enfant est donc considéré comme sujet de droit auquel lui sont reconnus des droits propres. La Convention internationale des droits de l'enfant, convention adoptée le 20 novembre 1989 par l'assemblée générale des Nations Unies et qui vient de célébrer ces 30 ans¹⁰³, a donné une vigueur nouvelle à la personne de l'enfant par la reconnaissance de ses droits¹⁰⁴. Il y a dans la Convention des Nations Unies quelques articles fondamentaux fixant des principes, incontournables, primordiaux, et qui régissent l'application de toute la Convention. Selon l'ancien président du Comité des droits de l'enfant, Jean Zermatten, il s'agit des articles dits "umbrella", c'est-à-dire des articles qui couvrent toutes les autres dispositions¹⁰⁵. Parmi ces dispositions, il y en a trois qui semblent à la fois fonder et justifier la notion d'enfant sujet de droit et ne pas pouvoir se lire (ni se comprendre) sans être toujours liés les uns aux autres. Il s'agit de l'article 2 (non-discrimination ou principe d'égalité entre les enfants), de l'article 3 (l'intérêt supérieur de l'enfant) et de l'article 12 (l'audition / la parole de l'enfant). Ces dispositions sont comme des pivots autour desquels s'articulent tous les droits

⁹⁹ Même si cela reste un débat I. Théry préfère parler de personnalité juridique alors que Jean-pierre Rozencsveig reconnaît la qualité de sujet de droit, ou de sujet passif. V. A. Gouttenoire « Le statut de l'enfant », *RLDC*, nov. 2011, n°87.

¹⁰⁰ Préambule de la CIDE.

¹⁰¹ H. Hamadi, « Le statut européen de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant*, L'Harmattan, coll. « Champs libres » 2005, p. 161 ; A. Gouttenoire « Le statut de l'enfant », *RLDC*, nov. 2011, n°87.

¹⁰² P. Bonfils et A. Gouttenoire, *Droit des mineurs*, Dalloz, coll. « Précis », 3^{ème} éd. 2021.

¹⁰³ [Co-Organisation et participation](#) au colloque du 21 novembre 2019 à Marseille, *les 30 ans de la CIDE quelle efficacité ? Avec quels acteurs ?*, avec le barreau de Marseille et l'EDA.

¹⁰⁴ B. Beignier, « Les Trente ans de la Convention internationale des droits de l'enfant », *Dr. fam.*, n° 11, novembre 2019, repère 10.

¹⁰⁵ J. Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant », http://korczak.fr/m5prod/colloques_afjk/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/zermatten-jean_interet-superieur-enfant_2005_43p.pdf.

énoncés par les autres articles du texte. Ainsi, tous les enfants sans discrimination, bénéficient-ils de droits dont le succès « s'est appuyé, pour provoquer un effet de levier, sur la notion nouvelle et renouvelée d'intérêt supérieur de l'enfant »¹⁰⁶, qui ne peut se déterminer sans entendre l'avis de l'enfant.

On comprend ainsi l'importance de s'intéresser à ses notions charnières que sont l'intérêt supérieur de l'enfant (1) et l'audition de ce dernier (2)

1. L'intérêt supérieur de l'enfant

L'intérêt de l'enfant une notion protéiforme. L'intérêt de l'enfant est une notion ancienne et nouvelle à la fois. Mais la notion d'intérêt de l'enfant telle qu'elle est comprise aujourd'hui est bien différente de ce qu'elle était hier. Elle est le fruit d'une longue et profonde transformation marquée à la fois par l'évolution des formes et des fondements de la famille, par l'évolution de la conception même de l'enfant, de ses droits, des savoirs sur l'enfance, de la place qu'il occupe dans la famille et dans la société¹⁰⁷. Notion essentielle du droit de la famille, elle dérange et passionne le juriste en ce qu'elle est variablement appréciée. La notion est marquée par la relativité et par la subjectivité. « Relativité dans l'espace et dans le temps car la notion se nourrit des données propres à chaque époque et à chaque société : elle est liée à une culture, à des savoirs, à une conception de la personne, de l'enfant et de la famille »¹⁰⁸. Mais, elle dépend aussi d'une subjectivité individuelle, lorsqu'elle est appréciée par les père et mère, le juge ou encore l'enfant lui-même¹⁰⁹. Tantôt appréciée *in abstracto* par le législateur, elle l'est également *in concreto* quand les juges sont appelés par le législateur à compléter et adapter la norme aux cas particuliers. En outre, l'intérêt de l'enfant est mobilisé par les juges, nationaux comme européens, selon différentes modalités. Il opère tantôt comme critère de décision tantôt comme critère de conformité permettant au juge d'écarter une décision individuelle ou un texte¹¹⁰. Enfin, outre la difficulté pour comprendre le contenu même de l'intérêt de l'enfant appréciable objectivement et subjectivement, le qualificatif « supérieur » adjoint, sous l'égide de l'article 3-1 de la CIDE, nourrit la discussion sur la façon dont il faut l'appréhender¹¹¹. Le qualificatif « supérieur » peut en effet, d'une part, viser le plus grand intérêt de l'enfant (ce qui est meilleur pour lui, d'autant que ses intérêts peuvent être multiples, peut-être même contradictoires), et d'autre part, qualifier un intérêt supérieur par rapport aux autres intérêts en présence (ceux des parents, ceux des tiers, ceux de l'État). La compréhension de la notion est alors aussi diverse que ses applications sont nombreuses. Ainsi, par essence, l'intérêt de l'enfant est irréductible à une acception objective, car l'application de la notion participe et contribue à la définition de celle-ci. Mouvante, complexe, passionnante, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant est au cœur de nombreux de mes écrits¹¹² et justifie l'encadrement de recherche¹¹³.

¹⁰⁶ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.*, 8 dec. 2009, n° 342, p. 15.

¹⁰⁷ J.-P., Agresti, « L'intérêt de l'enfant saisi par le droit : l'approche de l'historien du droit », *In Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction de A.-C. Réglie et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, Collection Colloques et Essais, septembre 2018, p. 53-56.

¹⁰⁸ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *op. cit.*

¹⁰⁹ H. Fulchiron, « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *op. cit.*

¹¹⁰ A. Gouttenoire et P. Bonfils, *Droit des mineurs*, Dalloz, 3^{ème} éd. 2021 n°180 et s.

¹¹¹ J.-L. Renchon, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *LPA*, 7 oct. 2010, n° 200, p. 29

¹¹² V. notamment C. Siffrein-Blanc « [Sans preuve certaine, contester tardivement sa filiation paternelle serait contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant](#) », note sous CA Chambéry, 3^{ème} chambre, 23 Juin 2020 – n° 19/00083 : *JurisData* n° 2020-008794, *Dr. fam.*, n° 10, Octobre 2020, com. 134 ; « [GPA : intérêt de l'enfant ou « droit de devenir parent](#) », note sous CA Rennes, 6^{ème} ch., 27 janv. 2020, n° 18/04247, n° 18/03564, n° 18/02580 :

Co-organisatrice d'un colloque portant sur « [L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?](#) », organisé à faculté de droit d'Aix-en-Provence, le 4 décembre 2017, je suis moi-même intervenue sur la question « [De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ?](#) »¹¹⁴. Les actes du colloque ont donné lieu à la publication d'un ouvrage aux éditions, Varennnes dans la collection Colloques et Essais, en septembre 2018, « *Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?* » que j'ai co-dirigé avec Mme Anne-Claire Réglie. L'esprit de cette manifestation scientifique reposait sur la volonté de traiter de la notion au-delà d'une vision classique, civiliste, franco-française, tournée vers le droit de la famille et plus encore vers l'exercice de l'autorité parentale. Les actes de ce colloque mêlent ainsi une vision pluridisciplinaire et comparée pour mieux appréhender la notion. Ainsi, la notion a-t-elle été abordée sous l'angle de la pédopsychiatrie, la sociologie, le droit international, le droit européen, le droit étranger (droit canadien) et en droit interne dans sa grande diversité (histoire du droit, droit social, droit de la famille, droit pénal, protection de l'enfance, droit des affaires, droit du sport, droit de la santé, droit international privé). L'intitulé invitait à s'interroger sur le point de savoir si la multiplication de la référence à l'intérêt de l'enfant, dans la loi ou la jurisprudence, attestait réellement de sa prise en considération et de sa défense en pratique. Si l'intitulé pouvait conduire à ce que l'on discute d'une option : mythe ou réalité, les échanges et contributions ont conduit à conclure qu'il est tout autant un mythe qu'une réalité.

Cette notion protéiforme a fait l'objet récemment d'une enquête menée par le Conseil de l'Europe. Afin de comparer l'appréhension de ce concept par les différents Etats membres dans un champ défini celui des droits de l'enfant séparé des parents, le Conseil de l'Europe a sollicité des experts en ce domaine pour remplir deux questionnaires, l'un portant *sur les droits et l'intérêt supérieur de l'enfant dans les situations de séparation des parents* l'autre sur *l'intérêt supérieur de l'enfant dans les procédures de placement*. Le Conseil International sur la Résidence Alternée (CIRA qui est l'équivalent en français pour International Council on Shared Parenting – ICSP) reconnu comme ONG internationale avec statut participatif par le Conseil de l'Europe, depuis 2019, m'a sollicitée en cette qualité d'expert pour répondre aux deux questionnaires. Il ressort de l'enquête que les domaines relatifs à l'autorité parentale et celui relevant du domaine de la protection de l'enfance constituent des cadres privilégiés de la mise en œuvre du principe de primauté de l'intérêt de l'enfant. En effet, à la différence du contentieux relatif à la filiation où j'ai pu mettre en évidence une approche objective de l'intérêt de l'enfant, quasiment pas appréhendé, *a posteriori*, comme correctif judiciaire¹¹⁵, nombreux sont les textes qui font directement référence à la notion et commande aux juges

JurisData n° 2020-000852, *Dr. Fam.*, juin 2020, n°92 ; « [Mieux vaut une absence de père qu'un père affectif : Où est l'intérêt de l'enfant ?](#) », obs. sous TGI Meaux, 2^e ch. civ., 23 août 2019, n° 17/00311, JurisData n° 2019-017185, *Dr. Fam.*, nov. 2019, n°218 ; « [La vérité ou intérêt de l'enfant, mon cœur balance](#) », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 13 juill. 2016, FS-P+B, n° 15-22.848, *AJF*, 2016, 495 ; « [L'intérêt supérieur de l'enfant justifie une fois de plus la délivrance d'un laisser-passer pour un enfant issu d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger](#) », TA de Paris, ordonnance du 15 novembre 2011, n°1120046/9, *AJF*, 2012, p. 106 ; « [Droit de visite du père biologique présumé : recherche circonstanciée de l'intérêt de l'enfant](#) », obs. sous CEDH, 15 septembre 2011, Sheinder c. Allemagne, requête n°17080/07, *AJF* 2011, p. 496

¹¹³ Co-direction de thèse « [La protection de l'intérêt de l'enfant en droit pénal à travers la répression des atteintes à la filiation](#) », M. Haag, avec le professeur J.-P. Perrier et direction d'un mémoire de Master 2 « [Quelle place pour l'intérêt de l'enfant en droit de la filiation ?](#) », L. Randon.

¹¹⁴ C. Siffrein-Blanc, « [De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ?](#) », *In Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous dir. de A.-C. Réglie et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennnes, Collection Colloques et Essais, septembre 2018, p. 177-191.

¹¹⁵ C. Siffrein-Blanc, « [De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ?](#) », *In Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction de A.-C. Réglie et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennnes, collection Colloques et Essais, septembre 2018, p. 177-191.

(JAF ou JE)¹¹⁶ comme aux institutions¹¹⁷ de fonder leur décision sur l'intérêt de l'enfant. La notion apparaît alors comme un critère de choix et de mesure. Lorsqu'une mise en balance des intérêts doit être réalisée, au regard des circonstances de l'espèce, l'intérêt de l'enfant apparaît comme la variable d'ajustement entre les différents droits. L'intérêt de l'enfant est particulièrement exigé lorsqu'il s'agit de trancher un conflit parental relatif à la personne de l'enfant ou de prendre des mesures qui constituent une atteinte aux droits parentaux. Ainsi, est-il particulièrement mobilisé dans le cadre de la limitation de l'exercice¹¹⁸, de la titularité de l'autorité parentale¹¹⁹ ou de la détermination des relations parentales (réduction ou suppression du droit de visite des parents¹²⁰, attribution de droit à des tiers¹²¹).

Une approche duale du contenu. Si on tente de dresser un bilan, on peut aisément percevoir, que l'intérêt de l'enfant relève de deux orientations différentes, désormais combinées et interdépendantes¹²² :

- D'une part une formulation de dispositions ou de recommandations générales, ayant force plus ou moins contraignante, censées exprimer pour l'ensemble des enfants ce qu'est, dans telle ou telle situation, leur intérêt (l'approche abstraite)
- D'autre part, la responsabilité laissée à chaque décideur de déterminer, au cas par cas, l'intérêt supérieur de chaque enfant, en fonction des caractéristiques particulières de sa situation familiale ou de sa personnalité (l'approche concrète)

L'approche abstraite consiste à formuler des règles générales qui traduiraient une forme de réalité objective, transposable à tout enfant, de ce qu'est normalement ou habituellement son intérêt. Le législateur intègre dans la règle de droit *ab initio* ce qui serait de l'intérêt de l'enfant. On retrouve ce processus notamment en matière de filiation, lorsqu'il recherche par le jeu des prescriptions notamment un équilibre entre droit à l'identité et droit au respect de la

¹¹⁶ L'article 375-1 du code civil selon lequel « Le juge des enfants [...] doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant. » Dans le même esprit, selon une formulation différente, l'article 373-2-6 du Code civil, enjoint au juge aux affaires familiales de régler les questions relatives à l'autorité parentale « en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs.

¹¹⁷ Art. L112-4 CASF : « L'intérêt de l'enfant, la prise en compte de ses besoins fondamentaux, physiques, intellectuels, sociaux et affectifs ainsi que le respect de ses droits doivent guider toutes décisions le concernant. » Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, revient sur une approche considérée comme « familialiste » voire « parentaliste » place l'enfant au centre de l'intervention en modifiant l'article L 112-3 du Code de l'action sociale et des familles (CASF), et en désignant clairement l'enfant comme sujet de cette intervention.

¹¹⁸ Art. 373-2-1 du c. civ. C. Siffrein-Blanc, « [Le juge garant du principe de coparentalité : la cour de cassation veille !](#) » note sous Cass. 1^{ère} civ., 2 décembre 2020, 19-19.450, inédit, *Dr. fam.*, n°3, mars 2021, com. n° 36.

¹¹⁹ C. Siffrein-Blanc, « [Propos introductifs sur la protection de l'enfant](#) », *AJF*, juin 2017, 332, (avec E. Bonifay) ; « [Regards critiques sur les mesures de protection de l'enfant](#) », *AJF*, juin 2017, 333, (avec E. Bonifay) ; « [Clarifier les mesures de protection de l'enfant](#) », *AJ Fam.* juin 2017, 339 (avec E. Bonifay)

¹²⁰ Art. 373-2-1 du c. civ. C. Siffrein-Blanc, « [Droit de visite du père biologique présumé : recherche circonstanciée de l'intérêt de l'enfant](#) », obs sous CEDH Sheinder c. Allemagne, 15 septembre 2011, requête n°17080/07, *AJF* 2011, p. 496 ; C. Siffrein-Blanc, « [Restriction du droit de visite d'un père transsexuel : absence de discrimination](#) », obs. sous CEDH 30 novembre 2010, req. n° 35159/09, *AJF*, 2011, p. 48, C. Siffrein-Blanc, « [La fixation des modalités du droit de visite : un devoir pour le juge](#) », Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2011, n° 10-23.391, *AJF* 2012, p. 46.

Dans le cadre de sa jurisprudence sur la limitation des droits parentaux, la Cour européenne considère que les mesures d'assistance éducative fondées sur l'article 375 du Code civil poursuivent le but légitime de protéger les intérêts de l'enfant concerné (CEDH., Gnahoré, 19 septembre 2000, *RD publ.* 2001, p. 682, obs. A. Gouttenoire, CEDH Schmidt c/France, 26 juill. 2007, *RTD civ.*, 2007, p. 765, obs. J. Hauser.

¹²¹ Art. 371-4 du c. civ. Cass 1^{ère} civ., 27 mai 2010, n° 09-65838, *D.* 2011. Pan. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, C. Siffrein-Blanc « [Pas de délégation partage sans accord du parent !](#) », note sous Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2021, *Dr. fam.*, n°7-8, juillet-août 2021, com. n°110.

¹²² J.-L. Renchon, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant », *Petites Affiches*, 7 octobre 2010, n°200. p.29.

vie familiale ; en matière d'exercice de l'autorité parentale lorsqu'il pose le principe de l'exercice commun de l'autorité parentale, ou enserme dans des conditions restrictives les limitations portées à la titularité de l'autorité parentale (délaissement ou retrait). Cette détermination *a priori* de l'intérêt de l'enfant n'a presque plus jamais force contraignante absolue. En effet, la règle apparaît en réalité comme une « présomption simple » car elle ne sera applicable que pour autant que le juge n'en décide pas autrement soit en vertu d'un pouvoir qui lui est directement confié par le législateur soit en usant du contrôle de proportionnalité *in concreto* qui lui permet de s'assurer que la règle ne porte pas atteinte de façon disproportionnée aux droits et intérêts de l'enfant.

L'approche concrète consiste en revanche à partir du constat qu'il n'est pas possible ou qu'il n'est pas opportun de chercher à définir d'une manière générale une présomption de vérité de l'intérêt de l'enfant applicable. L'idée est qu'il serait alors plus respectueux de l'intérêt de l'enfant de déterminer une décision individualisée. C'est cette orientation qui prévaut dans les conflits parentaux ou lorsqu'il s'agit de déterminer les modalités de résidence de l'enfant de parents séparés, ou de protéger l'enfant du danger qu'il encourt et de prendre la mesure la plus appropriée à sa situation. Cela n'empêche pas le législateur, pour aider le juge à rechercher la solution la plus adéquate, d'édicter un certain nombre de critères qu'il pourra ou devra prendre en compte dans son travail d'élucidation de l'intérêt de l'enfant. C'est précisément ce que le législateur a fait à travers l'article 373-2-11 du code civil. Pour autant, il ressort des études menées sur la résidence alternée, que sous couvert d'une motivation fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant apprécié *in concreto*, les juges s'appuient parfois sur des appréciations abstraites et divergentes de l'intérêt de l'enfant¹²³ conduisant à une certaine insécurité juridique.

Si de toute évidence, ces deux approches de l'intérêt de l'enfant, parfois par leur complémentarité, ont dynamisé les droits de l'enfant, la question du respect effectif de ses droits se pose malgré tout. Est-il possible de considérer qu'aujourd'hui la notion suffit à garantir les droits contenus dans la CIDE ? Le système tel qu'il est conçu permet-il à l'enfant de lui garantir un processus d'identification à un homme et une femme, un droit aux relations directes et régulières avec ses figures d'attachement, son droit d'être protégé, d'être élevé dans une sphère familiale stable, pérenne et sécurisante ? Mes différentes recherches mettent en exergue un système qui peine à répondre de manière complète à l'ensemble de ces besoins spécifiques de l'enfant : s'identifier à un homme et une femme, grandir avec des repères stables solides, bénéficier d'une sécurité physique, morale et affective, et préserver ses différentes figures d'attachement¹²⁴. L'idéologie individualiste rend encore parfois difficile le centrage sur les besoins de l'enfant indépendamment des intérêts propres des adultes¹²⁵.

La diversité des personnes en charge d'apprécier l'intérêt de l'enfant. L'importance de la notion conduit inévitablement à s'interroger sur les personnes en charge d'apprécier légitimement cet intérêt. Les parents (voire l'un d'eux, selon les schémas familiaux), le juge ? Le législateur ? L'expert ? L'enfant lui-même ? L'intérêt de l'enfant a progressé dans les textes en même temps que l'on actait que les parents ne pouvaient plus être présumés

¹²³ C. Siffrein-Blanc, « Les critères de la mise en place de la résidence alternée : étude de décisions de cours d'appel (Bordeaux, Lyon, Aix-en-Provence, Versailles) », *Dr. fam.*, juillet-août 2019, dossier spécial, p. 15, n°28 ; B. Lehnisch en collaboration avec C. Siffrein-Blanc « Résidence alternée et intérêt de l'enfant : Parole de magistrats », *AJF*, à paraître, 2021.

¹²⁴ C. Siffrein-Blanc, « La mise en œuvre de la protection de l'enfance, regards croisés entre théorie et pratique », *Les dix ans des lois du 5 mars 2007*, colloque à l'Université d'Auvergne, mars 2017 ; N. Chapon, G. Neyrand, C. Siffrein-Blanc, *Les liens affectifs en famille d'accueil*, Erès, Collection « Enfance et parentalité », 2018.

¹²⁵ J.-L. Renchon, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant », *Petites Affiches*, 7 octobre 2010, n°200. p.29.

irréfragablement servir cet intérêt. L'enfant n'est plus la chose de ses parents. On comprend alors que les parents n'aient pas le monopole de la définition de l'intérêt de leur enfant. Si les parents sont toujours présumés les plus aptes à définir et juger des meilleures décisions à prendre concernant l'enfant, leur pouvoir n'est plus général et absolu, mais encadré de manière explicite et apparente par des injonctions législatives. *In fine*, c'est le juge (interne et européen), investi du pouvoir de contrôle, qui détermine les contours de la notion. S'il ne sait pas, il s'en remet, parfois au sachant pour l'éclairer. Mais le juge demeurera l'appréciateur final. L'enfant apparaissant de plus en plus comme un être, autonome appelant à l'émancipation, à la libération, à l'affirmation de soi, sa parole devient essentielle dans la détermination de son intérêt faisant de son audition un droit fondamental.

Jean Zermatten explique que l'obligation imposée aux institutions de statuer en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 3 de la CIDE) doit être corrélée avec le droit fondamental de l'enfant discernant d'être entendu (art. 12 CIDE).¹²⁶ Ces deux droits sont intimement liés. En effet, autant pour le Comité des droits de l'enfant que pour la Cour européenne des droits de l'homme, la parole de l'enfant n'est pas considérée comme un élément d'appréciation parmi d'autres pour déterminer son intérêt, mais bien comme l'élément déterminant¹²⁷.

L'enfant considéré comme discernant donc suffisamment mature pour évoquer ses besoins et son intérêt, doit être entendu par les institutions décisionnaires, afin qu'ils déterminent ensemble son intérêt supérieur. En somme, l'obligation qui pèse sur les décideurs d'évaluer le meilleur intérêt de l'enfant ne peut se faire sans écouter ce dernier.

2. L'audition de l'enfant

L'enfant mérite-t-il son étymologie ? Enfant nous vient du latin "infans", celui "qui ne parle pas", mais aussi du verbe grec "phémi" celui "qui ne sait manifester sa pensée par la parole". Pour autant, Platon affirmait que « la vérité sort de la bouche des enfants ? »¹²⁸. L'innocence de l'enfant incite les uns à prendre sa parole en considération ; son immaturité et sa dépendance conduisent d'autres à voir une incapacité de penser et de dire¹²⁹. C'est donc très progressivement que la question de l'audition de l'enfant s'est immiscée dans les procédures judiciaires. Longtemps, le droit civil ne s'est pas préoccupé de la parole de l'enfant, excepté en matière d'assistance éducative où le juge des enfants s'est vu imposer, dès l'ordonnance de 1958¹³⁰, de procéder à l'audition du mineur avant d'ordonner toute mesure d'assistance éducative¹³¹. Partie à la procédure, l'objectif était de considérer le mineur comme partie prenante, de recueillir son point de vue d'enfant sur les difficultés qu'il traversait au sein de sa famille, d'observer son comportement en présence de ses parents ou encore de rechercher son adhésion à la mesure d'assistance éducative autant que celle de ses parents¹³². Affirmé sans

¹²⁶ J. Zermatten, « L'intérêt supérieur de l'enfant », http://korczak.fr/m5prod/colloques_afjk/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/zermatten-jean_interet-superieur-enfant_2005_43p.pdf

¹²⁷ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14, Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 2013, § 43. V notamment CEDH Hokkanen c. Finlande, 23 septembre 1994, § 61 ; CEDH Bronda c. Italie, 9 juin 1998, § 62 ; CEDH Gnahoré c. France, 19 septembre 2000, § 61 et 63.

¹²⁸ Platon, *Le banquet*, 217e, IV^e s. av. J.-C.

¹²⁹ B. Mallevaey, « La parole de l'enfant en justice », *Recherches familiales*, vol. 9, no. 1, 2012, pp. 117-129.

¹³⁰ Ordonnance n°58-1301 du 23 décembre 1958.

¹³¹ Le code de procédure prévoyait à l'ancien article 1183 que « Le juge entend les père et mère, le tuteur ou la personne ou le représentant du service à qui l'enfant a été confié, ainsi que toute autre personne dont l'audition lui paraît utile. Il entend le mineur à moins que l'âge ou l'état de celui-ci ne le permette pas.

¹³² M. Crebassa, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et le juge des enfants », *AJF*, 2009, p. 328. E. Durand, « Parole de l'enfant : Brèves réflexions d'un juge des enfants sur l'audition en assistance éducative », *AJF*, 2014, p. 27.

ambiguïté dès l'origine, le principe de l'audition de l'enfant en assistance éducative assure une conformité de la législation française en ce domaine aux exigences de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant¹³³. Ces objectifs auraient sans doute pu être poursuivis plus largement et inciter le législateur à prévoir l'audition de l'enfant dans d'autres domaines que l'assistance éducative, mais il est longtemps resté passif. Il faut attendre la loi de 1975 sur le divorce¹³⁴ pour que soit reconnu au juge la faculté de procéder à l'audition de l'enfant si elle lui apparaissait nécessaire et qu'elle ne comportait pas d'inconvénients pour eux¹³⁵. A ce stade, la parole de l'enfant constituait un outil au service de la justice, laissée à la libre appréciation des magistrats.

L'impact de la CIDE. En droit civil de la famille, l'évolution de la place de la parole de l'enfant s'est faite sous l'impulsion de la Convention internationale des droits de l'enfant qui reconnaît à l'enfant doué de discernement la possibilité d'être entendu dans toute procédure le concernant. La chronologie parle d'elle-même. Après avoir signé et ratifié la CIDE en 1990¹³⁶, la France adopte, avec la loi du 8 janvier 1993¹³⁷, un principe général d'audition de l'enfant, au sein du code civil, à l'article 388-1¹³⁸. Deux ans après la reconnaissance par la Cour de cassation de l'applicabilité directe de certaines dispositions de la convention¹³⁹, le principe de l'audition de l'enfant fut renforcé par la loi du 5 mars 2007¹⁴⁰ et le décret du 20 mai 2009 en consacrant un véritable droit de l'enfant à être entendu dans les procédures le concernant à l'article 388-1 du code civil¹⁴¹. On est ainsi passé d'un élément d'appréciation, laissé à la discrétion du juge, à un « droit de l'enfant discernant » opposable au juge¹⁴².

¹³³ Art. 9 de la CIDE : « Les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident, sous réserve de révision judiciaire et conformément aux lois et procédures applicables, que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. [...] Dans tous les cas prévus au paragraphe 1 du présent article, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues ».

Article 12 de la CIDE : « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

¹³⁴ Loi n°75-617, 11 juillet 1975, portant réforme du divorce, *JO*, 12 juillet p. 7171 ; *D.* 1975, p. 247.

¹³⁵ Ancien article 290 3° du Code civil.

¹³⁶ La France a signé la Convention internationale des droits de l'enfant le 26 janvier 1990 et l'a ratifiée le 7 août 1990 ; la Convention est entrée en vigueur en France le 6 septembre 1990.

¹³⁷ 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 janvier 1993.

¹³⁸ Art. 388-1 ancien du code civil : « 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 la personne désignée par le juge à cet effet. Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. (...) »

¹³⁹ Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 2005, n°02-20.613, *JCP* 2005, II,1183, note F. Granet-Lambrechts et Y. Strickler ; *D.* 2005, 1909, note V. Egéa ; *Dr. fam.*, 2005, com. n°156, note A. Gouttenoire. A partir de 2005, la Cour de cassation a également admis que plusieurs dispositions de la Convention étaient directement applicables devant les juridictions françaises et que les particuliers pouvaient l'invoquer. Ainsi en est-t-il de l'article 3 concernant l'intérêt supérieur de l'enfant et l'article 12 sur le droit de l'enfant à s'exprimer sur toute question qui le concerne

¹⁴⁰ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, *JO*, 6 mars 2007.

¹⁴¹ Article 388-1 du code civil affirme que « 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 de l'enfant en justice, considérée comme une avancée essentielle des droits de l'enfant reposent donc sur deux sortes de dispositifs : l'un relevant du droit commun¹⁴³ s'appuyant sur l'article 388-1 du code civil et les articles 338 et suivants du code de procédure civile et l'autre sur des régimes spéciaux faisant de l'audition une obligation judiciaire¹⁴⁴ notamment en assistance éducative¹⁴⁵, mais également pour son émancipation¹⁴⁶ ou encore récemment pour son adoption¹⁴⁷. Plusieurs questions se posent alors : les dispositifs se complètent-ils ? Comment s'articulent-ils ? L'enfant discernant est-il toujours entendu ? Suffit-il de recueillir la parole du mineur ou de permettre à celui-ci d'être présent à l'audience pour instituer une participation de sa part au processus décisionnel qui soit adaptée et complète ?

L'audition de l'enfant, une pratique encore trop inégalitaire. Consciente de l'importance de ce droit fondamental de l'enfant d'être entendu, et des questions qu'il suscite, j'ai consacré une partie de mes travaux¹⁴⁸ à ce sujet et œuvré dans les méthodes de recherche à donner aux enfants une place importante à leur parole¹⁴⁹. Dans le cadre d'un programme financé de recherche collective et comparée portant sur le thème de « Accès à la justice des enfants et vulnérabilité » l'Université d'Ottawa (Canada), j'ai entrepris une investigation avec Madame le professeur Adeline Gouttenoire sur la « [pratique de l'audition de l'enfant dans la procédure](#)

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. ».

¹⁴² A. Leborgne, « La notion d'intérêt de l'enfant en droit interne, à partir de la place reconnue à la parole de l'enfant. *L'intérêt de l'enfant: mythe ou réalité?* » sous la direction de A.-C.Réglier et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, collection Colloques et Essais, septembre 2018, p.111.

¹⁴³ Décret n°2009-572, 20 mai 2009, relatif à l'audition de l'enfant en justice, *JO*, 24 mai 2009, p. 8649.

¹⁴⁴ E. Durand, « Brèves réflexions d'un juge des enfants sur l'audition de l'enfant en assistance éducative, *AJ Fam.*, 2014, p. 27.

¹⁴⁵ Pendant la phase de l'instruction, l'article 1182 du code de procédure civile prévoit que « Il entend ... le mineur capable de discernement »

A l'audience, l'article 1189 du code de procédure civile affirme que le mineur est entendu sans réserve de discernement (sauf dispense d'audience).

A plusieurs reprises la Cour de cassation a rappelé que l'audition du mineur dans la procédure d'assistance éducative est de droit et l'a qualifiée de mesure d'ordre public. Cass. 1^{ère} civ., 30 juin 1981 n°80-80.006, *Gaz. Pal*, 1982, 1, 391, note J. Massip ; Cass. 1^{ère} civ., 25 juin 1991, n°90-05.006 et 90-05.015, *D.*, 1992, 51.

¹⁴⁶ L'article 413-2 c. civ. l'émancipation ne pourra être prononcée par le juge qu'après audition du mineur. Selon l'article 1236 CPC avant la réunion du conseil de famille, si celui-ci est capable de discernement, le juge procède ou fait procéder à son audition.

¹⁴⁷ La loi n° 2016-297, *JO* n° 0063 du 15 mars 2016 a rendu obligatoire l'audition de l'enfant capable de discernement dans le cadre de la phase judiciaire de la procédure d'adoption. Selon l'article 353 du code civil, le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal (...).

¹⁴⁸ C. Siffrein-Blanc, « [La parole ... de l'enfant à son parent.- Regards et représentations croisés en accueil familial](#) », *La protection de l'enfance. La parole des enfants et des parents*, Lacharité C., Sellenet C., (dir), Centre d'études interdisciplinaires sur le développement de l'enfant et de la famille, Université des trois Rivières, Presses de l'Université du Québec, 2015, p. 99-110. (avec N. Chapon) ; Participation au colloque du 29 novembre 2019 à Bordeaux, Les 30 ans d'application de l'article 12 de la CIDE : la parole de l'enfant en justice ; Intervention consacrée aux « [différents dispositifs d'audition de l'enfant en France](#) » ; « [La pratique de l'audition de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative](#) », in *Accès à la justice des enfants et vulnérabilité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, à paraître en 2022; « [L'audition de l'enfant en assistance éducative : une obligation pour les juges d'appel sauf audition préalable ou absence de discernement dûment justifié](#) », note sous Cass. 1^{ère} civ, 2 décembre 2020 FS-P+I, n° 19-20.184, *Dr. fam.*, n°2, février 2021, com. n°18.

¹⁴⁹ Lors du projet de recherche financé par l'ONPE sur l'ensemble des deux départements, nous avons rencontré 71 enfants au total. Lors de ma participation au colloque du 21 novembre 2019 à Marseille, *les 30 ans de la CIDE quelle efficacité ? Avec quels acteurs ?*, avec le barreau de Marseille et l'EDA, l'intervention a été consacrée à « [La CIDE vue par les enfants : Présentation d'un projet pédagogique](#) ». Un film a été réalisé pour diffuser la parole des enfants.

d'assistance éducative »¹⁵⁰. Pour ce faire, une recherche qualitative de terrain a été menée, nourrie d'entretiens et de questionnaires afin de mettre en exergue les difficultés et les bonnes pratiques sur la question de la parole de l'enfant en protection de l'enfance. Par le biais d'un questionnaire de quarante-quatre questions et des rencontres individuelles, l'avis de différents professionnels (magistrats, avocats, cadres de l'aide sociale à l'enfance), a été recueilli concernant l'application de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dans le domaine spécifique de la protection de l'enfance. Les questions de nature mixte (questions fermées, choix multiples, questions ouvertes avec commentaires libres) étaient réparties en cinq grandes thématiques : 1) le discernement, 2) la place de l'enfant dans le choix de son audition, 3) le déroulement de l'audition, 4) l'assistance de l'enfant par un avocat à l'audition, 5) l'impact de l'audition sur la décision de justice et sur l'enfant. Les 98 réponses obtenues (29 de juges pour enfant, 28 d'avocats, 41 de professionnels de l'ASE) et les rencontres individuelles ont permis de mettre en lumière que, selon la catégorie de professionnels interrogés, les réponses à certaines questions variaient considérablement. La recherche montre que les droits des enfants d'être entendus, informés, protégés, ne sont pas toujours respectés dans la pratique. En effet, le droit de l'enfant à être entendu connaît une procédure différente selon que le contentieux relève de la compétence du juge des enfants (JE) ou du juge aux affaires familiales (JAF) conduisant à une différence de traitement procédurale importante. D'un côté, lorsque le JAF est compétent, l'enfant doit faire la demande auprès de ce dernier pour bénéficier de son droit à être entendu¹⁵¹. De l'autre, lorsque l'enfant est placé en assistance éducative, le juge des enfants étant compétent, l'audition s'impose indépendamment d'une demande sauf à justifier d'une absence de discernement¹⁵². Par ailleurs, à cela s'ajoute une divergence d'appréciation, entre les deux magistrats et au sein même des différentes juridictions, du critère commun justifiant l'audition qu'est la notion de discernement. Si en matière d'assistance éducative, l'audition de l'enfant semble plus systématique que devant le JAF, en ce qu'elle s'impose au juge et que certains d'entre eux entendent parfois tous les enfants indépendamment de l'exigence de discernement, il n'en demeure pas moins que ce critère reste différemment apprécié selon les tribunaux et les cabinets, conduisant à une inégalité de traitement dans l'exercice du droit de l'enfant à être entendu.

Enfin, les pratiques d'audition varient là aussi d'un juge à l'autre. Si le JAF peut déléguer l'audition, elle est toujours réalisée seul avec l'enfant. Pour le JE, il procède en revanche systématiquement à l'audition sans pouvoir la déléguer à un tiers mais la pratique souvent en présence des autres parties et notamment des parents. Les avocats et cadres ASE témoignent de ces pratiques très disparates d'un magistrat à un autre et des difficultés que cela génère : insécurité, impossibilité de préparer l'enfant, stress de l'enfant de se retrouver en présence de ses parents, difficulté pour l'enfant de libérer sa parole ce qui le conduit parfois à garder le silence. Ces pratiques avaient déjà été dénoncées, dans des précédents rapports¹⁵³ et l'étude le confirme. L'enfant semble donc encore trop sujet à des inégalités de traitement dans

¹⁵⁰ C. Siffrein-Blanc, « La pratique de l'audition de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative », in *Accès à la justice des enfants et vulnérabilité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, à paraître en 2022 (avec A. Gouttenoire).

¹⁵¹ C. Siffrein-Blanc, « Le droit d'être entendu, un droit absolu pour l'enfant discernant », note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 avr. 2021, n° 18-26.707, *Dr. fam.*, n°6 juin 2021 com. n°90

¹⁵² C. Siffrein-Blanc, « L'audition de l'enfant en assistance éducative : une obligation pour les juges d'appel sauf audition préalable ou absence de discernement dûment justifié », note sous Cass. 1^{ère} civ, 2 décembre 2020, n° 19-20.184, *Dr. fam.*, n°2, février 2021, com. n°18.

¹⁵³ Rapport transmis aux ministères des affaires sociales et de la santé et au ministère délégué chargé de la famille, « Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », sous la direction A. Gouttenoire, février 2014 (V. proposition n°14)

l'exercice de son droit à être entendu et donc dans l'évaluation qui en découle de son intérêt supérieur.

Le danger d'une responsabilisation excessive de l'enfant. Le droit d'être entendu peut-il être contraire à l'intérêt de l'enfant? Parmi les risques encourus par l'enfant dénoncé par la doctrine est de faire de ce dernier le responsable d'une décision que les adultes n'arrivent pas à prendre¹⁵⁴. S'il est ardemment rappelé que l'enfant doit être entendu, que sa parole doit être considérée tous les chercheurs sont unanimes pour affirmer que la parole doit être distinguée de la décision et qu'il faut clairement l'expliquer à l'enfant lui-même. Sauf exception, l'enfant ne doit pas être le décideur. Ses parents, le juge doivent trancher la question concernant l'enfant sans être lié par l'avis donné par l'enfant au risque de prendre une décision qui serait contraire à son intérêt. La dérive de la responsabilisation accrue trouve écho dans les décisions des hautes instances. Ainsi par exemple, la CEDH est parvenue à la conclusion que l'enfant âgée de 10 ans était devenue suffisamment mûre pour que l'on tienne compte de son avis et qu'il ne fallait dès lors pas autoriser des visites contre son gré¹⁵⁵. Récemment, le législateur s'avance dangereusement vers cette dérive notamment avec la place accordée à l'enfant dans la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel. Pèse sur l'enfant, non la décision, mais le poids de la judiciarisation du divorce de ses parents¹⁵⁶. Réel est le risque d'une dérive plaçant l'enfant dans le rôle d'un décideur assumant une responsabilité devant peser pourtant sur les adultes.

Désormais, l'enfant n'est plus seulement vu comme un homme parmi les autres, dont l'intérêt est ainsi ravalé à hauteur de celui des autres, mais comme un petit-homme qui doit être priorisé par rapport aux autres, son intérêt supérieur devant être la boussole décisionnelle et le critère de choix. Contrairement à ce que l'on pourrait de prime abord penser, la consécration des droits propres de l'enfant ne met pas fin à l'autorité parentale. Elle renforce au contraire les prérogatives des responsables légaux du mineur et l'attention portée à la protection de l'enfant¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Th. Moreau « Les risques d'effets pervers de la participation des enfants à la justice », <https://youtu.be/wuSz57sybGQ>

¹⁵⁵ CEDH Hokkanen c/ Finlande, 23 septembre 1994, §61.

¹⁵⁶ A. Leborgne, « La notion d'intérêt de l'enfant en droit interne, à partir de la place reconnue à la parole de l'enfant. *L'intérêt de l'enfant: mythe ou réalité?* » sous la direction de A.-C. Réglier et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, collection Colloques et Essais, septembre 2018, p.111.

¹⁵⁷ C. Flore, « Les droits fondamentaux de l'enfant et de ses parents, cadre de l'action publique », *Comprendre la protection de l'enfance. L'enfant en danger face au droit*, sous la direction de F. Capelier Paris, Dunod, « Guides Santé Social », 2015, p. 35-94. URL : <https://www.cairn.info/comprendre-la-protection-de-l-enfance--9782100717972-page-35.htm>

B. L'enfant objet de protection

Sous l'influence des droits et libertés fondamentales, de l'individualisme, confrontés aux mutations des modèles familiaux, aux désunions et recompositions familiales, les relations parents-enfants sont depuis de nombreuses années en quête de repères¹⁵⁸. Pendant des siècles, l'autorité familiale s'incarnait dans la figure du père. La position du chef de famille était considérée comme une fonction sociale dont le titulaire naturel est le père. Les trois attributs de la puissance paternelle définis par le Code civil de 1804 se trouvaient dans le droit de garde, le droit d'éducation et le droit de correction. Si la puissance paternelle était envisagée comme un pouvoir pendant plus d'une grande partie du XIXe siècle, à partir de la fin du XIXe siècle, une remise en cause progressive de cette puissance se dessine marqué par l'émergence de l'intérêt de l'enfant, et des principes d'égalité et de démocratie familiale. Ainsi, l'évolution des rapports au sein du couple, la suppression progressive de l'incapacité de la femme, l'émergence des droits de l'enfant, rendaient difficile le maintien de la domination du père en tant que chef de famille.

La relation parent-enfant a donc beaucoup évoluée ; il est loin le temps où l'on considérait que tout ce qui se passe dans la famille est strictement privé et que l'État n'y a aucun droit de regard.

Bien sûr, l'interdiction d'ingérence dans la vie privée et familiale reste un principe fondamental et c'est heureux. Mais tous les débats que l'on a sur la protection des enfants touchent justement aux limites de l'ingérence des pouvoirs publics dans la sphère familiale.

La nécessité d'accorder une protection spéciale à l'enfant, laquelle va au-delà des besoins purement fondamentaux, voire vitaux, a été énoncée dès la Déclaration de Genève de 1924 sur les droits de l'enfant. Elle fut répétée dans la Déclaration des droits de l'enfant adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1959, puis fut reconnue dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (en particulier aux articles 23 et 24) et dans le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (en particulier à l'article 10).

La reconnaissance de ce besoin de protection spécifique est rappelée dès le préambule de la Convention internationale des droits de l'enfant. Selon la Convention, en raison de son manque de maturité physique et intellectuelle, l'enfant, a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux, notamment d'une protection juridique appropriée, avant comme après la naissance.

La Convention procède à une hiérarchisation des responsables en charge de la protection de l'enfant. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents (art. 3, 5 et 18) lesquels doivent être guidés par l'intérêt supérieur de l'enfant. Les Etats doivent donc s'employer à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. Si protéger l'enfant c'est le confier à la responsabilité commune de ses parents, le protéger peut aussi signifier le préserver de sa famille. En effet, il convient effectivement de l'assurer contre tout risque. Un risque extérieur au cercle familial, mais qui peut aussi être dû à des négligences familiales, des carences et a fortiori des maltraitances. A ce titre la Convention précise que « les Etats parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être, compte tenu des droits et des devoirs de ses parents [...] ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées » (art. 3.2.). De façon subsidiaire, la protection de l'enfant repose sur une

¹⁵⁸ J.-P. Agresti, « La quête de repères dans les rapports parents et enfants : approche historique depuis la fin du XVIIIème siècle », In *Les rapports parents-enfants en quête de repères*, sous la direction E. Putman, J.-P. Agresti et C. Siffrein-Blanc, PUAM, 2011.

responsabilité collective à la charge des Etats. Contrairement à ce que pensait Locke, si les parents sont les premiers garants des droits de l'enfant, certains sont incapables de remplir leurs obligations (négligences, carence, maltraitance) mettant en danger leur enfant. Aussi, l'intervention de l'État comme garant des droits de l'enfant s'impose.

L'État non seulement *peut* faire ingérence dans la vie privée de la famille, mais dans certains cas *doit* le faire sous peine de violer les droits de l'Homme (art. 8 CEDH) et de l'enfant (art. 16 CIDE). Et ce au nom du respect de la vie privée de l'enfant (qui comprend le respect de son intégrité physique et psychique). Il s'agit même d'une obligation positive et pas seulement d'une interdiction (abstention de faire immixtion) ! L'obligation d'intervenir est une chose, la manière d'intervenir en est une autre¹⁵⁹.

La question de l'étendue de l'intervention se pose alors avec acuité : l'intervention doit-elle être exceptionnelle ou au contraire l'Etat peut-il se substituer aux parents dès lors que le bien-être de l'enfant semble l'exiger ? Ainsi se dessine une tension entre puissance publique, droits des parents et droits de l'enfant à laquelle le législateur, et la jurisprudence interne et européenne en particulier tentent d'apporter un équilibre en définissant la place des parents et le rôle de l'Etat dans la garantie des droits de l'enfant. La jurisprudence de la Cour européenne a fortement contribué à affirmer le caractère d'exception de l'interventionnisme étatique, et condamne régulièrement les Etats lorsqu'ils participent à des ruptures trop promptes avec la famille d'origine¹⁶⁰. Les parents sont présumés être les mieux placés pour protéger et éduquer l'enfant. Il est du devoir de la collectivité de les aider dans l'accomplissement de leurs obligations, mais ce n'est que lorsque, par leur comportement, ils mettent en danger les droits fondamentaux de l'enfant, que l'Etat est légitime à intervenir¹⁶¹.

Nombreuses sont mes recherches portant sur l'effectivité de la protection accordée à l'enfant tantôt prioritairement assurée par une responsabilité parentale commune (1) tantôt subsidiairement garantie par la collectivité publique (2).

1. Une responsabilité parentale commune ?

Le droit d'être élevé par ses deux parents. La Convention internationale des droits de l'enfant, prévoit en son article 7 que l'enfant doit dans la mesure du possible, être élevé par ses deux parents et impose au Etat en son art. 9, § 3, de respecter le droit de l'enfant, séparés de ses parents, d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec eux, sauf si cela est contraire à son intérêt supérieur. Ainsi, non seulement l'enfant a un droit propre à être élevé par ses deux parents et à entretenir des relations avec eux deux mais les États sont débiteurs d'une législation permettant de garantir et d'assurer l'effectivité de ce droit. La responsabilité première des Etats est de veiller à ce que les enfants, confrontés aux mutations des modèles familiaux, aux désunions et recompositions familiales, puissent être élevés par leurs deux parents dans la mesure du possible. L'intérêt de l'enfant doit finalement toujours primer sur l'exercice de la liberté des parents.

Par ailleurs, l'article 8 de la CEDH protège le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses parents après leur séparation. Mettant le critère de l'intérêt supérieur de l'enfant au centre de son raisonnement, la Cour européenne rappelle que cet intérêt doit être apprécié *in*

¹⁵⁹ B. Van Keirsbilck « Enfants, Familles, Etat. Branle-bas de combat » in Enfants, Familles, État : Les droits de l'enfant en péril ?, IUKB, 2014, p.139.

https://www.childsrightrights.org/documents/publications/livres/2014_EnfantsFamillesEtat.pdf

¹⁶⁰ CEDH, Gde ch., 10 sept. 2019, n° 37283/13, *Dr. fam.* 2019, chron. 5, spéc. n° 7 obs. A. Gouttenoire ; CEDH M.L., 22 déc. 2020, n° 64639/16 ; CEDH *morefe c/ Espagne*, 23 juin 2020, n° 69339/16.

¹⁶¹ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002, p. 54.

concreto. En posant le principe selon lequel l'inégalité de traitement dans l'attribution des droits parentaux, fondée sur un critère général et abstrait constitue une violation des articles 8 et 14 combinés¹⁶², elle consacre directement le droit pour l'enfant à être élevé par ses deux parents à moins que son intérêt concret justifie une différence de traitement dans l'attribution des droits parentaux.

Coparentalité effective ? En droit interne, la première grande révolution en la matière est intervenue avec la loi du 4 juin 1970 qui supprime la notion symbolique de puissance paternelle pour lui substituer la notion d'autorité parentale. Pourtant, seul le mariage accordait aux parents le droit d'exercer en commun leur autorité parentale (ancien art. 372). Pour les parents non mariés ayant établi chacun le lien de filiation à l'égard de l'enfant, l'exercice était par principe exclusivement réservé à la mère à moins que le tribunal n'en décide autrement (ancien art. 374). Seule la légitimation des enfants naturels par mariage de leur parent (ancien art. 330) permettait de faire bénéficier à l'enfant naturel légitimé des mêmes droits et devoirs que l'enfant légitime, sans être obligé de saisir un juge. Il faudra attendre la loi du 4 mars 2002, après plusieurs réformes¹⁶³, pour qu'un réel principe de coparentalité pour tous les enfants soit reconnu, indépendamment de la situation conjugale des parents¹⁶⁴. Selon le nouvel article 372 du code civil : « *Les père et mère exercent en commun l'autorité parentale* ». Le couple conjugal n'apparaît plus comme une condition du couple parental. Soucieux toutefois de confier l'exercice de l'autorité parentale à un parent ayant manifesté un intérêt pour l'enfant, le législateur a maintenu une exception au principe de coparentalité lorsque le lien a été établi tardivement, à savoir plus d'un an après la naissance ou de façon forcée¹⁶⁵. Mais de façon classique, le législateur a conservé, pour rétablir l'exercice conjoint de l'autorité parentale, la déclaration conjointe des parents (qu'il a au fil du temps simplifiée) et la décision judiciaire. Ces deux modes sont selon la Cour de cassation des modes optionnels de rétablissement de l'exercice conjoint laissés au libre choix des parents¹⁶⁶. Si les lois successives relatives à l'exercice conjoint de l'autorité parentale ont cessé de faire de l'exercice de l'autorité parentale un enjeu¹⁶⁷ et répondent ainsi au principe, la question de

¹⁶² CEDH Hoffmann c/ Autriche du 23 juin 1993, req. n° 12875/87 : D., 1994, p. 326, obs. J. Hauser ; RTDH, 1994, p. 405, obs. J. Morange.

¹⁶³ La loi du 22 juillet 1987 va offrir un moyen supplémentaire moins contraignant que le mariage pour y parvenir : le recours à la déclaration conjointe. Poursuivant dans sa volonté de renforcer le principe de coparentalité, notamment au sein du couple non marié, la loi du 8 janvier 1993 modifia l'article 372 du code civil. A côté de l'automatisme de l'exercice en commun de l'autorité parentale reconnu aux parents mariés, le législateur a admis pour la première fois un exercice conjoint déjudiciarisé dans la famille naturelle lorsque les parents avaient tous deux reconnu l'enfant avant qu'il n'ait atteint l'âge d'un an et qu'ils vivaient en commun lors de l'établissement des deux liens de filiation. A défaut de remplir ces conditions, l'exercice restait confié à la mère sauf déclaration conjointe devant le JAF, décision judiciaire contraire (ancien art. 374), ou légitimation par mariage.

¹⁶⁴ A. Gouttenoire-Cornut, « La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.*, 2002, chron. 24.

¹⁶⁵ Article 372 al. 2 du Code civil. C. Daadouch, *L'autorité parentale*, éd. MB Formation, coll. Droit, Mode d'emploi, 2003, p. 13 ; H. Fulchiron, « L'autorité parentale rénovée », *Rép. Defrénois*, 2002, doct. art. 37580, p. 959.

¹⁶⁶ C. Siffrein-Blanc, « *Insuffisance du mariage à assurer la coparentalité* », Cass. 1^{re} civ., avis, 23 sept. 2020, n° 20-70.002, JurisData n° 2020-014721, *JCP G.* 21 décembre 2020, 1449 ; V. V. Egéa, *Dr. fam.*, n° 12, Décembre 2020, comm. 161, « Saisine du JAF par requête conjointe en vue d'une attribution de l'exercice conjoint de l'autorité parentale ».

¹⁶⁷ La loi du 4 mars 2002 pose comme principe l'exercice commun de l'autorité parentale entre père et mère en cas de séparation : elle s'applique dans 98 % des divorces et 93 % des séparations de parents non mariés. A. Régnier-Loilie, « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *Population et société*, mai 2013
https://www.ined.fr/fichier/s_rubrique/19168/population_societes_2013_500_peres_enfants.fr.fr.pdf

l'effectivité de la responsabilité parentale conjointe se déplace sur le terrain des modalités de son exercice et tout particulièrement de la résidence. L'exercice conjoint de l'autorité parentale reste indissolublement lié à la résidence de l'enfant. Si les actes importants sont pris en concertation par les deux parents (art.372-2 c. civ.), les actes usuels sont fonction du temps partagé avec l'enfant ce qui fait du parent hébergeant le décideur unique du quotidien de la vie de l'enfant. Les actes usuels, qui rythment la vie de l'enfant sont nombreux et indéfectiblement liés à la résidence de l'enfant et du temps passé avec ce dernier.

Si l'exercice du droit de visite et d'hébergement ne peut être refusé au parent sauf motifs graves (art.373-2-1 c. civ.), la loi ne prévoit pas de principe relatif à la résidence des enfants. Bien qu'en augmentation ces dernières années, la résidence alternée reste rare, la résidence étant majoritairement fixée chez la mère (dans 7 cas sur 10)¹⁶⁸ et la résidence confiée au père constitue l'exception. En cas de séparation, l'exercice effectif des responsabilités éducatives par le père est mis à l'épreuve par l'absence de vie quotidienne avec l'enfant.

Après avoir longtemps été décriée¹⁶⁹, l'alternance semble pourtant être considérée comme un des moyens de garantir une véritable coparentalité¹⁷⁰. En effet, la résidence alternée constitue le moyen concret de restaurer les fonctions biparentales et de lutter contre la démission de certains parents¹⁷¹. Elle permet à chacun des parents d'exercer de façon effective son autorité parentale conjointe et constitue l'outil le plus abouti de la coparentalité. Les articles 7 et 9 de la CIDE, affirmant le droit de l'enfant de ne pas être séparé de ses parents, d'être élevés par eux dans la mesure du possible et d'entretenir des relations avec eux, définit abstraitement l'intérêt de l'enfant comme devant passer le plus de temps avec chacun de ses parents. La résidence alternée est analysée comme le mécanisme permettant le respect de ses droits fondamentaux et donc de son intérêt¹⁷².

A la différence de certains États européens¹⁷³, qui posent la résidence alternée comme le mode prioritaire d'hébergement, le droit français, depuis l'entrée en vigueur de l'article 373-2-9 du

¹⁶⁸ A. Régnier-Loilie, « Quand la séparation des parents s'accompagne d'une rupture du lien entre le père et l'enfant », *op. cit.*

¹⁶⁹ La Cour de cassation avait condamné l'idée d'une garde alternée (Cass. 2^{ème} civ., 2 mai 1984, *JCP éd. G.*, 1985, II, 20412, obs. A. Dekeuwer ; *RTD civ.*, 1984, p. 691, obs. R. Nerson et J. Rubellin-Devichi) et la loi du 22 juillet 1987 avait exigé expressément que soit fixée la résidence habituelle de l'enfant chez un seul parent. V. V. Bonnet, *Droit de la famille*, éd. Paradigme, 2007, n°235 ; P. Hilt, « Résidence alternée : Le point sur une jurisprudence partagée », *AJF*, 2001, p. 43.

¹⁷⁰ E. Mulon-Monteran, « La nouvelle autorité parentale », *RJPF*, avril 2002, p. 6.

¹⁷¹ H. Fulchiron, note sous CA Lyon, 5 octobre 1993, *JCP éd. G.*, 1994, II, 22231 : « Comment peut-il vraiment y avoir coparentalité, s'il n'y a pas de partage de la vie quotidienne » ; C. Briere, « La coparentalité : mythe ou réalité ? (Commentaire de la loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale), *RD sanit. soc.*, 2002, p. 567 ; G. Neyrand, *L'enfant face à la séparation des parents. Une solution, la résidence alternée*, éd. Syros, coll. Alternatives sociales, 2001, 248 pages ; M. Grangeat, « Résidence alternée : État des lieux des pratiques et des recherches », *Dr. fam.*, juillet-août 2019, n°2.

¹⁷² CA Versailles, 9 février 2017, *Juris-data* n° 2017-002293 ; CA Versailles, 26 mars 2017, *Juris-data* n° 2017-009234.

¹⁷³G. Kessler, « Les facteurs de développement de la résidence alternée en droit comparé », *Dr. fam.*, juillet-août 2019, n°29.

Ancel, « La résidence alternée : panacée ou pis-aller ? », *AJF*, 2015. 213. En droit belge, l'article 374, § 2, alinéa 2, du code civil belge, « à défaut d'accord, en cas d'autorité parentale conjointe, le tribunal examine prioritairement, à la demande d'un des parents au moins, la possibilité de fixer l'hébergement de l'enfant de manière égalitaire entre ses parents ». L'article 374, § 2, alinéa 4, du même code précise que « si le juge choisit de s'écarter du modèle législatif, il doit spécialement motiver sa décision, en tenant compte des circonstances concrètes de la cause, de l'intérêt des enfants et, importante innovation, de celui des parents.

De même, aux Pays-Bas, une loi de 2009 prévoit le droit pour l'enfant à être élevé de façon égalitaire par les deux parents, la présomption de résidence alternée instaurée par le législateur pouvant être renversée en cas de danger pour l'enfant ou lorsque celui-ci est pris dans un conflit de loyauté.

code civil¹⁷⁴, issu de la loi du 4 mars 2002, reconnaît la résidence alternée comme une branche de l'alternative offerte au juge et aux parents lorsqu'ils doivent fixer la résidence de l'enfant. Si récemment, une proposition de loi du 17 octobre 2017,¹⁷⁵ visait à poser la résidence alternée comme principe en cas de séparation des parents, elle fut finalement retirée tant elle suscita de polémiques. Ni posée comme un principe ni comme une modalité à privilégier, le juge français choisit la résidence alternée ou la résidence habituelle en veillant spécialement à la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant¹⁷⁶. Si la résidence alternée n'est ni la solution miracle ni une mauvaise solution, elle est en revanche *a priori* la plus à même de permettre à l'enfant de se construire sur les deux « piliers » que représentent ses parents. Or il ressort des deux études menées sur le sujet, que l'appréciation des éléments par le juge pour fixer la résidence de l'enfant ne sont pas uniformément appréhendée¹⁷⁷. Une interprétation plus ou moins stricte des critères permettant l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, tels que l'âge de l'enfant, la mésentente des parents, la proximité des domiciles, la plus grande disponibilité des parents, donne lieu ainsi à des divergences de jurisprudence marquant soit une résistance plus forte à l'égard de la résidence alternée soit une faveur plus marquée à ce mode de résidence¹⁷⁸. Le déséquilibre constaté dans l'exercice des modalités de l'autorité parentale conjointe a conduit à de nombreuses réflexions portant notamment sur l'émergence d'un principe de résidence alternée et sur la qualification des termes employés (le terme « droits de visite et d'hébergement »¹⁷⁹ étant indifféremment employé pour le parent exerçant l'autorité parentale comme pour celui qui ne l'exerce pas). Pour preuve, trois récentes propositions de loi¹⁸⁰, proposent de fixer dans la loi le modèle de résidence alternée¹⁸¹. Les juges interrogés sont unanimement hostiles à une modification de la

¹⁷⁴ Article 373-2-9 du code civil relève que, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux.

¹⁷⁵ Proposition de loi n° 307 relative au principe de la garde alternée des enfants, 17 oct. 2017, Doc. AN, XV^e législature. Cette proposition a été largement réécrite par la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République dont le rapporteur fut le député Vincent Bru. En effet, à l'issue des travaux de la Commission, la proposition de loi ne visait plus qu'à instaurer une double résidence de l'enfant, supprimant par là même les notions de « résidence habituelle » et de « droit de visite et d'hébergement ». P. Hilt, « Réflexions autour d'une (énième !) proposition de loi visant à généraliser la résidence alternée », *RTD civ.* 2019 p.55

V. également Proposition de loi n° 309 visant à préserver l'autorité parentale et à privilégier la résidence alternée pour l'enfant en cas de séparation des parents, 24 oct. 2012, Doc. AN, XIV^e législature.

Proposition de loi n° 1369 visant à promouvoir la résidence alternée, le recours aux dispositifs de médiation et l'équitable implication des parents dans l'accompagnement et la prise en charge de leur enfant en cas de divorce ou de séparation, 18 sept. 2013, Doc. AN, XIV^e législature.

Proposition de loi n° 1856 relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant, 1^{er} avr. 2014, Doc. AN, XIV^e législature.

¹⁷⁶ Art. 373-2-6 du code civil

¹⁷⁷ B. Lehnisch en collaboration avec C. Siffrein-Blanc « Résidence alternée et intérêt de l'enfant : Parole de magistrats », *AJF*, à paraître, 2021. C. Siffrein-Blanc, « Les critères de la mise en place de la résidence alternée : étude de décisions de cours d'appel (Bordeaux, Lyon, Aix-en-Provence, Versailles) », *Dr. fam.*, juillet-août 2019, dossier spécial, p. 15, n°28

¹⁷⁸ C. Siffrein-Blanc, « Les critères de la mise en place de la résidence alternée : étude de décisions de cours d'appel (Bordeaux, Lyon, Aix-en-Provence, Versailles) », *op. cit.*

¹⁷⁹ Rapport du groupe de travail «Médiation familiale et contrats de co-parentalité» sous la Présidence de Marc Juston, mis en place par Mme Dominique Bertinotti le 21 octobre 2013, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000530.pdf>; A. Leborgne, « Médiation familiale et co-parentalité : les 31 propositions », *RJPF*, 2014.

¹⁸⁰ Proposition de loi n° 3163 favorisant l'émergence d'un modèle de coparentalité dans l'intérêt supérieur de l'enfant, portée par Sophie Auconie, le 30 juin 2020 ; Texte n° 628 (2019-2020) de Mme Hélène Conway-Mouret, Proposition de loi, « relative à la médiation familiale et au principe de résidence alternée des enfants de parents séparés », <https://www.senat.fr/leg/pp19-628.html>. ; Proposition de loi visant à permettre à l'enfant de maintenir des liens équilibrés avec ses deux parents en cas de litige sur son mode de résidence, déposée par le député Grégory Labille, le 9 février 2021.

loi de 2002. En effet, ils craignent qu'une telle évolution du cadre juridique fasse dériver le débat judiciaire vers un combat entre les parents alors que ce débat doit exclusivement porter sur le bien-être de l'enfant¹⁸². Toutefois, le changement du code civil, en faveur d'un temps partagé le plus équilibré possible, pourrait conduire les juges à modifier et harmoniser leurs pratiques mais, selon nous, il aurait surtout pour mérite d'inciter les pères à formuler auprès d'eux des modes de résidence leur permettant de conserver des liens plus étroits avec leur enfant. Il ne s'agirait pas de revendiquer une vaine égalité de principe, et « le parent roi »¹⁸³ mais de prendre conscience qu'il en va de l'intérêt de l'enfant d'entretenir les liens étroits et stables avec ses deux parents.

Forte des recherches réalisées sur le sujet, j'ai été consultée par Mme la Sénatrice Hélène Conway-Mouret sur la proposition de loi déposée par ses soins afin de travailler la réécriture du texte. Des réunions de travail ont ainsi été programmées et une future audition est envisagée auprès de la Délégation du droit des femmes et de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes du Sénat.

La reconnaissance par la CIDE d'une responsabilité parentale conjointe dans l'éducation de l'enfant pose la question de cette co-responsabilité vis-à-vis des tiers. Etant titulaires d'une responsabilité commune, ne devrait-il pas en être tous les deux débiteurs ?¹⁸⁴.

Responsabilité civile commune ? Jusque dans les années cinquante, le fondement de la responsabilité civile des parents du fait de leurs enfants, prévue à l'ancien article 1384 alinéa 4 et repris à l'article 1242 alinéa 4 du code, reposait sur une présomption de faute. Le raisonnement était le suivant. La loi présumait que les parents exerçant l'autorité parentale n'avaient pas suffisamment surveillé (*culpa in vigilando*) ou avaient mal éduqué leurs enfants mineurs (*culpa in vigilando*). A partir de ce fondement, l'obligation de réparer disparaissait si les parents démontraient qu'ils n'avaient pas commis de faute d'éducation et de surveillance¹⁸⁵.

La jurisprudence est venue profondément transformer l'économie de cette responsabilité. L'examen des décisions de la Cour de cassation de ces dernières années montre une nette tendance à l'accroissement du devoir de responsabilité civile des parents¹⁸⁶, notamment en

¹⁸¹ P. Hilt « Réflexions autour d'une (énième !) proposition de loi visant à généraliser la résidence alternée », *RTD civ.*, 2019. 55.

¹⁸² B. Lehnisch en collaboration avec C. Siffrein-Blanc « [Résidence alternée et intérêt de l'enfant : Parole de magistrats](#) », *AJF*, à paraître, 2021 ; Voir également Rapport du groupe de travail « Médiation familiale et contrats de co-parentalité » sous la Présidence de M. Juston, mis en place par Mme Dominique Bertinotti le 21 octobre 2013, <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/144000530.pdf>; A. Leborgne, « Médiation familiale et co-parentalité : les 31 propositions », *RJPF*, 2014.

¹⁸³ B. Beignier, « De « l'enfant roi » au « parent roi » ? », *Dr. fam.*, n° 1, Janvier 2012, repère 1.

¹⁸⁴ G. Hilger, « La responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur sous l'angle de la résidence alternée », *AJF.*, 2018 p.278.

¹⁸⁵ P. Malaurie, L. Aynes et P. Stoffel-Munck, *Les obligations*, éd. Defrénois, coll. Droit civil, 3^{ème} éd., 2007, n°150.

¹⁸⁶ V. notamment G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, (dir.) Jacques Ghestin, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°870 ; P. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, PUF, coll. Que-sais-je ?, 2003, p. 84 ; M.-Ch. Lebreton, *L'enfant et la responsabilité civile*, préf. Y. Flour, Publications des Universités de Rouen et du Havre, 1999, n°20 et suivant ; F. Boulanger, « Autorité parentale et responsabilité des père et mère des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002 », *D.*, 2005, p. 2245 ; J.-B. Thierry, « Le rôle de l'autorité parentale dans la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs », *Petites Affiches*, 7 janvier 2008, n°5, p. 4 ; M. Poumarede, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », *In Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, éd. Dalloz, 2007, p. 839 ; A. Sériaux, « L'avenir de la responsabilité civile. Quel(s) fondement(s) ? », *Resp. civ. et ass.*, juin 2001, hors-série, p. 58 ; J.-Cl. Bizot, « La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur : de la faute au risque », *In Rapport de la Cour de cassation, La responsabilité*, 2002, La documentation française, p. 157 ; F. Alt-Maes, « La garde, le

abandonnant toute analyse fondée sur l'examen concret des conditions réelles d'exercice de l'autorité parentale¹⁸⁷. Ainsi a-t-elle modifié la conception que l'on pouvait avoir jusque-là de la responsabilité civile des parents puisque d'une présomption de faute, on est passé à une responsabilité de plein droit¹⁸⁸, personnelle et directe, indépendante de la responsabilité personnelle de l'enfant¹⁸⁹. La faute étant écartée, il reste trois conditions cumulatives exigées pour que joue la responsabilité des parents du fait de leur enfant : la minorité de l'enfant, l'exercice de leur autorité parentale et la cohabitation. La responsabilité des parents n'est donc pas liée à la seule qualité de parent mais dépend de l'exercice de l'autorité parentale par les parents et de leur cohabitation avec l'enfant¹⁹⁰. La jurisprudence a été conduite à redéfinir la notion de cohabitation passant d'une appréciation *in concreto* à une appréciation *in abstracto*. Si à l'origine, la cohabitation s'entendait comme la présence effective des parents au moment du fait dommageable commis par leur enfant mineur¹⁹¹, désormais, elle fait référence à la « résidence habituelle de l'enfant », entendue dans son sens juridique¹⁹². Autrement dit, la

fondement de la responsabilité du fait du mineur », *JCP éd. G.*, 1998, I, 154 ; F. Chabas, « L'enfant et l'accident », *AJF*, septembre 2004, n°9, p. 312 ; M. Xposito, « La vulnérabilité dans la responsabilité civile délictuelle », *In Vulnérabilité et droit, le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, (dir.) F. Cohet-Cordey, éd. PUG, coll. Ecole doctorale, 2000, p. 213.

¹⁸⁷ Ch. Rade, « La responsabilité civile des père et mère. De l'autorité parentale à la responsabilité parentale », *In L'autorité parentale en question*, F. Dekeuwer-Défossez et C. Choain (Eds), LERADP, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, PU Septentrion, 2003, p. 81.

¹⁸⁸ Cass. 2^{ème} civ., 19 février 1997, *Bertrand*, *JCP éd. G.*, 1997, II, 22848, concl. R. Kessous et note G. Viney ; *D.*, 1997, jur., p. 265, note P. Jourdain ; *D.*, 1997, jur., p. 290, obs. D. Mazeaud. V. Ch. Rade, « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui (apologie de l'arrêt Bertrand, deuxième Chambre civile, 19 février 1997) », *D.*, 1997, chr., p. 279. L'examen de la jurisprudence montre qu'il est presque impossible pour les parents de prouver que le fait de l'enfant présentait, à leur égard, les caractères de la force majeure. V. notamment Cass. crim., 25 mars 1998, *JCP éd. G.*, 1998, II, 10162, note M. Huyette ; *RTD civ.*, 1998, p. 918, obs. P. Jourdain ; Cass. 2^{ème} civ., 2 décembre 1998, *JCP éd. G.*, II, 10165, note M. Josselin-Gall ; Cass. 2^{ème} civ., 9 mars 2000, *JCP éd. G.*, 2000, I, 241, n°20, obs. G. Viney ; Cass. 2^{ème} civ., 20 avril 2000, *D.*, 2000, jur., p. 468, obs. P. Jourdain. V. F. Chabas, « Cent ans d'application de l'article 1384 du Code civil », *Resp. civ. et ass.*, juin 2001, hors-série, p. 41.

¹⁸⁹ Cass. Ass. Plénière, 9 mai 1984, *D.*, 1984, jur., p. 525, concl. J. Cabannes ; *D.*, 1984, jur., p. 530, note F. Chabas ; *JCP éd. G.*, 1984, II, 20255, note N. Dejean De la Bâtie ; *RTD civ.*, 1984, p. 508, obs. J. Huet. V. R. Legeais, « Le mineur et la responsabilité civile. A la recherche de la véritable portée des arrêts d'Assemblée plénière du 9 mai 1984 », *Ecrits en hommage à Gérard Cornu, Droit civil, procédure, linguistique juridique*, PUF, 1994, p. 253.

Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2001, *D.*, 2001, jur., p. 2851, rapp. P. Guerder ; *D.*, 2001, jur., p. 2854, note O. Tournafond ; *JCP éd. G.*, 2001, II, 10613, note J. Mouly ; *JCP éd. G.*, 2002, I, 124, n°20, obs. G. Viney. V. J. Julien, « Remarques en contrepoint sur la responsabilité des parents. (A propos de Cass. 2^{ème} civ., 10 mai 2001) », *Dr. famille*, mars 2002, chr. n°7.

Cass. Ass. Plénière, 13 décembre 2002, *RJPF*, mai 2003, 5/32, p. 20, note M. Saluden ; *JCP éd. G.*, 2003, II, 10010, note A. Hervio-Lelong ; *D.*, 2003, jur., p. 231, note P. Jourdain.

Cass. 2^{ème} civ., 3 juillet 2003, *JCP éd. G.*, 2004, II, 10009, note R. Desgorces.

V. pour les décisions des juges du fond : CA Bordeaux, 5^{ème} ch., 15 septembre 2008, *Juris-Data* n°2008-377218 ; CA Paris, 17^{ème} ch., 17 mars 2008, *Juris-Data* n° 2008-363962.

¹⁹⁰ G. Viney et P. Jourdain, *Traité de droit civil, les conditions de la responsabilité*, (dir.) Jacques Ghestin, LGDJ, 3^{ème} éd., 2006, n°875 ; Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, éd. Dalloz, coll. Dalloz Action, 6^{ème} éd., 2006, n°7420 ; Ph. Malaurie, L. Aynes et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, éd. Defrénois, coll. Droit civil, 3^{ème} éd., 2007, n°151 ; Ph. Malinvaud, *Droit des obligations*, éd. Litec, coll. Manuel, 10^{ème} éd., 2007, n°585.

¹⁹¹ Anciennement, la notion de cohabitation était une notion définie dans un sens matériel. V. Philippe Le Tourneau, *La responsabilité civile*, 2^{ème} éd., éd. Dalloz, 1976, n°1645.

¹⁹² Cass. 2^{ème} civ., 19 février 1997, *Samda*, *Gaz. Pal.*, 1997, 2, jur., p. 575, note F. Chabas ; *D.*, 1997, jur., p. 265, note P. Jourdain ; *Petites Aff.*, 29 décembre 1997, n°156, p. 12, note Y. Dagorne-Labbe ; *RTD civ.*, 1997, p. 671, obs. P. Jourdain. V. également Cass. crim., 29 octobre 2002, *D.*, 2003 jur., p. 2112, note L. Mauger-Vielpeau ; Cass. 2^{ème} civ., 29 mars 2001, *Petites Aff.*, 8 novembre 2001, n°223, p. 12, J.-B. Laydu ; *JCP éd. G.*, 2002, II, 10071, S. Pringent ; Cass. 2^{ème} civ., 20 janvier 2000, *D.*, 2000, jur., p. 469, obs. D. Mazeaud ; *JCP éd. G.*, 2000, I, 241, n°20, obs. G. Viney ; Cass. 2^{ème} civ., 9 mars 2000, *JCP éd. G.*, 2000, II, 10374, note A. Gouttenoire-Cornut.

cohabitation résulte de la résidence habituelle de l'enfant au domicile des parents ou de l'un d'entre eux. S'il est facile de déterminer la notion de cohabitation quand la résidence est fixée de façon habituelle chez l'un des parents qu'en est-il lorsque la résidence est alternée ? Les parents sont-ils responsables alternativement en fonction du lieu de résidence de l'enfant, fixé alternativement au domicile de chaque parent, ou cumulativement en raison de l'indifférence du lieu de vie du mineur ? Les théories s'opposent sur l'appréciation de la notion de cohabitation entre une responsabilité solidaire ou alternative¹⁹³. Or à l'heure d'un accroissement de ce mode d'exercice et de la volonté politique d'en faire un modèle de principe, les critiques autour de cette notion de « cohabitation » apparaissent d'autant plus prégnantes.

Mon article rédigé dans la Revue trimestrielle de droit civil, mettait en exergue l'incohérence du système et l'absence de responsabilité parentale partagée. Marquée par un souci d'objectivation¹⁹⁴, la responsabilité mise à la charge des parents s'enracine ainsi dans leur statut de répondant naturel et non dans le constat de leurs défaillances. Mais le maintien des deux conditions légales (exercice de l'autorité parentale et cohabitation), toutes deux attachées à une logique de pouvoir entre en contradiction avec une responsabilité de plein droit reposant sur une logique de devoir et s'oppose à un principe de responsabilité conjointe des parents.

Aussi, fût-il tentant de proposer une réforme de la responsabilité civile des parents fondée non pas sur l'autorité parentale mais comme le prolongement naturel du lien de filiation. Le fondement de la responsabilité parentale ne résiderait plus dans une logique de pouvoirs exercés sur l'enfant, mais elle serait la contrepartie d'un statut, celui de parent.

Reconnaître aux parents leur place première comme responsable de l'enfant, c'est admettre qu'il faut encore renforcer la coparentalité et reconnaître une coresponsabilité.

2. Une responsabilité collective efficiente ?

Contrairement à ce que pouvait penser John Locke¹⁹⁵, les parents peuvent être aveugles aux droits fondamentaux de leur enfant, négliger la protection qui leur est due¹⁹⁶ voire être acteurs d'une violation directe de leurs droits. Si l'intérêt de l'enfant commande qu'il soit protégé d'un contexte familial qui lui serait préjudiciable (article 19 de la CIDE. Notamment chaque fois que sa santé, sa sécurité ou sa moralité sont en danger ou quand les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement

Désormais, pour que les père et mère échappent à leur responsabilité de plein droit, il faut que la cohabitation ait cessé en raison de la loi ou d'une décision de justice : Cass. crim., 8 février 2005, *RJPF*, juin 2005, 6/36, p. 20, note F. Chabas ; Cass. 2^{ème} civ., 6 juin 2002, *JCP éd. G.*, 2003, I, 101, n°3, p. 18, obs. J. Rubellin-Devichi ; *RJPF*, novembre 2002, 11/32, p. 20, note F. Chabas ; *D.*, 2002, p. 2750, note M. Huyette ; Cass. crim., 8 janvier 2008, *Juris-Data* n°2008-042505.

¹⁹³ G. Hilger, « La responsabilité des parents du fait de leur enfant mineur sous l'angle de la résidence alternée », *AJF*, 2018 p.278.

¹⁹⁴ J.-Cl. Bizot, « La responsabilité civile des père et mère du fait de leur enfant mineur : de la faute au risque », *In Rapport de la Cour de cassation, La responsabilité*, 2002, La documentation française, p. 157 ; F. Boulanger, « Autorité parentale et responsabilité des père et mère des faits dommageables de l'enfant mineur après la réforme du 4 mars 2002. Réflexions critiques », *D.*, 2005, chr., p. 2245 ; Ch. Rade, « Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2003, doct., p. 2247.

¹⁹⁵ Selon lui, les parents éprouvent une telle affection naturelle à l'égard de leurs enfants que l'intervention de l'État est inutile : « Et quoique le droit de leur commander et de les châtier aille toujours de pair avec le soin qu'ils ont de leur nourriture et de leur éducation, Dieu a imprimé dans l'âme des pères et mères tant de tendresse pour ceux qui sont engendrés d'eux, qu'il n'y a guère à craindre qu'ils abusent de leur pouvoir par trop de sévérité : les principes de la nature humaine portent plutôt les pères et mères à un excès d'amour et de tendresse, qu'à un excès de sévérité et de rigueur » (TGC, § 67). D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002, p. 53.

¹⁹⁶ D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, PUF, 2002, p. 53.

compromises art. 375-1 du Code civil), le principe de subsidiarité impose aux Etats un interventionnisme d'exception respectueux du droit à la vie privée et familiale de l'enfant et des parents (art. 7 et 9 de la CIDE et 8 de la CEDH). Selon la Cour européenne des droits de l'homme, « pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale »¹⁹⁷. Il ne suffit pas que le bien-être de l'enfant soit mieux assuré dans le lieu de placement pour justifier sa séparation d'avec ses parents, il importe que ses droits fondamentaux soient mis en danger dans sa famille. Pèse alors sur l'Etat une obligation positive de tout mettre en œuvre pour éviter de le couper de ses racines et, de tenter, si ce n'est de reconstituer la famille, du moins de maintenir des relations personnelles¹⁹⁸. Il s'agit en réalité de construire un droit entre protection de l'enfance et promotion du rôle des parents dont le but ultime consiste à les réunir¹⁹⁹. La protection de l'enfance est destinée à mettre fin au danger encouru par l'enfant dans son milieu familial tout en assurant une assistance éducative pour apporter aux parents une aide et un soutien afin qu'ils recouvrent leurs capacités à prendre en charge l'enfant dans des conditions satisfaisantes pour son développement physique, affectif, intellectuel et social. Le souci d'équilibrer la place de l'enfant et des parents dans le dispositif de protection de l'enfance n'est pas propre au seul législateur puisqu'il irrigue également les dispositifs des politiques publiques qui doivent protéger l'enfant et soutenir les parents. Les professionnels sont appelés à arbitrer les conflits de droits qui émergent au sein de la sphère familiale et sont confrontés à de forts paradoxes : séparer pour réunir, veiller à l'intérêt de l'enfant et à celui du parent, tout en sachant que ces deux types d'intérêt peuvent être contradictoires²⁰⁰.

En France, au 31 décembre 2018, 355 000 mesures d'aide sociale à l'enfance (ASE) sont en cours, soit 3,1% de plus qu'en 2017. Fin 2018, 53% des mesures d'aide sociale à l'enfance (ASE) consistent en des placements de mineurs ou des accueils de jeunes majeurs en dehors de leur milieu de vie habituel. Les autres mesures sont des actions éducatives exercées en milieu familial. Dernièrement, une récente condamnation de la France par la CEDH²⁰¹ et de nombreux rapports²⁰² ont été rendus alertant les pouvoirs publics sur les dysfonctionnements en protection de l'enfance et le non-respect des droits de l'enfant. Dans l'avis « Le respect de la vie privée et familiale en protection de l'enfance : un droit fondamental difficilement assuré dans un dispositif en souffrance » adopté lors de son Assemblée plénière du 26 mai 2020, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) constate que,

¹⁹⁷ CEDH, aff. Olsson c/ Suède, 24 mars 1988, *Recueil*, série A., vol. 130.

¹⁹⁸ P. Bertnet, « Mesures d'assistance éducative et droit au respect de la vie familiale », note sous CEDH Benjamin G. c/ France req. n°40031/98, 19 septembre 2000, *Dr. fam.*, décembre 2000, com. n°150, p. 24. CEDH Omorefe c/ Espagne, 23 juin 2020, n° 69339/16 ; CEDH, 22 déc. 2020, n° 64639/16.

¹⁹⁹ V. notamment CEDH Olsson c/Suède, 24 mars 1988. A ce titre, voir notamment la jurisprudence de la CEDH Ignaccolo-Zenide c/ Roumanie, 25 janvier 2000. CNCDH « Avis sur le droit au respect de la vie privée et familiale et les placements d'enfants en France », Cass. Ass. plen., 27 juin 2013, §22, <http://www.cncdh.fr/fr/>.

²⁰⁰ F. Capelier, *Comprendre la protection de l'enfance, L'enfant en danger face au droit*, thèse soutenue auprès de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne le 11 décembre 2013, sous la direction J.-P. Pontier, Paris, Dunod, 2015, p. 2.

²⁰¹ CEDH, Affaire Innocence en danger et Association Enfance et partage c. France, 4 juin 2020, nos 15343/15 et 16806/15. La cour conclut à la faillite du système de protection d'une petite fille victime de graves abus subis de la part de ses parents, qui ont abouti à son décès, en se fondant sur la violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants. La Cour a par ailleurs relevé des défaillances majeures dans le fonctionnement des institutions, défaillances qui continuent à être constatées dans certaines situations soumises au Défenseur des droits, s'agissant en particulier du fonctionnement en silo des différents acteurs de la protection de l'enfance, le cloisonnement des interventions, et le manque de prise en compte adaptée de la parole des enfants

²⁰² Rapport de IGAS, décembre 2020, https://www.igas.gouv.fr/IMG/pdf/2020-007r1-tome_1_rapport.pdf; <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rap-obs-num-04.06.20.pdf>, p. 29. 26% des réclamations adressées au défenseur des droits concernent la protection de l'enfance.

globalement, la protection de l'enfance fonctionne mal, de façon disparate selon les départements, souvent en raison de l'absence persistante de moyens et d'une coordination efficace entre les acteurs. Les parents sont insuffisamment associés aux décisions concernant leurs enfants, et les droits effectifs des enfants peu garantis²⁰³. Dans son rapport rendu au comité des droits de l'enfant²⁰⁴, le défenseur alerte sur le cloisonnement des politiques publiques et des institutions intervenant dans le domaine de la protection de l'enfance. Cela induit des ruptures dans les parcours et les prises en charge des enfants, et constitue l'un des obstacles majeurs à la réalisation complète des droits de l'enfant et à la considération à titre primordial de son intérêt supérieur. Malgré l'adoption de la loi de 2016, le rapport met en évidence une absence de continuité et de stabilité des lieux de prise en charge de nombreux enfants confiés²⁰⁵.

[1] L'étude menée suite à l'appel d'offres de l'Observatoire national de la protection de l'enfance²⁰⁶ nous avait déjà permis d'identifier les écueils d'un système qui peine à atteindre ses objectifs. L'enfant s'installe dans la durée dans un système qui n'est pas sécurisé. Le parcours de l'enfant évolue peu d'un point de vue juridique, l'enfant subit des changements de lieu de vie, et peine à maintenir des liens effectifs avec sa famille d'origine. A côté de cela, il s'inscrit dans une famille d'accueil à laquelle il s'attache, et construit des liens d'attachements multiples dont les configurations peuvent être diverses²⁰⁷. Or, les saisines auprès du défenseur des droits mettent en évidence des changements de famille d'accueil décidés au regard des liens affectifs noués entre celle-ci et les enfants confiés²⁰⁸. L'enfant accueilli ne peut se construire dans la durée avec une image familiale sécurisante. Incontestablement l'objectif de protection vacille face à ce système. Alors que l'enfant a besoin pour se construire de développer une relation d'attachement, la difficulté réside dans le fait que juridiquement les liens peinent à se dessiner de façon additionnels au regard de la suprématie du lien juridique. Il en résulte que l'objectif de protection n'est plus atteint par le système subsidiaire mis en place par l'Etat. Si la loi du 14 mars 2016²⁰⁹ atténue le prisme jusqu'ici prépondérant du maintien des liens de l'enfant avec ses parents, pour appuyer davantage sur la « nécessité de garantir à l'enfant des conditions de vie stables et adaptées à ses besoins »²¹⁰, nous pensons

²⁰³ https://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_2020_-_9_-_avis_protection_de_l'enfance.pdf

²⁰⁴ https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_au_comite_des_droits_de_l'enfant_de_lonu_0.pdf, n°55.

²⁰⁵ https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_au_comite_des_droits_de_l'enfant_de_lonu_0.pdf, n°59

²⁰⁶ N. chapon, C. Siffrein-Blanc, G. Neyrand et E. Bonifay, « La question des liens en accueil familial « qu'est-ce qui fait famille en accueil familial ? », Rapport ONPE 2017, https://www.onpe.gouv.fr/system/files/ao/aot2014.chapon_rf.pdf

V. également Rapport transmis aux ministères des affaires sociales et de la santé et au ministère délégué chargé de la famille, « Quarante propositions pour adapter la protection de l'enfance et l'adoption aux réalités d'aujourd'hui », sous la direction A. Gouttenoire, février 2014.

²⁰⁷ N. chapon, C. Siffrein-Blanc, G. Neyrand, *Les liens affectifs en famille d'accueil*, Erès, Collection « Enfance et parentalité », 2018.

²⁰⁸

https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rapport_au_comite_des_droits_de_l'enfant_de_lonu_0.pdf, n°59

²⁰⁹ Loi du 14 mars 2016, relative à la protection de l'enfant JO du 15 mars, F. Capelier, « De la protection de l'enfance à la protection de l'enfant : enjeux de la réforme ? », *AJF* 2016. 537 ; La réforme de la protection de l'enfance : une révolution discrète, *RDSS* 2016, p. 540 ; I. Corpart, « Le renforcement du dispositif de protection de l'enfant par la loi du 14 mars 2016 : de nouvelles perspectives dans la continuité », *Dr. famille* 2016, étude 14; F. Eudier et A. Gouttenoire, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant : une loi impressionniste », *JCP G* 2016. 814 ; Y. Favier, « Loi du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance : autorité parentale et adoption », *JCP N* 2016. 1235 ; M.-C. Le Boursicot, « Une loi technique, essentiellement à l'usage des professionnels en charge de la protection de l'enfant », *RJPF* 2016-7*8/8 ; E. Mallet, « Vers une meilleure protection de l'enfant : la loi du 14 mars 2016 », *JCP N* 2016, act.444.

²¹⁰ V. A. Gouttenoire, F. Eudier, « Une réforme impressionniste », *JCP G*. 2016 n° 16, p. 479.

qu'elle n'a pas été assez loin. D'un point de vue strictement juridique, la recherche a été l'occasion de proposer une réorientation d'un modèle de pensée en protection de l'enfance visant à atténuer la position du maintien absolu des liens de l'enfant avec ses parents d'origine et d'approfondir la réflexion sur la question des parcours et des statuts en protection de l'enfance. Sur la base d'une réflexion critique des mesures de protection²¹¹, un certain nombre de propositions juridiques ont pu être formulées afin de tenter de redonner un peu de cohérence au dispositif d'ensemble, de répondre au besoin tant réaffirmé de stabilité des parcours en clarifiant les mesures de protection²¹² et en repensant le recours à l'adoption, tout en mettant l'accent sur le besoin d'une justice consensuelle et collaborative²¹³. En pratique, il y a peu d'espaces de confrontation contradictoire, les familles ayant peur de s'opposer à la posture institutionnelle et les professionnels voulant éviter le conflit, soit parce qu'ils sacralisent la famille soit parce qu'ils la disqualifient²¹⁴. Or, si en principe le juge doit rechercher l'adhésion des parents aux mesures proposées, force est de constater qu'il ne dispose que de peu de moyens afin d'y parvenir. Le plus important pour faire adhérer les familles et les impliquer, c'est d'établir une relation de confiance réciproque, tout en prenant en compte l'inégalité de position des familles et de l'administration²¹⁵. Si la médiation connaît ces dernières années un véritable essor dans le domaine familial, elle ne s'est pas encore intégrée dans le domaine de la protection de l'enfance, à la différence de certains pays²¹⁶. C'est pourquoi, l'une des propositions consiste à intégrer le modèle de la médiation dans le domaine de la protection de l'enfance afin de construire un lien de confiance entre les services et les parents²¹⁷ et de renforcer la responsabilisation des différents acteurs pour conduire au mieux à un accord collectif co-construit.

Alors que le paysage français propose deux modèles d'adoption, l'une substitutive et l'autre complétive, force est de constater que la posture adoptée reste globalisante, centrée sur l'adoption plénière, la rupture des liens, passant l'une et l'autre par la voie unique du statut de pupille. Ce passage obligé par le statut de pupille ne permet pas d'élargir de façon significative l'outil de l'adoption comme outil de protection de l'enfance. Pourtant l'enfant a besoin pour se développer socialement et émotionnellement, d'une part de construire une relation d'attachement avec au moins une personne qui prend soin de lui de façon cohérente et continue et d'autre part de maintenir son identification à ses parents. Aussi, faudrait-il envisager à côté de l'attachement à ses parents et l'adhésion à sa filiation biologique, d'autres affiliations et identifications. L'adoption « simple » que l'on propose de dénommer désormais « adoption complétive », pourrait être d'être élargie, encouragée et sécurisée pour faire bénéficier d'une « seconde famille » aux enfants dont les parents sont profondément carencés, mais avec lesquels des liens perdurent.

Souhaitant pouvoir approfondir ces recherches de façon comparée avec le droit québécois qui à certains égards adopte une conception plus axée sur la protection de l'enfant parfois au détriment des liens familiaux, j'ai entamé un programme de recherche avec le Québec en

²¹¹ C. Siffrein-Blanc, « [Regards critiques sur les mesures de protection de l'enfant](#) », *AJ Fam.* juin 2017, 333, (avec E. Bonifay)

²¹² C. Siffrein-Blanc, « [Clarifier les mesures de protection de l'enfant](#) », *AJ Fam.* juin 2017, 339 (avec E. Bonifay).

²¹³ C. Siffrein-Blanc, « [Renforcer la philosophie d'une justice consensuelle et collaborative dans les dispositifs de protection de l'enfance](#) », *AJ Fam.* juin 2017, 343. (avec E. Bonifay)

²¹⁴ ONED, Neuvième rapport annuel remis au Gouvernement et au Parlement, mai 2014, p. 78.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 39.

²¹⁶ Par exemple, le Québec prévoit une « Conférence de règlement à l'amiable », qui s'apparente à la médiation permettant au juge d'homologuer la transaction conclue avec les parents, V. ONED, Neuvième rapport annuel remis au Gouvernement et au Parlement, mai 2014, p. 31 et s.

²¹⁷ CNAPE, « La médiation familiale dans le contexte de la protection de l'enfance », Rapport du Groupe d'appui à la protection de l'enfance, 2013, spéc. p. 8.

étroite collaboration avec le professeur Carmen Lavallée, (Professeur, Vice-doyenne à la recherche à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Directrice des programmes de maîtrise et de doctorat. Membre fondatrice du groupe de recherche sur le droit de la famille et de l'enfant). Des rencontres exploratoires entre chercheurs et professionnels²¹⁸ ont eu lieu en 2019 afin de partager les connaissances sur les systèmes français et québécois d'un point de vue théorique et pratique. L'éclairage des professionnels invités à participer aux rencontres fut essentiel pour comprendre les choix opérés entre les différents statuts en protection de l'enfance et a permis d'identifier des problématiques communes justifiant de porter un projet de recherche comparée²¹⁹. Si la question du temps, des statuts, de la sécurité des parcours et du maintien des liens est au cœur des différents systèmes français et québécois, les outils juridiques mis à disposition des professionnels diffèrent. Aussi est-il apparu intéressant de proposer une analyse des systèmes et d'en comparer les effets, pour tenter de répondre à la question : Quelles protections pour les enfants en placement longue durée ? Aussi, le programme de recherche se poursuit désormais à travers le projet soumis auprès de l'ONPE intitulé « Quelles protections pour les enfants en placement longue durée ? Approche comparée France-Québec » (cf. Projet scientifique).

Conclusion. Répondre au besoin de protection de l'enfant fait émerger un difficile équilibre entre les obligations de la puissance publique, les droits des parents et les droits de l'enfant.

Si les dernières réformes ont mis un terme aux querelles autour de l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale, désormais par principe conjoint, et a ainsi œuvré à la pacification des rapports entre les parents séparés, elles n'ont pas encore conduit à une pleine responsabilité conjointe effective des deux parents à l'égard de l'enfant et des tiers. Or, bien nommer les choses relève de l'obligation positive des Etats pour garantir le droit de l'enfant d'être élevé par ses deux parents responsables.

Parallèlement, lorsque les parents n'arrivent plus à assumer leurs responsabilités, par défaillance, refus, négligence, désintérêt, incapacité, il appartient également à l'Etat de protéger l'enfant et d'apporter une réponse juridique adaptée à ses besoins. S'il est important de préciser que l'interventionnisme étatique se doit d'être exceptionnel, il convient toutefois d'interroger l'effectivité des mesures et la protection réelle accordée à l'enfant. Le système protège-t-il suffisamment les enfants ? Le système ne doit-il pas encore redéfinir les places et les rôles, des parents, de l'Etat pour penser les liens différemment et peut-être de façon plurielle pour garantir à l'enfant tant son histoire que sa protection ?

III. La mutation des familles

Du modèle unique au pluralisme familiale. Depuis quelques années, il n'échappe pas au droit que le schéma classique de la famille, consacré jusqu'alors par le Code civil, « vole actuellement en éclat sous la pression de l'évolution de la société, à tel point que l'on en vient à parler, de pluralité des types ou des modèles familiaux, de famille éclatée, incertaine, en

²¹⁸ **Organisation et participation** aux journées d'études, *Les différents statuts en matière de protection de l'enfance : étude comparative des systèmes français et québécois*, colloque à la faculté de droit d'Aix-en-Provence, réalisé les 20 et 21 mai 2019 organisé par le LDPSC en partenariat avec l'Institut national de la recherche scientifique Faculté de droit Université de Sherbrooke.

Intervention consacrée à « Présentation des différents statuts en France ».

²¹⁹ Cf. le projet de recherche intitulé « Quelle trajectoire de vie des enfants en placement longue durée ? Approche comparée France-Québec », porté devant l'ONPE.

désordre, en déclin, dans tous ses états, du mariage ou des styles conjugaux. La famille a de tout temps été présentée comme l'archétype de la société, le lien familial est non seulement un lien social mais également la cellule de base de la société. L'indissociabilité des deux liens est aujourd'hui remise en cause. En effet, la famille modèle de la société subit une telle déstructuration, que l'on s'interroge sur sa vertu instituante voire sur sa vocation à être désinstituée. Miroir des constructions politiques et juridiques, la famille aurait dépassé son état de représentation, pour ne constituer qu'une juxtaposition d'individualités, chacun ne vivant le lien que quant à soi. Face à cet individualisme exacerbé, on s'interroge sur ce qui fait « lien ». Une grande partie de mes recherches mettent en avant une modification de ces liens familiaux leurs diversités et la perturbation des référents familiaux²²⁰. En effet, le droit du modèle, cède peu à peu devant la pluralité des options. On assiste à la mise en place d'une famille « démocratique », « anti-autoritaire », « égalitariste » concurrente du modèle traditionnel et qui bouleverse sans précédent les rapports familiaux.

La famille se pense désormais à travers les consciences et les volontés individuelles, lesquelles s'appuient sur les droits fondamentaux pour accéder à leurs revendications. Nul ne peut contester que les droits de l'Homme ont eu, et ont encore une influence non négligeable sur l'évolution du droit français de la famille²²¹. La Cour EDH, par son dynamisme, son appréciation casuistique et évolutive, consacre l'existence de nouveaux droits à la lumière de l'appréciation de ses droits fondamentaux²²², tel que par exemple le droit à l'épanouissement personnel déduit de l'article 8 de la CEDH. Respectueuse des identités nationales, elle tente toutefois de trouver un juste équilibre entre ordre public et droits fondamentaux des personnes privées. Fréquemment, la Cour estime être, sur des questions dites de sociétés, en présence de

²²⁰ C'est à travers mon premier champ de recherche, ma thèse, intitulée « *La parenté en droit civil. Etudes critiques* » que j'ai pu éprouver ces différentes questions que sont : comment se définit la parenté, sur quoi s'appuie-t-on pour construire cette notion, quelle place accorde-t-on aux différentes volontés individuelles pour construire le lien ? La parenté fait-elle encore « lien » ?

V. notamment C. Siffrein-Blanc, « *L'architecture de la famille ou la famille définie par l'architecture* », in *Droit et Architecture, reconsidérer les frontières disciplinaires, leurs interactions et leur mutations*, sous la direction de Patricia Signorile, 2014, PUAM, p.109-125 ; « *La révolution des familles* », in *Un universitaire entre droit et économie*, Mélanges Serge Schweitzer, PUAM, 2019, p. 401 ; « *Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique* », *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre II –Lien familial et lien social*, organisée par le centre Pierre Kayser et le LID2MS, 2014, PUAM, p.133-168 ; « *De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ?* », in *Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité*, sous la direction de A.-C. Réglier et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, collection Colloques et Essais, septembre 2018, p. 177-191.

Ces questionnements, sur les liens parentaux et les mutations familiales ont été au cœur de manifestations scientifiques que j'ai coorganisé, grâce à une collaboration inter-centres, entre le Centre Pierre Kayser (EA 2184) devenu le LDPSC (UR4690) et le LID2MS (EA 4328), et dont j'ai codirigé avec M. le professeur J. Ph. Agresti et M. le professeur E. Putman les publications aux PUAM.

- en 2010 sur « *Les rapports parents – enfants en quête de repères* ».
- en 2011 « *Droit patrimonial : miroir des mutations familiales* ».
- En 2012 1^{re} volet, « *Lien familial, lien obligationnel* »
- En 2013 2^{ème} volet, « *Lien familial, lien social* ».

²²¹ H. Bosse-Platière, « Droit français de la famille et droits de l'Homme : défauts et certificats de conformité », *Informations sociales*, 2013/1 (n° 175), p. 74-83. URL : <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2013-1-page-74.htm>

²²² A. Gouttenoire, « Droit à l'identité dans la jurisprudence de la CEDH », *Droit et patrimoine*, 2013, 229.
Le droit à l'identité : CEDH *Labassée c. France* 26 juin 2014, n° 65941/11, *JurisData* n° 2014-015214 ; *Dr. fam.* 2014, comm. 128, C. Neirinck ; *AJDA* 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2014. 1797, F. Chénédy ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; *AJF*, 2014. 499, obs. B. Haftel ; *AJF*, 2014, 396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014. 616, obs. J. Hauser ; N. Hervieu, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 08 septembre 2014, URL : <http://revdh.revues.org/870>

« droits évolutifs ne faisant pas l'objet d'un consensus ». Dès lors, elle considère que « les États doivent jouir d'une marge d'appréciation quant au moment où seront introduites des évolutions législatives »²²³. Même ainsi contenue, l'influence des droits fondamentaux est considérable. Cette confrontation entre intérêts privés et ordre public, entre "l'être individuel" et "l'être social"²²⁴ met en tension le rapport que l'individu et la société peuvent avoir sur le contrôle et la détermination des éléments familiaux. La famille s'émancipant de ses fonctions traditionnelles, répond à une nouvelle fonction tournée vers l'épanouissement personnel des individus. Ce n'est plus le devoir social qui fonde le lien mais les sentiments, la volonté de partager avec qui l'on choisit, quand on le souhaite. Lorsqu'ils sont saisis dans leur fonction d'épanouissement personnel, les piliers de la famille s'émancipent de la mainmise de l'Etat : l'individu tend à acquérir, au moins pour certains des éléments, une maîtrise accrue de ses propres liens familiaux ; allant jusqu'à revendiquer la modification des liens statutaires ou l'accès à ces liens auprès de la puissance publique.

L'ensemble des piliers et des fondations structurant la famille sont aujourd'hui remis en cause. Le pluralisme du droit de la famille, ainsi que sa libéralisation, fait place à une multiplication des socles conjugaux et happe les principes directeurs de la parenté pour faire place à la quête de l'enfant. Face aux structures préétablies, s'opposent les nouvelles revendications qui, au nom des désirs individuels, tentent d'en briser les limites. De nombreuses réformes d'ampleur en droit de la famille portées par les principes de liberté et d'égalité ont bouleversé les fondements même de la matière²²⁵.

Nombreuses de mes recherches interrogent systématiquement ce délicat équilibre entre intérêt privé et maintien d'un ordre public. Jusqu'où la montée en puissance des volontés et le respect des droits fondamentaux bouleverseront nos principes d'ordre public. On constate ainsi un recul progressif de l'ordre public familial, la sphère conjugale devenant, avant toute autre considération, un choix privé (I) et la parenté peine à trouver son identité structurante (II). Si le droit de la famille fait face à un recul de l'ordre public de direction toujours contesté, il fait place à l'essor d'un nouvel ordre public dit de protection qui vient garantir la protection des droits des personnes qui composent la famille (III).

A. La conjugalité libérée

Délitement de l'alliance. En matière de mariage l'opposition entre contrat et institution alimente depuis des décennies des débats doctrinaux passionnés²²⁶. Alors qu'historiquement le droit de la famille était fondé principalement, si ce n'est exclusivement, sur le mariage, le modèle conjugal unique de l'alliance cède le pas au libéralisme conjugal et la pluralité des situations conjugales²²⁷. La fonction sociale de l'alliance est par ailleurs profondément

²²³ CEDH Schalk et Kopf. c. Autriche, 24 juin 2010, req. n° 30141/04, *Dalloz actualité*, 17 déc. 2010, obs. C. Fleuriet ; *AJF.*, 2010. 333, obs. V. Avena-Robardet.

²²⁴ V. le vocabulaire usité par E. Durkheim, *Education et sociologie*, PUF, 1977.

²²⁵ H. Fulchiron, Le « lien familial », *Dr. fam.*, n° 12, Décembre 2016, dossier 50.

²²⁶ J.-A. « Le mariage et le contrat à la fin de l'Ancien Régime : éléments de réflexion tirés de l'histoire du droit », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre I – Lien familial et lien obligationnel*, sous la direction E. Putman, J.-Ph. Agresti et C. Siffrein-Blanc, coll. inter-normes, PUAM 2013, p. 53.

²²⁷ F. Dekeuwer-Defosse, « A propos du pluralisme des couples et des familles », *Petites Affiches*, 28 avril 1999, n°84, p. 29 ; D. Grillet-Ponton, « Quasi-conjugalité, pluri et post-conjugalité », *JCP éd. G.*, 2002, I, doct., 108, p. 229 ; J.-J. Lemouland, « Le couple en droit civil », *Dr. fam.*, juillet-août 2003, chr. n°22, p. 11 ; C. Philippe, « Un droit de la famille résolument tourné vers la diversité », *Dr. fam.*, janvier 2007, étude n°3.

V. C. Siffrein-Blanc, « **La réforme du PACS par la loi du 23 juin 2006** », *Bull. d'Aix*, 2006-4, p. 8, (Participation collective avec V. Egéa et E. Fasciani), C. Siffrein-Blanc « **L'interdiction du mariage homosexuel n'est pas inconstitutionnelle** », obs. sous Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, *Dalloz actualité*, 7 février 2011.

modifiée. Le mariage n'est plus le passage obligé pour établir et reconnaître la parenté, comme la reproduction n'est plus une fin en soi du mariage. Le couple partageant une vie commune qui devient la fin recherchée. Ce qui fonde aujourd'hui un couple, « n'est plus le lien d'autorité ou de dépendance, la contrainte sociale, mais l'intensité des sentiments. Que les sentiments disparaissent, et la famille se désagrège, quitte à se recomposer avec d'autres²²⁸ ». Les mutations contemporaines de l'union, sont marquées par l'importante place accordée à la contractualisation, facette d'un ensemble plus vaste : l'individualisation²²⁹. La puissance des revendications à un épanouissement personnel, droit fondamental reconnu et minutieusement respecté par un contrôle *in concreto*²³⁰ questionne les évolutions prochaines des unions.

L'épanouissement personnel, la liberté de composer. Si très tôt, le mariage reposait sur un échange de consentements, c'est chez les penseurs de l'École de droit naturel que la contractualisation du mariage a trouvé une place de choix²³¹. Cherchant à s'éloigner radicalement des conditions du mariage de l'Ancien régime soumis à l'autorité du *pater familias*, la liberté de choix de son conjoint fut au cœur de la définition du mariage civil. En ce sens, Jean-Jacques Rousseau étaye la position en replaçant le débat du choix des futurs époux, non entre raison-passion mais entre consentement-contrainte²³². Avec Rousseau, la liberté du mariage s'exprime bien pour les époux dans la liberté de choix de son partenaire, refusant aux parents et surtout au père, la toute possibilité de consentir au mariage. Si la liberté de choix fut acquise depuis désormais des siècles, se libérant de la contrainte parentale, elle demeurerait enserrée par l'exigence d'une différence de sexe de l'autre conjoint. La dimension contractuelle n'effaçait pas pour autant la dimension institutionnelle. La nature institutionnelle du mariage, intimement liée à la procréation, en ce qu'il permettait à la société de se perpétuer, impose de limiter le choix du conjoint à un individu de l'autre sexe.

La question du libre choix du sexe de son conjoint s'est posée tout récemment avec la question du mariage homosexuel. Libre de toute contrainte, sans sanction des juridictions constitutionnelle²³³ et européenne²³⁴, le législateur français a acté l'ouverture en France du mariage au couple de personnes de même sexe par une loi du 17 mai 2013²³⁵ dans un climat particulièrement conflictuel. « En instituant le mariage de même sexe, il ne s'agissait pas

²²⁸ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit de la famille*, 6^{ème} éd. LGDJ, Defrénois, 2018, n°7.

²²⁹ J.-A. « Le mariage et le contrat à la fin de l'Ancien Régime : éléments de réflexion tirés de l'histoire du droit », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre I –Lien familial et lien obligationnel*, sous la direction Emmanuel Putman, Jean-Philippe Agresti et Caroline Siffrein-Blanc, coll. inter-normes, PUAM 2013, p. 53.

²³⁰ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ.* I, n° 234 ; *D.* 2014. 179, note F. Chénéde, 153, H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJF*, 2014. 124, obs. S. Thouret ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud. C. Siffrein-Blanc, « [Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille](#) », in *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, collection, « Droits, pouvoirs & sociétés », 2018, p. 81-92 (introduction et conclusion de V. Vigneau)

²³¹ J.-A. « Le mariage et le contrat à la fin de l'Ancien Régime : éléments de réflexion tirés de l'histoire du droit », in *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre I –Lien familial et lien obligationnel*, sous la direction E. Putman, J.-Ph. Agresti et C. Siffrein-Blanc, coll. inter-normes, PUAM 2013, p. 53. V. Gortuis et Pufendorf. « Le mariage est un contrat consensuel qui est parfait, aussitôt que deux personnes se sont engagées à se marier ensemble. Le consentement des époux et lui seul est le fait générateur du mariage. Les juristes défendent l'idée que « comme le mariage est l'engagement le plus important de la vie, on a voulu qu'il ne puisse être contracté que par des parties dont la volonté soit entièrement libre ».

²³² J.-Ph. Agresti, « Rousseau et le droit de la famille », in *Rousseau, le droit et l'histoire des institutions*, PUAM, p. 29.

²³³ Cons. const., 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC: *Dalloz actualité*, 7 févr. 2011, obs. C. Siffrein-Blanc; *AJF.* 2011. 157, obs. F. Chénéde; *RLDC 2011/80*, n° 4175, obs. Gallois.

²³⁴ CEDH SchalketKopf c/ Autriche, 24 juin 2010, n° 30141/04.

²³⁵ LOI n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe JORF n°0114 du 18 mai 2013 page 8253, texte n° 3. A. Leborgne, « « Marions-les, marions-les », *RJPF*, juin 2013, n°6.

seulement de faire accéder au mariage une minorité²³⁶ qui en était exclue mais bien de redéfinir toute l'institution même du mariage »²³⁷, notamment en dissociant l'alliance de la parenté²³⁸. Avec la reconnaissance du mariage homosexuel, l'unification des filiations, la suppression des inégalités²³⁹ au point d'abandonner les termes mêmes de "légitime" et de "naturelle"²⁴⁰, le législateur a modifié en profondeur la fonction sociale de l'alliance. Le mariage n'est plus le passage obligé pour établir et reconnaître la parenté, comme la reproduction n'est plus une fin en soi du mariage. C'est alors le couple partageant une vie commune qui devient la fin recherchée.

Détaché de la parenté, et reconnu comme une liberté fondamentale, le mariage peut-il se délier des conditions requises pour y accéder ? La volonté peut-elle suffire à faire l'union ? *Quid* des ultimes interdits que sont l'inceste et la bigamie ? La Cour de cassation²⁴¹ estime que « si l'exercice du droit de se marier est soumis aux lois nationales des États contractants, les limitations en résultant ne doivent pas le restreindre ou le réduire d'une manière ou à un degré qui l'atteindraient dans sa substance même ; qu'il en résulte que les conditions requises pour se marier dans les différentes législations nationales ne relèvent pas entièrement de la marge d'appréciation des États contractants car, si tel était le cas, ceux-ci pourraient interdire complètement, en pratique, l'exercice du droit au mariage »²⁴². Si les États conservent donc « une marge d'autonomie » visant à concilier sauvegarde de leur ordre public et intérêts privés, les limitations, légalement prévues et leur mise en œuvre ne doivent pas porter une atteinte disproportionnée au droit à une vie privée et familiale²⁴³. Ainsi, dans une décision « révolutionnaire », en date du 4 décembre 2013²⁴⁴, la Cour de cassation, en relevant d'office l'application de l'article 8 de la CEDH, a maintenu valable un mariage incestueux entre une femme et son beau-père, retenant que l'application des articles 161 et 184 du code civil au cas d'espèce revêtait le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit à sa vie privée et familiale. Voilà donc que le mariage incestueux n'est pas condamné du sceau de la nullité. Certes, la Cour n'a pas considéré comme in conventionnelle²⁴⁵ la règle, elle-même, de

²³⁶ « Des sociologues ont même comparé l'impossibilité du mariage de même sexe à l'interdit du mariage entre Noirs et Blancs aux États-Unis. C'est une idée extrêmement naïve, car lever l'interdit racial ne supposait pas de redéfinir le mariage ! » Ph. Portier et I. Théry, « Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisations catholiques », *Sociologie* [En ligne], N°1, vol. 6 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/sociologie/2528>.

²³⁷ P. Portier et I. Théry, « Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisations catholiques », *Sociologie* [En ligne], N°1, vol. 6 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/sociologie/2528>.

²³⁸ A. Leborgne, « Réforme du mariage et de l'adoption : un avis sur les avis ? *RJPF*, n° 3, 1^{er} mars 2013.

²³⁹ Le mouvement d'égalité en droit de la filiation prend date avec la loi du 3 janvier 1972. A partir de cette date, la promotion de l'égalité n'a eu de cesse d'être renforcée, notamment avec les lois relatives à l'autorité parentale, du 22 juillet 1987 et celle du 8 janvier 1993. Les réformes les plus récentes du droit des successions, avec la loi du 3 décembre 2001, et de l'autorité parentale, avec la loi du 4 mars 2002, ont fait disparaître les derniers privilèges des enfants légitimes.

²⁴⁰ Th. Garé, « La réforme de la filiation. A propos de l'ordonnance du 4 juillet 2005 », *JCP éd. G.*, 2005, act. n°444, p. 1491.

²⁴¹ Cass. 1^{re} civ., 8 déc. 2016, n° 15-27.201, *JurisData* n° 2016-025730

²⁴² Cass. 1^{ère} civ. 8 décembre 2016, n°15-27201.

²⁴³ Il s'agit du contrôle de proportionnalité, entendu comme le principe pouvant venir limiter les effets « *in casus* » de l'application d'une règle qui en l'espèce porterait une atteinte disproportionnée au droit à la vie privée et familiale. V. Vigneau et C. Siffrein-Blanc, « **Le contrôle de proportionnalité** », in *le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, coll. Droits pouvoirs et sociétés, 2018, p. 81.

²⁴⁴ Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *Bull. civ. I*, n° 234 ; *D.* 2014. 179, note F. Chénéde, 153, H. Fulchiron, et 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret, et 2013. 663, F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser, et 307, obs. J.-P. Marguénaud

²⁴⁵ Or, le droit français, pose un interdit absolu à l'encontre d'un mariage entre alliés en ligne directe, lorsque l'alliance a été dissoute par divorce. Aussi, la question de la conventionalité de la règle elle-même se pose et pas seulement celle de son application. V. Vigneau et C. Siffrein-Blanc, « **Le contrôle de proportionnalité** », *op. cit.*

l'interdit mais seulement son application au cas d'espèce²⁴⁶. La flexibilisation accrue des conditions d'accès au mariage (différence de sexe, inceste) interroge sur la résistance des derniers interdit. Après le mariage pour tous, doit-on s'interroger sur l'éventuel « poly-mariage » ? A l'étranger, après avoir reconnu le mariage homosexuel en 2016, la justice colombienne a officialisé, le 3 juin 2017, le mariage à trois²⁴⁷ sous le nom de « trieja ». En juin 2016, l'Institut canadien de recherche sur le droit et la famille a commencé à s'intéresser aux diverses perceptions concernant la notion de polyamour au Canada. Le projet n'en est encore qu'à mi-parcours, mais les données colligées jusqu'ici pourraient avoir une incidence importante sur la législation et les politiques au cours des prochaines décennies²⁴⁸.

L'épanouissement personnel, la liberté de rompre. ²⁴⁹ Si l'institution du divorce, contrariant le principe historique d'indissolubilité du mariage, est désormais ancienne, elle reposait toujours sur l'idée d'exception, d'encadrement, de limitations par des causes et par le contrôle de l'institution judiciaire²⁵⁰. Au nom de la liberté, cette institution connaît régulièrement des réformes sans cesse plus favorables à la libéralisation de liens matrimoniaux²⁵¹, les dernières réformes législatives, positions jurisprudentielles constitutionnelles et doctrinales tendent à révolutionner le sujet. Il ne s'agit désormais plus de voir dans le divorce une exception judiciairement autorisée à la dissolution du lien d'alliance, mais de voir en cette institution une liberté fondamentale garantie au plus haut sommet de la hiérarchie des normes.

Une véritable révolution idéologique se dessine. En effet, récemment, dans une décision du 29 juillet 2016, le Conseil constitutionnel a consacré la « liberté de mettre fin aux liens du

²⁴⁶ 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. CEDH, sect. IV B. et L. c/ Royaume-Uni, 13 sept. 2005, D. 2006. Pan. 1418, obs. J.-J. Lemouland et V. Vigneau ; JCP 2006. I. 109, n° 11, obs. Sudre ; Dr. fam. 2005, n° 234, note A. Gouttenoire et Lamarche ; RTD civ. 2005. 735, obs. J.-P. Marguénaud, et 758, obs. J. Hauser ; JDI 2006. 1155, obs. S. M. En s'appuyant sur ce raisonnement, la Cour d'appel de Paris n'a pas, jugé inconstitutionnel l'empêchement à mariage à raison des liens de sang entre l'oncle et la nièce au motif que la prohibition pouvait être levée pour des causes graves. CA Paris, 3 avr. 2008, D. 2010. Pan. 728, obs. J.-J. Lemouland et Vigneau ; AJF, 2008. 256, obs. F. Chénéde ; Gaz. Pal. 2008. 999 ; RJPJF 2008-7-8/17, obs. A. Leborgne.

²⁴⁷ <http://www.leparisien.fr/international/un-mariage-a-trois-reconnu-officiellement-en-colombie-13-06-2017-7046031.php>

²⁴⁸ J.-P. Boyd, « Le polyamour au Canada : étude d'une structure familiale émergente » <https://institutvanier.ca/le-polyamour-au-canada-etude-dune-structure-familiale-emergente/>

²⁴⁹ I. Théry, *Le démariage, Justice et vie privée*, éd. Odile Jacob, 2001, 469 pages ; I. Théry, « Filiation et parenté : la distinction des sexes dans une société égalitaire », *In Identités, filiations et appartenances*, direction Ph. Pedrot et M. Delage, PU de Grenoble, coll. Psychopathologie clinique, 2005, p. 25.

²⁵⁰ Ph. Portier et I. Théry, « Du mariage civil au « mariage pour tous ». Sécularisation du droit et mobilisations catholiques », *Sociologie*, N°1, vol. 6 | 2015, URL : <http://journals.openedition.org/sociologie/2528> ; « À l'instigation de Bonald, la Restauration abroge le droit au divorce. Il ne réapparaît qu'en 1884, à l'initiative d'Alfred Naquet, sénateur du Vaucluse, partisan de la séparation des Églises et de l'État, qui fut un temps proche de Bakounine, dont il partageait les idées sur la nécessaire égalisation (sociale, économique, politique) des sexes. Cette interdiction du divorce est, tout au long du XIX^e siècle, le produit de l'influence catholique (qui entend maintenir la règle sacrale de l'indissolubilité) et d'une influence bourgeoise (qui entend stabiliser le lien social en renforçant le socle familial). La République, conformément à son programme, fait donc retour à l'inspiration de 1789. Bien timidement cependant : le divorce est soumis à des conditions très restrictives, fondées essentiellement sur la faute d'un des deux conjoints »

²⁵¹ A. Gouëzel, Réflexions sur la « liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2017, étude 19. Avec la création du divorce pour altération définitive du lien conjugal en 2004 qui suppose uniquement une séparation de fait de deux ans des époux – au lieu de six auparavant dans le divorce pour rupture de la vie commune –, ne comporte plus de clause de dureté, et est en principe neutre quant à ses effets. Le Parlement a ainsi consacré un véritable « droit au divorce » L'expression est adoptée par de nombreux commentateurs de la loi de 2004, V. par ex. H. Fulchiron, « Les métamorphoses des cas de divorce (à propos de la réforme du 26 mai 2004) », *Defrénois*, 2004, 1103. – Contra M. Pichard, *Le droit à, Étude de législation française*, Economica, 2006, n° 101 s.

mariage » comme composante de la liberté personnelle découlant des articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789²⁵². Si certains commentateurs ont recommandé une certaine prudence dans l'analyse de la solution²⁵³, il semble possible, eu égard aux termes généraux et non équivoques employés par le Conseil, de considérer que le droit de divorcer bénéficie aujourd'hui en France d'une protection constitutionnelle dont l'étendue reste à déterminer²⁵⁴. En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme²⁵⁵ a, pour sa part, écarté l'existence d'une liberté du divorce qui serait garantie par l'article 12 de la CEDH garantissant seulement le droit de se marier et non le droit de la dissoudre.

Le principe de la liberté de la rupture posé *ab initio* pour le PACS, s'invite au fil des dernières réformes dans le mariage. Très récemment, la loi de modernisation de la justice du 21^{ème} siècle (J21) du 18 novembre 2016, a profondément bouleversé la procédure de divorce par consentement mutuel, en évinçant le juge dans la réalisation de ce cas de divorce. La liberté contractuelle, la liberté des époux consentants de choisir les modalités de leur rupture priment et évincent le contrôle institutionnel judiciaire²⁵⁶. « Un divorce sans juge, cela semble novateur voire révolutionnaire. En effet, la déjudiciarisation affecte en profondeur la nature du divorce et donc, la nature même du mariage. En effet, en privant le divorce de tout contrôle judiciaire, le législateur a une nouvelle fois porté atteinte à la nature institutionnelle du mariage en faisant un choix politique, celui d'une rupture conventionnelle du mariage. Désormais, l'accord de volonté suffit à la réalisation du divorce, il n'y a plus qu'à constater l'accord et à l'enregistrer²⁵⁷. Vive la liberté ! Quant à la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, le Gouvernement reconnaît un droit de divorcer aux personnes vulnérables²⁵⁸ et une nouvelle libéralisation en réduisant à 1 an le délai de séparation pour admettre le divorce pour altération définitive du lien conjugal voir en supprimant indirectement cette exigence de durée en cas de demandes concurrentes en divorce²⁵⁹. La question de la contractualisation de la rupture peut conduire à s'interroger à terme sur la question de la durée du contrat lui-même. Aussi, la question de la fixation d'une durée définie dans le contrat de mariage ou dans le PACS pourrait faire l'objet d'une recherche menée de façon pluridisciplinaire (sociologues, économistes notamment). La révolution d'un « droit à la désunion » est en marche forcée !

²⁵² Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, *JurisData* n° 2016-014798 ; *RTD civ.*, 2016, p. 826, obs. J. Hauser; A. Gouëzel, Réflexions sur la « liberté de mettre fin aux liens du mariage », *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2017, étude 19 ; P. Hilt, « L'incontournable droit au divorce » *Petites affiches*, 29/12/2017, n° 260, p. 9.

²⁵³ J. Hauser, note sous Cons. const., 29 juill. 2016, n° 2016-557 QPC, *RTD civ.* 2016, p. 826 et s.

²⁵⁴ P. Hilt, « L'incontournable droit au divorce » *Petites affiches*, 29/12/2017, n° 260, p. 9.

²⁵⁵ CEDH, 18 déc. 1986, n° 9697/82, Johnston et a. c/ Irlande, série A, n° 112, § 54, p. 25. Ce faisant, la Cour reprit la position adoptée auparavant par l'ancienne Commission européenne des droits de l'Homme. En effet, par le passé, cette dernière avait déjà eu l'occasion de refuser au droit au divorce toute protection conventionnelle (en ce sens : Comm. EDH, 5 oct. 1981, n° 9057/80, X c/ Suisse : Décisions et rapports, n° 26, p. 207 et s.).

²⁵⁶ Dossier, *AJF.* 2017. Dossier, *JCP N 2017*, n°s 1274 s. – Dossier, *AJF.* 2018. 143(divorce par consentement mutuel: le bilan). – Dossier, *Dr. fam.* 2018, n°s 21 s. (le divorce sans juge).

B. Beignier, « Qui prononce le divorce sans juge ? Qui marie ? - . - Du droit civil au droit privé de la famille », *Dr. fam.*, n° 4, Avril 2017, repère 4.

²⁵⁷ L. de Saint-Pern, « Le divorce sans juge en droit comparé » *Dr. fam.*, n° 9, Sept. 2018, dossier 22.

²⁵⁸ Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice du 23 mars 2019, V. notamment *AJF.*, dans ses numéros 05/2019 et 06/2019, a publié un dossier intitulé « La réforme de la justice »; V. Egéa, « La matière familiale à l'épreuve de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice », *Procédures*, n° 6, Juin 2019, étude 14.

V. également Rapport de mission interministérielle « L'évolution de la protection juridique des personnes. Reconnaître soutenir et protéger les personnes les plus vulnérables », A. Caron Déglise, 21 septembre 2018

²⁵⁹ Art. 238 al. 3 du c. civ.

Le lien de couple s'est redéfini comme plus contractuel, comme relevant d'une sphère de plus en plus privée et de moins en moins institutionnelle déplaçant l'idéal d'inconditionnalité et d'indissolubilité vers la filiation²⁶⁰, faisant ainsi de l'enfant le sujet central de définition de la famille.

B. La parenté bouleversée

La parenté en voie de mutation. La parenté constitue un enjeu individuel et collectif en ce qu'elle permet l'identification de chaque individu en l'inscrivant à une place unique et non interchangeable, au sein d'un ordre généalogique culturellement construit ; cet ordre inscrit, en outre, la personne dans le temps et dans la longue lignée des vivants et des morts²⁶¹. Rappeler ainsi que la fonction du droit n'est pas simplement une fonction de gestion ou de contrôle des identités, mais d'abord une fonction symbolique²⁶², qui fait écho à la formule désormais célèbre de Pierre Legendre reprenant le commandement du droit romain *Vitam instituere* : « il ne suffit pas de produire de la chair humaine, encore faut-il l'instituer ». Sous l'empire du Code Napoléon, le système de parenté connaissait une stabilité d'enfermement²⁶³. Or, de façon croissante, l'institution de la filiation devient incertaine, fragile, incohérente, contradictoire. Divers phénomènes, sont à l'origine d'une grande mutation de la parenté sujette à de grands bouleversements dans sa construction dont deux particulièrement influents : la tyrannie des volontés privées d'un côté et celle du biologisme de l'autre. Ces deux pentes, paradoxalement, ne s'équilibrent pas mais se nourrissent mutuellement²⁶⁴.

Les avancées spectaculaires de la science et de la technique ont, en matière de biologie et de génétique, bouleversé les données élémentaires de la procréation et questionnent les structures de la parenté : l'Homme a désormais le pouvoir de maîtriser sa propre procréation et de certifier son hérédité²⁶⁵. Cet accès à la connaissance du fait biologique, relance la question d'un « droit à la vérité biologique » mettant ainsi en péril toute la sécurité des vérités juridiquement construites. A la quête de vérité, s'ajoute une montée en puissance de l'individualisme. L'individu recherche la satisfaction pure et simple de ses désirs, le libre développement de sa personnalité et réclame ainsi le tout et son contraire (un droit à l'enfant et le droit de dénier l'enfant). Ainsi, les individus au gré de leurs volontés changeantes ou de leurs conflits, jouent tantôt de la vérité biologique ou de son absence, tantôt de la possession d'état ou de son absence pour « manipuler » à leur guise le lien de filiation²⁶⁶.

Par ailleurs, en maîtrisant le processus de la reproduction humaine, la science offre à la volonté un champ inattendu et inespéré d'emprise, qui jusqu'alors lui échappait²⁶⁷. Aussi, face à des sujets aussi passionnants et passionnels que le désir d'enfant et le mal d'enfant, la

²⁶⁰ I. Thery, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille de la vie privée*, éd. Odile Jacob, La Documentation française, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des sceaux, ministre de la justice, 1998.

²⁶¹ C. Labrusse-Riou, « La filiation en mal d'institution », *Revue Esprit*, déc. 1996.

²⁶² I. Thery, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille de la vie privée*, éd. Odile Jacob, La Documentation française, Rapport à la ministre de l'Emploi et de la Solidarité et au garde des sceaux, ministre de la justice, 1998, p. 111.

²⁶³ D. Gutmann, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, préf. François Terré, éd. LGDJ, coll. Droit privé, Tome 327, 2000, p. 139.

²⁶⁴ I. Thery, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui : Le droit face aux mutations de la famille de la vie privée*, op. cit. p. 111. V. C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, PUAM, 2009.

²⁶⁵ G. Nicolau, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, Thèse, Préf. J.-F. Vouin, PU de Bordeaux, 1991, p. 12.

²⁶⁶ V. C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, PUAM, 2009.

²⁶⁷ V. M.-C. Crespo-Brauner, B. Feuillet-Liger (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté - Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 476 p, cité par G. Gidrol-Mistral et A. Saris, *RTD civ*, 2015, p. 961.

volonté se veut souveraine, sans obstacle. La science offrant les moyens de contourner celui de l'incapacité de procréer, chacun peut accéder, même seul, aux voies d'épanouissement d'avoir un enfant. Les révolutions scientifiques contemporaines, et, en particulier, la maîtrise que l'homme a acquis sur la vie, et, en un sens, sur sa propre humanité, offre à la volonté un champ possible inespéré, et illimité. Il en ressort très clairement que l'enfant « à tout prix »²⁶⁸ n'est plus un simple mythe, ni un pur fantasme dans l'esprit de ceux ou de celles qui s'en prévalent, mais tend à devenir une réalité et un droit de plus en plus revendiqué. La volonté de devenir parent s'affirme face aux obstacles institutionnels, s'appuyant sur les principes d'égalité²⁶⁹, du droit de devenir parent et du droit de tous de donner la vie. Face aux délicates questions d'ordre éthique²⁷⁰, les sociétés conservent leurs marges d'appréciation pour faire leurs choix, en vertu des principes et des valeurs qu'elles souhaitent promouvoir²⁷¹. Ainsi, le maintien de la diversité des législations a fait naître un *law shopping*. En fraude à la loi française²⁷², certains individus n'hésitent pas à franchir les frontières pour aller « procréer » à l'étranger, à la recherche de législations toujours plus libérales, déplaçant la question sur le terrain du droit international privé et de la reconnaissance des situations²⁷³. Selon le droit européen, les Etats ont une obligation positive de reconnaître le lien de filiation entre le parent d'intention, qu'il soit biologiquement le parent ou non, mais la Cour EDH maintient en faveur des Etats une marge d'appréciation quant aux choix des modes d'établissement du lien de filiation de l'enfant issu d'une GPA²⁷⁴. En opposition avec la position de l'Assemblée plénière²⁷⁵, la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation a récemment fait le choix d'aller plus loin que les exigences internes et européennes en admettant une transcription intégrale sous réserve de la régularité de l'acte établi à l'étranger²⁷⁶. S'appuyant sur l'article 47 du code civil, examiné à la lumière de l'article 8 de la CEDH et de l'intérêt supérieur de l'enfant, la 1^{ère} chambre civile a fait de la transcription le modèle de reconnaissance du lien de filiation.

²⁶⁸ A. Lamboley, « L'enfant à tout prix. Le permis et l'interdit », *In Mélanges Christian Mouly*, Litec, 1998, p. 313 ; J. Robert, « La biologie et la génétique. Face aux incertitudes du droit », *In Génétique, procréation et droit, Actes du Colloque du 18 et 19 janvier 1985*, éd. Hubet-Nyssen, coll. Actes Sud, 1985, p. 363 ; B. Beignier, « Les pères ont-ils un avenir ? », *Dr. fam.*, n° 2, février 2019, repère 2.

²⁶⁹ V. L'éviction du raisonnement sur le principe d'égalité. CE, 1^{er} et 4^e ch. réunies, 28 sept. 2018, no 421899.

²⁷⁰ L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a ainsi refusé le 11 octobre 2016, d'adopter un rapport visant à réglementer la GPA, *Dr. fam.*, 2016, Al. 98. Mêmes résistances de l'Union européenne : le *Rapport 2014 sur les droits de l'Homme et la démocratie dans le monde et sur la politique de l'UE en la matière*, adopté par le Parlement européen le 17 décembre 2015, « condamne la pratique de la gestation pour autrui qui va à l'encontre de la dignité humaine de la femme, dont le corps et les fonctions reproductives sont utilisés comme des marchandises » (par. 114) ; selon le Parlement, cette pratique « doit être interdite » et « doit être examinée en priorité dans le cadre des instruments de défense des droits de l'Homme ».

²⁷¹ cf. I. Théry et A.-M. Leroyer, *Filiation, origines, parentalité, le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, éd. Odile Jacob, 2014.

²⁷² Centre de recherche et d'études juridiques, « Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde », *Revue Juridique Personnes et Famille*, n° 7, 1er juillet 2017.

²⁷³ E. Bonifay, « Les conflits en droit international privé », *In L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction C. Siffrein-Blanc et A-C Réglie, éd. Fondation Varenne, coll. Essais, octobre 2018, p. 205.

²⁷⁴ C. Siffrein-Blanc, « GPA : Pas de transcription impérative, l'adoption suffit pour établir le lien de filiation du parent d'intention même biologique ! » obs. sous CEDH 16 juill. 2020, D. c/ France, no 11288/18, *Dr. fam.*, n°1, janvier 2021, com. n°5.

²⁷⁵ V. la position de l'Ass. Plén. qui admet la transcription *in concreto* Cass., ass. plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053, *JCP G* 2019, 1184, A. Gouttenoire et F. Sudre ; *Dr. fam.* 2019, comm. 261, J.R. Binet

²⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 18 déc. 2019, n° 18-12.327, n° 18-14.751 et 18-50.007, *JCP G.*, n° 52, 23 déc. 2019, 1362, Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2020, n°18-15.368, Cass. 1^{re} civ., 13 janv. 2021, n° 19-18.929 et 19-50.046, *Dr. fam.*, avril 2021, n°52 obs. V. Egéa.

C. Siffrein-Blanc, « GPA : intérêt de l'enfant ou « droit de devenir parent », note sous CA Rennes, 6e ch., 27 janv. 2020, n° 18/04247, n° 18/03564, n° 18/02580 : JurisData n° 2020-000852, *Dr. fam.*, juin 2020, n°92

Or, la reconnaissance intégrale des actes étrangers revient à fragiliser nos principes essentiels d'ordre public encadrant aujourd'hui la procréation. Dans ce contexte, le cadre institutionnel de la filiation peine à conserver ses propres structures et ses principes éthiques²⁷⁷.

Le débat est infiniment plus délicat que ce qu'il ne pourrait laisser paraître et justifie plus que jamais l'intervention du législateur²⁷⁸. Alors que le Sénat²⁷⁹ avait adopté dans le cadre de la révision des lois bioéthiques, une position très ferme, en ajoutant un nouvel article 47-1 du code civil afin de contre-carrer ces dernières positions jurisprudentielles et refuser ainsi la transcription d'une maternité d'intention, l'Assemblée nationale l'a supprimé en deuxième lecture²⁸⁰ alors même qu'il était réaffirmé, dans le même temps, dans l'hémicycle que « l'interdit de la GPA reste une ligne rouge pour le gouvernement²⁸¹. Si la GPA en droit interne doit rester absolument un interdit infranchissable, reste que les divergences jurisprudentielles sur l'accueil des situations étrangères mériteraient de nouveaux débats et une position législative claire.

Ce « tourisme » procréatif a conduit indubitablement, à s'interroger certes sur la réception des situations étrangères, mais plus largement sur l'évolution même de la législation.

Le Projet de loi bioéthique a été adopté, par l'Assemblée nationale, dans les conditions prévues à l'article 45, alinéa 4, de la Constitution, relatif à la bioéthique le 29 juin 2021, et le conseil constitutionnel fut saisi le 2 juillet 2021. Sous réserve de validation, la loi bioéthique vient révolutionner la parenté. Sous réserve de consentement, la PMA devient accessible à tous sans que soit exigée une infertilité médicalement constatée. L'accès médicale à la procréation devient un droit pour toutes les femmes ou les couples ayant un projet parental.

Dans ce contexte, le cadre institutionnel de la filiation peine à conserver ses structures, des contradictions et incohérences se dessinent dues notamment à la fragilité des fondements sur lesquels reposent les nouvelles dispositions. L'ouverture de la filiation aux couples de personnes de même sexe, par le biais de la PMA, de l'adoption, la reconnaissance des situations créées à l'étranger suite une GPA²⁸², interrogent le maintien des interdits.

La remise en question d'un des piliers structurants questionne l'existence des autres. Jusqu'où peut-on aller ?

L'influence toujours plus prégnante des droits fondamentaux et les progrès exponentiels de la science tendent à remettre en cause les principes structurants de la parenté. L'interdit de l'inceste, structurant l'ordre généalogique, trouva grâce aux yeux des juges français²⁸³, sous les auspices du contrôle de proportionnalité fondé sur l'intérêt de l'enfant et le droit à la vie privée et familiale de ce dernier²⁸⁴. Si l'éviction de l'article 310-2 du code civil ne fut

²⁷⁷ J. R. Binet, « Bioéthique : que restera-t-il du système français ? », *Dr. fam.*, n° 10, Octobre 2020, repère 9

²⁷⁸ Projet de loi relatif à la bioéthique, n° 2187, déposé(e) le 24 juillet 2019

²⁷⁹ Projet de loi, modifié, par le Sénat, relatif à la bioéthique le 4 février 2020, T.A. n° 0055

²⁸⁰ Projet de loi, adopté avec modifications, par l'Assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la bioéthique le 31 juillet 2020

²⁸¹ En séances publiques, le 27 juillet, le 30 juillet et encore le 31 juillet 2020

²⁸² Cass. Avis, 22 septembre 2014, *AJ fam.* 2014. 555, obs. F. Chénéde ; *ibid.* 523, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *RTD civ.* 2014. 872, obs. J. Hauser ; *RDSS* 2014. 1145, obs. L. Brunet ; *RLDC* 2014/121, n° 5652, obs. Le Boursicot M.-Ch) ; Cass. Ass. Plénière, du 3 juillet 2015 n° 14-21.323 et 15-50.002, *JurisData* n°2015-015881 ; *Dr. famille* 2015, repère 8, J.-R. Binet ; *ibid.*, comm. 166, Cl. Neirinck ; *JCP G* 2015, 965, A. Gouttenoire ; *AJ Famille* 2015 p.496, obs. F. Chénéde ; CEDH *Labassée c. France*, 26 juin 2014, n° 65941/11, *JurisData* n° 2014-015214 ; *Dr. fam.* 2014, comm. 128, C. Neirinck ; *AJDA* 2014. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; *D.* 2014. 1797, et les obs., note F. Chénéde ; *ibid.* 1773, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.* 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

Centre de recherche et d'études juridiques, « Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde », *RJPF*, n° 7, 1er juillet 2017.

²⁸³ CA Caen, 8 juin 2017, n° 16/01314, *AJ Famille* 2017 p.545.

²⁸⁴ Sur le fondement, des art. 8 et 14 de la Conv. EDH, ensemble et de l'article 7 de la Conv. de New York,

prononcée qu'*in casus*, sa conventionalité générale n'est peut-être plus qu'une question de temps²⁸⁵. Le silence sur l'inceste était initialement un choix social, une protection pour l'enfant et la famille, désormais, c'est le silence et la non reconnaissance du lien qui sont considérés comme potentiellement préjudiciable à l'enfant. Le droit au changement de sexe d'une personne à l'état civil sans exiger la perte de ses facultés reproductrices d'origine²⁸⁶ interroge sur la maternité de la femme transsexuelle ou de la paternité de l'homme transsexuel. La Cour d'appel de Montpellier a tenté de résoudre l'inextricable en admettant à côté du père et de la mère, la mention : « parent biologique »²⁸⁷, pour l'homme devenu femme ayant engendré un enfant ce que la Cour de cassation²⁸⁸ rejeta. La cour a affirmé avec détermination que s'il ne revient pas au juge de faire œuvre prétorienne en créant une nouvelle catégorie d'acte à l'état civil pour combler un « vide législatif », il lui appartient de pallier les carences du législateur en usant des moyens juridiques existants. Si elle admet que l'établissement du lien de filiation biologique d'une femme transgenre par le biais d'une reconnaissance de paternité porte atteinte à sa vie privée et familiale, elle est légitimée selon elle par la préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant. Mais est-ce si évident ? L'établissement préserve-t-il véritablement son droit à sa vie privée et son intérêt supérieur ? En quête perpétuelle de nouvelles prouesses techniques, la science dépasse, quant à elle chaque fois un peu plus les limites institutionnelles de la parenté²⁸⁹. Tout dernièrement, une nouvelle technique scientifique admise dans certains pays, permettant de modifier l'ADN pour éviter les maladies mitochondriales en concevant un « embryon à trois parents »²⁹⁰, balaye

²⁸⁵ S. Perrin, « La filiation de l'enfant issu d'un inceste absolu : vers la fin d'une discrimination ? », *Dr. fam.* n° 6, juin 2010. Étude 16.

²⁸⁶ L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016 ; circ. 17 févr. 2017 ; décr. n° 2017-450, 29 mars 2017. Art. 61-7 du code civil.

²⁸⁷ CA Montpellier, 4 novembre 2018, n° 16/06059, JurisData n° 2018-019949.

²⁸⁸ C. Siffrein-Blanc, « Une femme transgenre sera père au nom des droits de l'enfant à son identité », note sous Cass. 1^{ère} civ., 16 sept. 2020, n° 18-50.080 et 19-11.251, FS-P+B+R+I : JurisData n° 2020-013347, *Dr. fam.*, n° 11, nov. 2020, comm. 146.

²⁸⁹ « Depuis le début des recherches de Robert Edwards dans les années 60 sur la fécondation humaine, les applications en ce domaine n'ont cessé d'évoluer et de bouleverser les conceptions de la parenté : première naissance des suites d'une fécondation in vitro (Angleterre, 1978), congélation d'ovules (1980), puis d'embryons (1984), fécondation d'un ovule par un seul sperme permettant de faire face à la stérilité masculine (1992), premier diagnostic génétique préimplantatoire (Angleterre, 1994). À partir des années 2000, les avancées biotechnologiques bousculent un peu plus les frontières de la parenté : prélèvement, conservation et greffe de fragments d'ovaires contenant des follicules (Danemark, 2000) ou encore d'utérus (Suède, 2014), modification de l'ADN pour éviter les maladies mitochondriales (Angleterre 2015) » Maria-Claudia Crespo-Brauner, Brigitte Feuillet-Liger (dir.), *Les incidences de la biomédecine sur la parenté - Approche internationale*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 476 p, cité par Gaële Gidrol-Mistral Anne Saris, *RTD civ*, 2015, p. 961.

²⁹⁰ <https://www.newscientist.com/article/2107219-exclusive-worlds-first-baby-born-with-new-3-parent-technique/>

Modification de l'ADN pour éviter les maladies mitochondriales en concevant un « embryon à trois parents » grâce à un remplacement mitochondrial, qui peut avoir lieu avant la fécondation par un transfert de mitochondries sur l'ovocyte, ou après la fécondation par un transfert de mitochondries sur l'œuf fécondé (Angleterre, 2015). Le 24 févr. 2015, le Royaume-Uni est devenu le premier État au monde à autoriser le transfert mitochondrial qui permet de remplacer une partie défectueuse de l'ADN transmis par la mère par celui d'une autre femme afin d'éviter la transmission d'une maladie génétique. L'utilisation de cette technique conduit à la transmission à l'enfant du patrimoine génétique de trois personnes : un homme et deux femmes. *AJF* 2015, p. 125.

La prudence est aussi liée à un précédent : à la fin des années 1990, aux Etats-Unis, des injections de mitochondries de donneuses (on parle de « transfert cytoplasmique ») dans des ovocytes avaient déjà conduit à la naissance de plusieurs dizaines d'enfants. Les enfants ainsi conçus étaient « à quatre ADN ». Si certains sont aujourd'hui en parfaite santé, d'autres ont présenté des anomalies de développement, si bien que les autorités sanitaires américaines ont demandé aux cliniques d'arrêter en 2002. V. https://www.lemonde.fr/sciences/article/2016/09/28/premiere-naissance-d-un-bebe-a-trois-parents_5004492_1650684.html

d'un revers le sacro-saint principe de biparenté et ouvre pleinement la question de la pluriparenté²⁹¹.

Si l'idée « d'un droit à l'enfant » est systématiquement évoqué pour être dénié²⁹², en ce que cela reviendrait à faire de lui un objet de droit²⁹³, la montée en puissance de l'individualisme, des droits fondamentaux et notamment du « droit de devenir parent »²⁹⁴, questionnent une fois de plus les équilibres recherchés, entre les intérêts privés et l'intérêt public. Au cœur de mes écrits, je m'attèle à réfléchir sur les fondements qui structurent la parenté et propose de ne jamais perdre pas de vue que « le propre d'un système de filiation est avant tout d'être lisible, cohérent et sécurisant ; qu'il se doit aussi de contenir la possible tyrannie des uns sur les autres, et d'instituer un lien "humain" entre des "personnes" »²⁹⁵.

Quelle place pour les autres liens ? Si la famille connaît une crise institutionnelle sans précédent, elle a cette extraordinaire capacité à s'adapter aux diverses évolutions sociales et scientifiques, laissant de côté le modèle unique, hiérarchique et vertical pour laisser place à libéralisation des liens familiaux. Aussi, émergent d'autres réseaux de liens qui tantôt s'additionnent tantôt sont vécus comme des alternatives, peut-être des suppléances aux liens dits traditionnels. La Cour EDH, par son interprétation casuistique de la « vie familiale », reconnaît le droit à la protection des relations affectives nouées en dehors²⁹⁶ des liens traditionnels. Cette interprétation extensive de la notion de « vie familiale » invite à prendre en compte la diversité et la pluralité des modèles familiaux²⁹⁷, par une analyse casuistique des situations : la constance d'une relation, l'effectivité des liens, l'intention de créer des liens étroits, une cohabitation, des sentiments réciproques entre l'enfant et le tiers.

Les secondes familles répondent à l'idée de ce que les philosophes du droit appellent le droit "post-moderne" c'est-à-dire marqué par le relativisme, le pluralisme, la flexibilité, la mobilité²⁹⁸. L'essor de ces familles dites « recomposées »²⁹⁹, conduit logiquement à s'interroger sur la place réservée par notre droit aux « beaux-parents ».

²⁹¹ A l'étranger, un juge de Santa Maria, à Rio Grande do Sul au sud du Brésil, a reconnu un bébé et ses trois parents le 13 septembre 2018.

²⁹² C. Brunetti-Pons (dir.), *Le « droit à l'enfant » et la filiation en France et dans le monde*, LexisNexis, 2018, p.600. v. contra Selon Robert Badinter, alors Garde des Sceaux (1985), « *Le droit de tout être humain de donner la vie* » implique « *sa liberté de choisir les moyens par lesquels il pourra donner la vie* » cité et critiqué, par P. Verspieren, « Un droit à l'enfant ? », *Etudes*, 1985, 683.

²⁹³ H. Fulchiron, « Le droit à l'enfant : faux droit, vrai danger ? », *In L'intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction C. Siffrein-Blanc et A.-Cl. Réglier, éd. Fondation Varenne, coll. Essais, octobre 2018, p. 217.

²⁹⁴ cf. not. F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne de droits de l'homme*, Nemesis-Bruylant, 2002. Cour EDH, Gr. ch., Dickson c. Royaume-Uni, 4 décembre 2007, req. n°44362/04.

²⁹⁵ F. Bellivier, L. Brunet et C. Labrusse-Riou, « La filiation, la génétique et le juge : où est passée la loi ? », *RTD civ.*, 1999, chr., p. 529.

²⁹⁶ La Cour a considéré que les liens tissés avec un enfant par des tiers, sans lien de parenté, pouvaient s'analyser en une vie familiale de fait, protégée au titre de l'article 8 de la Convention. Voir notamment l'arrêt CEDH, X, Y et Z c. Royaume-Uni du 22 avril 1997. Par une analyse casuistique des situations (une relation constante et effective pour créer des liens étroits, une cohabitation, des sentiments réciproques entre l'enfant et le tiers), la cour recommande aux Etats de protéger les relations familiales sans que la protection ne soit réservée à la famille traditionnelle. V. Rapport annuel du défenseur des droits, « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », 2006, p. 51.

²⁹⁷ Rapport annuel du défenseur des droits, « L'enfant au cœur des nouvelles parentalités. Pour un statut des tiers qui partagent ou ont partagé la vie d'un enfant et ont des liens affectifs forts avec lui », 2006, p. 51.

²⁹⁸ J. Commaille, « Les aspects sociologiques », *Petites Affiches*, 1^{er} octobre 1997, n°118, p. 9.

²⁹⁹ Le choix d'un terme apte à désigner ces entités familiales nouvelles a soulevé bien des controverses. Aussi a-t-on pu hésiter entre « familles reconstituées », « première et secondes familles », « famille primaire, familles secondaires ». A cet égard, V. l'avant-propos de J. Rubellin-Devichi, *Petites Affiches*, 1^{er} octobre 1997, n°118, p. 7.

Si l'évolution très récente du droit contemporain de la famille tente de faire une place au tiers ayant de liens étroits et stables avec l'enfant³⁰⁰, le principe d'exclusivité qui signifie que l'enfant ne peut être l'enfant que deux personnes, empêche encore aujourd'hui de penser les liens autour de l'enfant de façon plurielle³⁰¹.

Rivaux, concurrents, les liens d'attachement peinent à se dessiner de façon additionnelle³⁰² et ne semblent être envisagés que de façon exclusive autour d'une suprématie du lien juridique. Comme si l'on ne pouvait pas « aimer » plusieurs personnes en même temps. Comme si l'affectif ne se partageait pas et que reconnaître des liens factuels serait mettre en péril les liens originels. Dans un contexte où l'enfant connaît des recompositions familiales ou parfois des séparations familiales la question de la reconnaissance des liens tissés avec un beau-parent ou une famille d'accueil se pose avec acuité. Le droit est directement interpellé, c'est lui qui sert de caution au maintien d'une structuration exclusive de la filiation, qui empêche que puissent être régulées les situations de pluriparentalité, que soit au regard des beaux-parents, des co-parents des familles homoparentales, ou des assistants familiaux des familles d'accueil.

L'étude pluridisciplinaire, financée par l'ONPE, intitulé « Qu'est-ce qui fait famille en accueil familial ? », questionne notamment la reconnaissance des liens d'affiliation en famille d'accueil. Le croisement des regards sociologiques et juridiques³⁰³ rendent compte des différentes reconfigurations de la parentalité. A partir d'une triple grille d'analyse (Enfants-parents, Enfants- assistant familial. Enfants-enfants accueillis, fratrie), la recherche a mis en exergue la façon dont ces relations interfèrent avec le cadre juridique existant, tant pour les favoriser que pour les limiter. L'étude montre combien l'affiliation sociale, psychique et affective des enfants se distingue de leur filiation. Les enfants se positionnent de ce fait sur un continuum qui va de la multiplication à la déperdition des liens familiaux d'accueil et d'origine, depuis une reconnaissance d'une pluriparentalité jusqu'à une déperdition des liens pouvant mener à une désaffiliation pour certains. Ainsi quatre modèles de suppléance ont été identifiés. La suppléance substitutive intervient quand la famille d'accueil remplace une famille d'origine « abandonnique », absente ou trop distante, la suppléance partagée s'instaure quand une vraie collaboration permet d'accéder à la coparentalité. La suppléance soutenante cherche bien plus à seconder un milieu familial d'origine certes présent mais aux compétences éducatives très fragilisées. Enfin la suppléance incertaine renvoie à une situation où l'enfant n'en a investi aucune. Bien au-delà des liens de filiation, ce qui semble surtout compter, c'est cette affiliation structurée autour d'une vie commune partagée et d'une relation d'affection réciproque.

Or, le système français de protection de l'enfance s'appuie sur une appréciation abstraite de l'intérêt de l'enfant selon lequel la préservation de son intérêt doit être assurée, avant tout, au

³⁰⁰ A. Mirkovic, « Un statut pour le beau-parent ? », *D.*, 2008, p. 1709.

L'article 371-4 du code civil pour les relations avec le tiers.

L'examen des travaux parlementaires de la loi montre clairement que le législateur avait comme souhait de permettre au beau-parent d'avoir une place en assouplissant les règles relatives à la délégation de l'autorité parentale. M. Dolez, « Rapport sur l'autorité parentale », 13 juin 2002, n°3117, www.assemblee-nationale.fr/11/rapports/r3117.asp.

C. Siffrein-Blanc, « L'absence de circonstance particulière n'empêche pas la délégation-partage », note sous TGI Paris, 21 septembre 2012, *AJF*, 2012. 550

³⁰¹ C. Siffrein-Blanc, « Une lecture juridique du lien de filiation au soutien de la famille d'accueil », *In parentalité d'accueil et mémoire*, sous direction N. Chapon, PUP 2016, p. 67-78 ; C. Siffrein-Blanc, « Pas de délégation partagée sans accord du parent ! », note sous Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2021, *Dr. fam.*, n°7-8, juillet-août 2021, com. n°110.

³⁰² M. C. Rivier, « L'introuvable statut du beau-parent », *In L'autorité parentale en question*, F. Dekeuwer-Défossez et Christine Choain (Eds), LERADP, Université du Droit et de la Santé, Lille 2, PU Septentrion, Droit des personnes et de la famille, 2003, p. 177

³⁰³ N. Chapon, C. Siffrein-Blanc, G. Neyrand, E. Bonifay, M. Rosingana, « La question des liens en accueil familial "Qu'est-ce qui fait famille en accueil familial ?" », rapport ONPE, 2017. N. Chapon, C. Siffrein-Blanc, G. Neyrand, *Les liens en accueil familial*, Erès, Collection « Enfance et parentalité », 2018.

sein de sa famille d'origine. La perspective des législations en vigueur est celle de la restauration des liens familiaux existants entre l'enfant placé et sa cellule familiale d'origine et, si cela devait s'avérer difficile voire impossible, l'encouragement au maintien des relations. Cette culture du parent d'origine, l'idéologie de la conception pro-familiale continue à faire obstruction au besoin de l'enfant de nouer des liens d'attachement durable, stable et sécurisant.

Bien que l'intérêt de l'enfant soit désormais placé au cœur de la protection de l'enfance depuis la réforme de 2016, qui a réalisé des avancées indéniables sur la question de la stabilisation des parcours et de la recherche du statut le plus adapté à l'enfant, le législateur n'a pas mis l'accent sur l'exigence de stabilité affective de l'enfant en favorisant la consolidation des liens que celui-ci a pu nouer avec des tiers bienveillants³⁰⁴. Or, réfuter l'idée d'une pluralité dans les fonctions parentales d'éducation c'est réfuter les réalités vécues et partagées par les enfants et les tiers intervenants. Ainsi, la reconnaissance de l'importance pour l'enfant de développer un attachement sécurisant et stable devrait être l'un des objectifs premiers de sa protection au même titre que celui de préserver ses liens familiaux d'origine, ces deux impératifs devant alors coexister. Peut-être faut-il repenser les liens de parenté et de parentalité et se détacher du principe d'exclusivité des liens de filiation pour laisser place à une pluralité des liens. Répondre au besoin de l'enfant aider l'enfant à grandir dans un contexte stable et sécurisant passe peut-être par une redéfinition des configurations familiales et à la reconnaissance d'une pluralité des liens³⁰⁵.

C. L'ordre public familial de direction supplanté par un ordre public de protection

Parce que la famille est la source de toute société, qu'elle est « la pépinière de l'Etat »³⁰⁶, l'Etat a pendant longtemps revendiqué le monopole de sa construction. L'essentiel était la préservation de l'ordre social traditionnel qu'elle représentait, l'objectif principal du droit, à l'origine, était de préserver l'unité du mariage, institution fondatrice de la famille. Mais la famille était une entité relativement close à l'intérieure de laquelle les rapports interpersonnels s'organisaient de manière assez affranchie du regard de l'État. L'État se réservait l'exclusivité de la production normative en droit de la famille au détriment de l'expression des volontés particulières. Cette préoccupation prévalait clairement sur celle de protection des personnes qui composaient la famille, et notamment l'épouse ou l'enfant³⁰⁷.

L'ordre public de direction est alors légal et autoritaire. Il repose sur une certaine vision, anthropologique et philosophique, de la famille, impose une « infrastructure », des valeurs et une finalité. La famille est conçue comme une cellule sociale à part entière - non pas comme un agrégat d'individus³⁰⁸. C'est à la défense de cette infrastructure *holistique* ou *socialisante* que répond l'ordre public familial de direction.

³⁰⁴ A. Gouttenoire, F. Eudier, « La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant -Une réforme « impressionniste », *JCP G.*, n° 16, 18 Avril 2016, doct. 479.

³⁰⁵ C. Siffrein-Blanc, « Une lecture juridique du lien de filiation au soutien de la famille d'accueil », *In parentalité d'accueil et mémoire*, sous direction N. Chapon, PUP 2016, p. 67-78

³⁰⁶ Portalis, « Présentation au corps législatif », séance du 16 ventôse an XI, Fenet, t. 9, p. 138.

³⁰⁷ M. Couturier, « Les évolutions du droit français face aux violences conjugales. De la préservation de l'institution familiale à la protection des membres de la famille », *Dialogue*, 2011/1 (n° 191), p. 67-78. DOI : 10.3917/dia.191.0067. URL : <https://www.cairn.info/revue-dialogue-2011-1-page-67.htm>

³⁰⁸ Ch. Masson « L'ordre public familial en péril ? » *RTD civ.*, 2018, pp.809.

L'évolution que connaît aujourd'hui la famille se traduit par un renouveau de l'ordre public³⁰⁹. Avec l'émergence des droits fondamentaux, des principes d'égalité et de liberté, le principe d'autonomie de la volonté, l'interventionnisme de l'Etat a évolué.

Le rôle de l'ordre public se concentre dorénavant sur la protection des grands principes à valeur universelle, de liberté et d'égalité³¹⁰. En somme, l'État se préoccupe moins, à l'heure actuelle, de l'organisation générale de la famille que du respect des prérogatives essentielles de ceux qui la composent³¹¹. Le principe d'égalité supplante le principe ancien de hiérarchie des rapports familiaux. Le principe d'égalité a commencé à s'immiscer dans les rapports familiaux avec la reconnaissance du droit des femmes³¹². S'en est suivi une égalité, dans relations conjugales, patrimoniales mais aussi parentales défiant et supplantant le pouvoir absolu du mari chef de famille. Quant au principe d'égalité entre les enfants, qui conduit à reconnaître les mêmes droits à l'enfant qu'il soit né en mariage ou adultérin, c'est bien la protection individuelle de tous les enfants qui prime au détriment de la protection de la cellule familiale fondée sur le mariage. Avec le principe de liberté, l'un individualisme juridique conduit à concevoir la famille comme un lieu d'interaction entre droits subjectifs concurrents. Dans cette conception, une place importante doit être laissée aux accords de volontés entre époux ou parents, à rebours des règles impératives ou d'indisponibilité. Dès lors l'accès à la conjugalité, à sa dissolution, ou encore à la filiation doit être gouverné par le principe de la liberté individuelle³¹³. L'ordre public classique se retire, laissant place à une déjudiciarisation et une contractualisation des rapports familiaux³¹⁴.

La tendance en matière familiale est au développement des modes alternatifs de règlement des différends³¹⁵. Pour reprendre la formule d'Anne Leborgne, le développement des modes alternatifs de règlement des différends en matière familiale permettrait de « restituer aux citoyens la responsabilité de divers aspects de leur vie, et particulièrement le règlement de leurs conflits » en mettant en œuvre une justice « plus sociale que légale, visant moins l'application stricte du droit que la restauration de la paix sociale et l'adhésion des parties au règlement du litige »³¹⁶

Mais cette reconnaissance, par le législateur, de la possibilité pour les époux ou les parents de signer des conventions n'a pas rimé avec un retrait total de l'État. Les conventions passées étaient et le sont encore pour certaines soumises à un contrôle étatique par l'emprise du pouvoir judiciaire. Pour donner effet aux conventions, l'homologation judiciaire était devenue la règle. L'Etat s'octroyait ainsi un pouvoir de contrôle à travers cette exigence d'approbation judiciaire supposant un contrôle de légalité et d'opportunité dans le respect des intérêts de la

³⁰⁹ F. Terré «Rapport introductif» in *L'Ordre public à la fin du xxe siècle*, avec la coordination de Th. Revet, coll. «Thèmes et commentaires», Dalloz, 1996, p. 6.

³¹⁰ V. Egéa, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2020, 3^e éd., n°30.

³¹¹ M. Couturier, « Les évolutions du droit français face aux violences conjugales. De la préservation de l'institution familiale à la protection des membres de la famille », *Dialogue*, 2011/1 (n° 191), p. 67-78. DOI : 10.3917/dia.191.0067. URL : <https://www.cairn.info/revue-dialogue-2011-1-page-67.htm>

³¹² Participation à la journée internationale des Droits des femmes, organisée par le barreau de Marseille le 8 mars 2019, *Etat de lieux, féminisme et droits des femmes où en sommes-nous ?* .

Intervention sur « Etat de lieux, féminisme et droits des femmes où en sommes-nous ? ».

³¹³ Ch. Masson « L'ordre public familial en péril ? » *RTD civ.*, 2018, pp.809.

³¹⁴ V. Egéa, *Droit de la famille*, LexisNexis, 2020, 3^e éd., n°35 ; D. Borrillo, *La famille par contrat*, PUF, 2018, S. Moracchini-Zeidenberg, « La contractualisation du droit de la famille », *RTD civ.*, 2016, p. 773 ; D. Fenouillet, P. de Vareilles-Sommières, *La contractualisation de la famille*, Economica, 2002.

³¹⁵ A. Leborgne, « La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux », *RLCD*, 2015, p. 63 ; A. Leborgne, « La pratique de la médiation familiale judiciaire : étude menée dans le ressort de la cour d'appel d'Aix-en-Provence », *Gaz. Pal.*, 2015, p. 14.

³¹⁶ A. Leborgne, « Le programme gouvernemental de médiation familiale du Québec, ou comment penser le conflit familial à partir de l'intérêt de l'enfant », in *Mélange en l'honneur du professeur Cl. Neirinck* : LexisNexis, 2015, p. 310.

famille. Toutefois, le maintien de l'ordre public par le contrôle judiciaire des accords parentaux est lui aussi en passe de céder sa place à une privatisation des rapports familiaux. En effet, les dernières réformes en droit de la famille sont nettement marquées par le sceau de la déjudiciarisation et le recul de l'ordre public de contrôle³¹⁷.

Qu'il s'agisse de la contractualisation de la famille ou de sa déjudiciarisation, les processus ne sont pas achevés³¹⁸. Les possibilités d'aller encore plus loin ne manquent pas : fixation de la durée du contrat de mariage, mandat d'éducation quotidienne confié à un tiers, convention écartant ou modifiant les règles d'attribution de l'autorité parentale, convention de mère porteuse, etc. Mais le processus est en marche et l'on ne voit pas bien ce qui pourrait l'arrêter.

A côté d'un ordre public de direction de plus en plus contesté et réduit³¹⁹, d'un corpus portant des valeurs de liberté d'égalité, un autre *corpus* normatif à portée générale s'impose aux familles. Seulement, la philosophie diffère en ce qu'elle n'est pas sociale, collective, mais protectrice des personnes vulnérables. Ainsi au fil du temps, une police des personnes vient supplanter l'ancienne police des mœurs garantissant aux individus une protection de leurs droits. Progressivement, l'Etat s'arroge par la loi ou par les juges un pouvoir de contrôle croissant dont l'objectif n'est plus la protection de l'entité mais celle de ses membres.

Cette approche subjectiviste de l'ordre public familial est topique lorsque l'on regarde l'évolution de la prise en compte par le droit de la protection de l'enfant et des violences conjugales.

L'enfant va acquérir une valeur sacrée qu'il conviendra de protéger conduisant à un transfert à l'Etat des prérogatives d'éducation et de protection autrefois réservées exclusivement au *pater familias*³²⁰. Les normes protectrices de l'enfance se sont multipliées, partant des lois sur le travail des enfants, celles sur l'école obligatoire, celles sur la protection de l'enfance.

Cette interrogation sur la capacité des parents à assumer leur fonction parentale prend depuis quelques années une nouvelle figure. La protection de l'enfant garantie par le régime d'incapacité doublé d'une autorité parentale sous contrôle va apparaître insuffisante. Avec l'adoption de la Convention internationale des droits de l'enfant, se développe alors les droits propres reconnus à l'enfant venant ainsi modifier en profondeur, la place et le rôle des individus constituant la famille et l'autorité parentale elle-même. L'Etat renforce alors les contrôles et les prescriptions, invite à reformuler une éthique du devoir et des responsabilités parentales juridiquement codées au travers d'obligations légales ou jurisprudentielles (protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation dans le respect de sa personne, exiger d'impliquer l'enfant dans les décisions qui le concernent, exercer l'autorité sans violences physiques ou psychologiques, respecter les relations parentales et familiales, avoir des capacités éducatives, être impliqué et disponible pour avoir un droit d'hébergement le

³¹⁷ V. notamment Loi de simplification du droit du 16 février 2015 en matière d'administration légale, Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 créant le divorce sans juge ; L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022, déjudiciarisation en matière de changement de régime matrimonial, de filiation notamment.

³¹⁸ V. notamment A. Gouttenoire (dir.), Les plans parentaux extrajudiciaires, rapport au défenseur des droits : CERFAPS, Bordeaux, 2016, p. 13

³¹⁹ X. Labbé, « Le mariage Homosexuel et l'union civile », *JCP N.*, 2012, 1360. V. l'exemple relatif au devoir de fidélité : TGI Paris, 5e ch., 2e sect., 9 février 2017, RG n° 15/07813 : « L'obligation de fidélité relève d'un ordre public de protection et non d'un ordre public de direction dès lors que la violation de cette obligation peut ne pas être retenue comme une faute, cause de divorce soit par exemple parce que les époux se sont déliés d'un commun accord de cette obligation, soit parce que l'infidélité d'un époux peut être excusée par le comportement de l'autre, autant de dérogations qui caractérisent que cette obligation de fidélité prévue à l'art. 212 du Code civil relève de l'ordre public de protection dont ne peuvent se prévaloir que les époux et non de l'ordre public de direction qui lui, ne supporte aucune dérogation.

³²⁰ J. Ph Agresti, « L'intérêt de l'enfant : entre mythe et réalité ? » *In Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous dir. A.-C. Réglier et C. Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, collection Colloques et Essais, septembre 2018, p. 53.

plus élargi possible...). Mais l'évolution en ce domaine n'est pas achevée. C'est à ce titre que j'interroge dans mes recherches, l'importance de passer à la reconnaissance du terme de « responsabilité parentale »³²¹ pour remplacer celui d'autorité parentale, terme ayant lui-même suppléé celui de puissance paternelle. L'introduction de la notion de responsabilité permettrait, à travers l'exigence de contraintes et d'obligations, un équilibre des libertés et un réel respect des droits de l'enfant.

Ce même mouvement d'interventionnisme étatique au sein de la cellule familiale anciennement close se retrouve dans les relations au sein du couple notamment lorsque l'on observe la question des violences conjugales³²². Pendant des siècles la conception holistique du mariage justifiait en toute impunité, des situations de violences y compris de viol entre époux. Le mouvement d'individualisation de la protection fut amorcé par la Cour de cassation en 1992 lorsqu'elle a remis en cause pour la première fois la présomption irréfragable de consentement à l'acte sexuel de l'épouse³²³. S'en sont suivies de nombreuses réformes attestant de l'importance du devoir de respect entre époux et de la lutte contre toutes formes de violences familiales³²⁴. Chaque époux, est désormais titulaire « contre » l'autre, si besoin avec l'aide du ministère public, d'un droit au respect de son intégrité physique et morale³²⁵.

« D'un « **ordre public** tourné vers l'épanouissement de la société, présumé assurer celui de l'individu, on passe [ainsi] à un **ordre public** tourné vers l'épanouissement de l'individu, présumé assurer celui de la société »³²⁶.

Conclusion

³²¹ V. C. Siffrein-Blanc, *La parenté en droit civil français. Étude critique*, PUAM, 2009 ; N. Chapon, G. Neyrand, C. Siffrein-Blanc, *Les liens affectifs en famille d'accueil*, Erès, Collection « Enfance et parentalité », 2018.

³²² Participation aux rencontres sur Comment fédérer et mobiliser *les accompagnants et témoins en matière de violences conjugales* ? animée par Cécile Muschotti, Députée du Var, et Alexandra Louis, Députée des Bouches du Rhône, dans le cadre du groupe de travail de la Région PACA pour le Grenelle sur les violences conjugales. Participation à la conférence-débat, mercredi 16 octobre 2019, *Séparation et violences psychologiques. Comment organiser la coparentalité ?*, organisé par C. Lapierre, Médiatrice membre de l'ANM, membre de femmes 3000. Intervention sur « *Violences conjugales et ordonnance de protection* »

³²³ Crim. 11 juin 1992, n° 91-86.346, Bull. crim. n° 232 ; D., 1993. 117, note M.-L. Rassat ; *ibid.* 13, obs. G. Azibert ; RSC, 1993. 107, obs. G. Levasseur

³²⁴ La loi du 4 avril 2006 renforce la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs

Loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants,

Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes.

La loi n°2016-274 du 7 mars 2016 relative aux droits des étrangers en France renforce la protection des personnes victimes de violences

Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

La loi du 28 décembre 2019 vient renforcer la lutte contre les violences au sein de la famille, et spécialement la lutte contre les violences conjugales

L. n° 2020-936, 30 juill. 2020, visant à protéger les victimes de violences conjugales : JO 31 juill. 2020

³²⁵ Ch. Masson « L'ordre public familial en péril ? » *RTD civ.*, 2018, pp.809.

³²⁶ Propos rapportés in J. Pineau, « L'ordre public dans les relations de famille », *Les cahiers de droit*, vol. 40, n° 2, 1999, p. 344.

« Voilà quelques années, plusieurs sociologues³²⁷ et juristes³²⁸ avaient déjà annoncé que nous passerions prochainement d'une conception holistique de la famille dans laquelle le groupe est supérieur à la somme de ses composantes à une conception individualiste de l'entité familiale au sein de laquelle les individus se contentent de coexister. L'individualisme et le libéralisme de l'époque récente leur ont donné raison ! La valeur fondamentale de la société actuelle est la personne et non plus le groupe »³²⁹. La révolution des familles passe par ce phénomène souvent évoqué qu'est « l'individualisation de la famille ». Il ne s'agit plus pour l'individu de s'inscrire dans un modèle unique, institutionnel et statutaire, c'est l'individu, en tissant ses liens interindividuels, en revendiquant la protection de ses droits fondamentaux qui incite les sociétés à imaginer les instruments juridiques qui permettront demain de reconnaître et gérer ces relations complexes et diverses. Qu'on les regrette ou qu'on les acclame, « les modifications du droit des personnes et de la famille sont la preuve tangible de la vie qui irrigue la matière »³³⁰.

³²⁷ V. Irène Théry, *Le démariage*, 1993, O. Jacob, p. 98 et s. ; Jean Carbonnier, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9e éd., 1998, LGDJ, p. 179 et s. et *Droit et passion sous la Ve République*, 1re éd., 2006, Champs Flammarion, p.121 et s.

³²⁸ Déjà en ce sens : G. Michaélides-Nouaros, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », *RTD civ.* 1966, p.216. V. également : F. Dekeuwer-Défossez, « Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille », *RTD civ.* 1995, p. 249 et s. ; J. Rubellin-Devichi, « Les perspectives d'évolution de la famille et le droit », séminaire des 6 et 7 févr. 1990, haut conseil de la population et de la famille (groupe « Avenir de la famille »), *Annales Vaucresson* n° 29, 1990/1, p. 91 et s.

³²⁹ Patrice Hilt, « L'incontournable droit au divorce » *Petites affiches*, 29/12/2017, n° 260, page 9.

³³⁰ B. Beignier et J.-R. Binet, *Droit des personnes et de la famille*, LGDJ, Lextenso, 4^{ème} éd. 2019, n°26.

SYNTHESE DES PUBLICATIONS

(Classées par thématique, par support et par ordre chronologique)

I. DROIT DES PERSONNES, DE LA FAMILLE, DE L'ENFANT

A. Thèse

THESE intitulée « **La parenté en droit civil français. Étude critique** »,

La thèse a été soutenue le 4 juillet 2008 à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille III (U3), sous la direction de M. le professeur E. Putman.

Jury de thèse : M. le professeur Emmanuel Putman, Mme le professeur Isabelle Barriere-Brousse, Mme le professeur Agathe Lepage, M. le professeur Pierre Murat et M. le professeur Alain Seriaux

Mention très honorable avec les félicitations du jury,
Autorisation de publication de la thèse en l'état,

Prix Gabriel de Bonnecorse

Publication P.U.A.M. en 2009

Qualification en 2009

Plan de la thèse :

Première Partie : Le système de parenté menacé de déconstruction

Titre I. L'imparfaite solidité des principes directeurs du système de parenté

Chapitre I. Une certaine instabilité des principes créateurs du groupe

Section I. La mise à l'épreuve du caractère exclusif de la parenté

Section II. La vulnérabilité du caractère sexué de la parenté

Chapitre II. Une relative stabilité des principes structurant le groupe

Section I. Une certaine permanence du principe de l'ordre des généalogies

Section II. Une certaine résistance du principe de pérennité

Titre II. L'incontestable fragilisation des repères du système de parenté

Chapitre I. La confusion dans l'ordonnement des composantes du système de parenté

Section I. Un désordre dans la détermination des composantes au sein des actions

Section II. Une incohérence dans la détermination des composantes au sein des preuves

Chapitre II. L'affaiblissement du caractère institutionnel du système de parenté

Section I. La dévalorisation des fondements institutionnels du système de parenté

Section II. L'altération de la nature institutionnelle du système de parenté

Seconde Partie : Le système de parenté en voie de reconstruction

Titre I. La fondation de la parenté construite sur une éthique de responsabilité

Chapitre I. La parenté hors contentieux conditionnée par un système de lien accepté

Section I. Le droit de refuser l'insertion de l'enfant au sein de la parenté

Section II. L'engagement parental nécessaire à l'insertion de l'enfant au sein de la parenté

Chapitre II. Le contentieux de la parenté encadré par une éthique de responsabilité

Section I. La recherche d'une éthique de responsabilité au sein des actions

Section II. La recherche d'une éthique de responsabilité face à la preuve scientifique

Titre II. La vie de la parenté construite sur une exigence d'effectivité

Chapitre I. Le renforcement du lien parental

Section I. La promotion des responsabilités parentales

Section II. Le durcissement des responsabilités parentales

Chapitre II. Le renforcement de l'insertion généalogique

Section I. Privilégier l'inscription généalogique par la dimension symbolique du nom

Section II. Favoriser l'insertion généalogique par une valorisation des relations

Résumé :

Faisant référence à un assemblage d'éléments en interaction permanente, la parenté présente les caractéristiques d'un système. La thèse repose sur l'idée selon laquelle la parenté est aujourd'hui insaisissable à plus d'un titre tant dans sa structure, que dans ses fondements. Très vite, il est apparu que sous l'apparente stabilité de la notion, le système de parenté était en réalité menacé de déconstruction, dont les causes sont diverses.

Ainsi, les nouvelles structures conjugales et les recompositions familiales, les revendications individuelles conduisent dans certains cas à une dislocation des composantes de la parenté : le géniteur n'est plus le parent domestique, le parent domestique n'est pas le parent social. La question du fondement de la filiation est devenue hasardeuse. Le rattachement de l'enfant devient non seulement incertain, mais souvent séquentiel le plus généralement au gré des pérégrinations maternelles, par voie de possessions d'état équivoques et de reconnaissances mensongères. Les perturbations sont également le fait des progrès de la science, qui permettent des manipulations autrefois impossibles qui entraînent le système de parenté dans une perception « biologisante » de ses fondements. La nature est ici appréhendée comme un simple donné physique, d'autant plus incontournable qu'il pose sa vérité hors de toute intervention humaine. De multiples exemples nous montrent aujourd'hui la force de l'idée selon laquelle l'usage généralisé des tests génétiques pourrait asseoir une filiation plus univoque, plus inconditionnelle et plus indissoluble que toutes les institutions du droit. Or, le droit a semblé céder à cette réduction biologisante en faisant de la recherche de la vérité le moyen de trancher les conflits de filiations. Il semble que, ce faisant, on ait perdu de vue une règle essentielle du fonctionnement des sociétés : c'est qu'il n'existe pas d'institution sociale qui soit fondée exclusivement en nature.

Le trouble et le désordre juridiques se manifestent aussi par la dilution de la norme institutionnelle. La pulvérisation du droit objectif par les droits subjectifs remet en question les notions et les concepts par lesquels les liens de parenté se constituent et acquièrent leurs effets juridiques et sociaux. Ainsi, la recherche de la satisfaction pure et simple de l'intérêt des adultes fondée sur les droits subjectifs de chacun au libre développement de sa personnalité

justifie les revendications d'un « droit à l'enfant », mais aussi, le droit de dénier à l'enfant la connaissance de ses origines. En pratique, les individus, au gré de leurs volontés changeantes ou de leurs conflits, jouent tantôt de la possession d'état ou de son absence, tantôt de la vérité biologique ou de son absence, et placent la filiation dans une totale incertitude. Chacun devient libre de gérer le lien de filiation selon son bon vouloir, car le fait n'oblige pas à lui seul. La confusion ou la casuistique ouvre la porte à toutes les crises d'indifférenciation. Or, si le rapport généalogique cesse d'être construit par référence à des normes, plus rien d'extérieur au sujet ne le fonde. Mais si les normes sociales et juridiques s'effondrent, les conflits et les désirs antagonistes, eux, demeurent. Et comme il faut bien trancher entre eux, il ne reste plus, à défaut de règles structurées, que le fait susceptible d'être prouvé avec certitude ; le jugement est entre les mains des experts en génétique. La question est alors de savoir ce que devient la parenté, lorsque le droit, dissout dans les faits, n'en ordonne plus impérativement les éléments constitutifs.

Face à cette menace de déconstruction, il fallait tant préserver que restructurer le système de parenté. Préserver d'abord, ce qui doit demeurer inaliénable et indisponible, c'est-à-dire les structures essentielles au système, la bilinéarité, la différenciation des sexes et des générations ainsi que la pérennité du lien établi. Pour que la parenté redevienne un système "pensable", il faut préserver les bases fondatrices de la filiation, redéfinir les places et les rôles dans un ensemble ordonné mais aussi innover, en relation avec les évolutions sociales, pour structurer les nouvelles familles. L'essentiel réside alors dans l'art délicat d'articuler les données de fait à la source de toute filiation que sont l'élément biologique, l'élément psychologique et l'élément social sous l'égide de principes directeurs aptes à donner à l'ensemble sa cohérence et son effectivité.

Restructurer ensuite, c'est-à-dire redéfinir les fondations de la parenté sur une éthique de responsabilité afin d'axer la vie de la parenté sur un principe d'effectivité. Pour retrouver une cohérence et une effectivité du système de parenté, la reconstruction exige d'opérer une mise en ordre des composantes en présence et de s'entendre d'un ordre final de fonctionnement. Le système de parenté doit donner une place juridique au père et à la mère qui ont décidé de répondre de cette fonction. Il en résulte que l'établissement volontaire du lien de parenté doit être valorisé afin de consacrer corrélativement une responsabilité irrévocable limitant *de facto* le contentieux de la parenté. Par ailleurs, le lien de parenté ne doit pas se résumer à une inscription sociale, à un titre, il doit exister et perdurer dans le temps. Dès lors, la relation parentale comme l'inscription généalogique ont été renforcées afin d'assurer l'effectivité du système de parenté.

B. Ouvrages et rapports

1. « La question des liens en accueil familial "Qu'est-ce qui fait famille en accueil familial ?" », rapport ONPE, 2017, Chapon N., Siffrein-Blanc C., Neyrand G., Bonifay E., Rosingana M.
https://www.onpe.gouv.fr/system/files/ao/aot2014.chapon_rf.pdf

Plan de la partie exclusivement juridique

28 PROPOSITIONS JURIDIQUES

Chapitre I. Repenser le placement en fonction des responsabilites parentales

- i. Renforcer la notion de responsabilité parentale
- ii. La temporalité du placement

Chapitre II. Repenser les statuts de l'enfant : securisation des parcours

- I. Analyse de la coexistence des statuts : Entre chevauchements et vide(s) juridique(s)
- II. Propositions d'évolution

Chapitre III. Repenser l'adoption : répondre aux suppléances substitutive, quasi-substitutive et completive

- I. Analyse des modèles d'adoption
- II. Propositions d'évolution

Chapitre IV. Repenser les droits de l'enfant

- I. Analyse des droits de l'enfant en assistance éducative
- II. Propositions d'évolution

Résumé : La question de la caractérisation des familles d'accueil par leurs liens affectifs avec les enfants accueillis participe de la réorganisation des rapports familiaux et des rapports éducatifs au sein même des nouvelles configurations familiales. L'étude de ces relations complexes ne peut alors que mettre à jour toutes les interrogations qui traversent actuellement non seulement l'Aide sociale à l'enfance, mais aussi le droit de la famille en plein développement de soutien et d'accompagnement à la parentalité, sous l'égide désormais clairement affichée de l'affirmation des droits de l'enfant. Dans ce contexte, l'approche des liens dans les familles d'accueil met en jeu aussi bien des liens de filiation avec les parents d'origine que des liens d'élection avec la famille d'accueil et le groupe fraternel. Elle s'inscrit au centre d'un débat plus large sur la parentalité, la place et les fonctions de la famille d'accueil dans un paysage familial actuellement fragilisé. Cette famille singulière qu'est la famille d'accueil a délégation pour exercer une partie importante des fonctions parentales et permettre à l'enfant d'établir des liens familiaux nouveaux et inédits, tout en étant enjointe à tenir une position professionnelle. C'est là le premier et le plus important de ses paradoxes. Alors, comment la connaissance concrète des situations et des fonctionnements familiaux d'accueil peut-être utilisée pour rendre compte des enjeux de cet accueil, des questions qui se posent et des améliorations qui pourraient lui être apportées ? Cela constitue le corps de ce travail, tant sur le plan sociologique que juridique.

Les interrogations auxquelles sont soumises les sciences humaines et sociales sont à cet égard immenses : sont interrogées aussi bien la notion de parents que celle de famille, celle d'accueil aussi bien que d'assistance quand elles sont marquées du sceau de la famille. De nouvelles formulations se sont développées pour rendre compte de ce qu'une évolution

sociale aussi profonde et aussi rapide a pu produire comme reconfiguration des relations privées et des rapports familiaux et éducatifs : parentalité, affiliation/désaffiliation, coparentalité, pluriparentalité et puis celles que nous mettons plus particulièrement en avant : parentalité d'accueil, attachements multiples, modes de suppléance, groupe fraternel, coparentalité d'accueil, responsabilité parentale et adoption complétive... Ces deux dernières notions venant rappeler à quel point le droit est sollicité aujourd'hui afin d'adapter les normes juridiques à la réalité des situations vécues, en dépassant ses lacunes et contradictions, pour permettre ainsi aux enfants la sécurisation de leur intégration familiale et sociale dans une recherche de leur bien-être, et d'un intérêt qu'il apparaît si complexe de définir comme supérieur.

2. « Les liens affectifs en familles d'accueil », Chapon N., Neyrand G., Siffrein-Blanc C., Erès, Collection « Enfance et parentalité », 2018.

Plan :

Partie I Entre social, relationnel et juridique : une problématique transversale

- Une approche pluridisciplinaire de la parentalité d'accueil
- De la fratrie au groupe fraternel d'accueil : une analyse conceptuelle
- Des mesures de protection juridique
- L'histoire des modèles d'adoption

Partie II. La place des enfants dans les familles d'accueil

- L'enquête et les enfants rencontrés
- Différentes formes de famille pour l'enfant
- De la fratrie d'origine au groupe fraternel

Partie III. Les différentes formes d'accueil et de parentalité : les modes de suppléance

- Une suppléance substitutive parentale a deux visages
- Des suppléances et parentalités partagées : complétive, délégative ou collaborative
- Une suppléance soutenante, une volonté de retour
- Une suppléance incertaine, un isolement affectif
- Une évolution des modes de suppléance
- Parentalité d'accueil : une lecture ajustée des configurations familiales et fraternelles

Partie IV. Un regard juridique sur les liens

- Repenser le placement en fonction des responsabilités parentales
- Repenser les statuts de l'enfant
- Repenser l'adoption : répondre aux suppléances substitutive, quasi-substitutive et complétive
- Repenser les droits de l'enfant

Conclusion : parents ou figures parentales ?

Résumé : Que signifie « faire famille » pour un enfant séparé de ses parents et élevé par une famille qui n'est pas la sienne ? Cet ouvrage rend compte de la première recherche en France sur la question sensible des liens affectifs en famille d'accueil. La situation particulière d'un enfant élevé par une autre famille que la sienne sans pour autant avoir été abandonné par ses parents interroge les dimensions familiales et parentales, mais aussi les liens affectifs et électifs développés au quotidien avec les adultes mais aussi avec les autres enfants. Cette analyse s'inscrit au sein du débat contemporain sur les mutations familiales et la parentalité. En croisant les approches sociologique et juridique les auteurs interrogent le rapport à la

filiation, les modes de transmission, d'échanges, les fonctions et les rôles parentaux. Des propositions juridiques concrètes répondent aux situations observées.

C. Articles

1. « L'accès à la parenté pour tous, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », Hebdo éd. Privé, Edition n°878 du 23/09/2021

Le présent article est issu d'un dossier spécial consacré aux apports de la loi « bioéthique » du 2 août 2021 dans les domaines du droit des personnes et de la famille, et publié dans l'édition n° 878 du 23 septembre 2021 de la revue Lexbase Droit privé.

Plan :

I. Un progrès mesuré dans l'encadrement des techniques médicales

- A. La continuité des techniques médicales
- B. L'assouplissement des dons et utilisations de gamètes

II. Révolution dans l'accès à l'assistance médicale à la procréation : un droit de devenir parent

- A. Suppression de l'article consacrant l'absence de droit à l'enfant
- B. Une modification en profondeur de l'accès à la PMA

Résumé : Face à un sujet aussi passionnant et passionnel que le désir d'enfant et le mal d'enfant, la volonté se veut de plus en plus souveraine, sans obstacle. La science offrant les moyens de contourner celui de l'incapacité de procréer, chacun peut accéder, même seul, aux voies d'épanouissement que sont celles d'avoir un enfant. Les révolutions scientifiques contemporaines, et, en particulier, la maîtrise que l'homme a acquis sur la vie, et, en un sens, sur sa propre humanité, offre à la volonté un champ possible inespéré, et illimité. Il en ressort très clairement que l'enfant « à tout prix » n'est plus un simple mythe, ni un pur fantasme dans l'esprit de ceux ou de celles qui s'en prévalent, mais tend à devenir une réalité et un droit de plus en plus revendiqué. La volonté de devenir parent s'affirme face aux obstacles institutionnels, s'appuyant sur le principe d'égalité, le droit de devenir parent et le droit de tous de donner la vie. La loi bioéthique consacre pleinement une révolution dans l'accès à la parenté et fait de l'intention, et non de la procréation, le critère pour devenir parent. Si l'éthique « à la française » a conduit à s'adapter aux progrès avec mesure et limite, le législateur a toutefois, sans conteste, franchi un pas nouveau dans l'accès à la parenté. Les progrès de la science, par nature infinis, laissent entrevoir des évolutions techniques aussi passionnantes que terrifiantes ! La question sera de savoir si le droit résistera aux législations les plus permissives et restera un rempart préservant une certaine éthique de l'humanité !

2. *« L'accès aux origines des personnes issues d'une PMA, consacré par la loi bioéthique du 2 août 2021 », Hebdo éd. Privé, Hebdo éd. Privé, Edition n°878 du 23/09/2021 (avec Adeline Gouttenoire)*

Le présent article est issu d'un dossier spécial consacré aux apports de la loi « bioéthique » du 2 août 2021 dans les domaines du droit des personnes et de la famille, et publié dans l'édition n° 878 du 23 septembre 2021 de la revue Lexbase Droit privé.

Plan :

I. Les facteurs d'influence

- A. L'intérêt supérieur de l'enfant
- B. Les nouveaux modèles familiaux
- C. L'accès aux tests génétiques

II. L'équilibre entre anonymat et accès aux origines

- A. La confirmation du principe d'anonymat
- B. L'accès de la personne issue d'une PMA à ses origines

Résumé : La loi du 2 août 2021 consacre enfin un véritable droit d'accès aux origines des personnes issues de PMA. Révolution très attendue, le législateur a fait œuvre de compromis et d'équilibre des intérêts en présence. Tout en donnant, sur certains points une prévalence aux droits d'accès aux origines des personnes issues du don, le législateur a pris soin de respecter, la vie privée des donneurs, l'un des principes éthiques phares qu'est le respect de l'anonymat, ainsi que l'équilibre et l'insertion familiale, notamment en préservant l'impossibilité d'établir tout lien de filiation entre le donneur et l'enfant. Pour la première fois, est actée une distinction entre origine et lien juridique. Le législateur reconnaît une place importante aux origines et à la vérité biologique sans rivalité ou exclusivité liée à la filiation. Place est faite à la parenté intentionnelle tout en reconnaissant les besoins et des droits fondamentaux de l'enfant de connaître son identité.

3. *« Résidence alternée et intérêt de l'enfant : Parole de magistrats », AJF, juillet-août 2021, n°7-8, p. 403. Article écrit avec B. Lehnisch qui en est l'auteur principal.*

Plan :

I) Les effets de la loi de 2002 sur le nombre d'enfants vivant en résidence alternée en France

- 1°) l'étude du ministère de la justice en 2012
- 2°) La situation actuelle

II) Le contrôle de proportionnalité opéré par le juge en cas de demande de résidence alternée

- 1°) le contrôle de proportionnalité : un contrôle « pré-orienté » ?
 - A) La résidence alternée est-elle présumée être un meilleur système pour l'enfant que les autres modes de résidence ?
 - B) Un contrôle de proportionnalité
- 2°) Les critères d'appréciation de l'intérêt de l'enfant

III) Les modalités d'application concrète de la résidence alternée

1°) les modalités de partage du temps parental

2°) les rythmes d'alternance

3°) La résidence alternée provisoire

4°) La résidence alternée à effet différé

IV) *Quelles explications et quelles réponses ?*

1°) Des explications multiples

2°) Quelles réponses pour harmoniser les approches des juges ?

Résumé : Placée au cœur des enjeux de société, la question de l'intérêt de l'enfant se pose avec une acuité particulière en cas de séparation parentale. C'est pourquoi elle constitue un sujet d'étude pour la doctrine mais aussi – et surtout – un sujet de réflexion permanent pour le législateur. L'article 18 de la convention internationale des droits de l'enfant (CIDE) pose le principe selon lequel « *les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement.* » et l'article 9.3 impose aux États de respecter « *le droit de l'enfant séparé de ses parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant* ». Il résulte de ces deux articles que la CIDE consacre le droit de l'enfant à être élevé par ses deux parents. L'étude s'intéresse à la mise en œuvre de ce droit en droit français, en réalisant un focus particulier sur la résidence alternée dans la séparation parentale. Ainsi de nombreuses questions se posent à ce sujet : Selon quels critères de mise en œuvre de la résidence alternée ? Sont-ils appliqués de façon uniforme selon les juridictions ? Quels sont les principaux motifs de refus de la résidence alternée ? Quelles sont les règles en matière de charge de la preuve ? La résidence alternée est-elle toujours assortie d'un rythme hebdomadaire (1 semaine / 1 semaine) ? C'est pour répondre à l'ensemble de ces interrogations que les auteurs de la présente étude ont adressé un questionnaire aux juges français aux affaires familiales. 14 d'entre eux ont répondu et représentent un panel très diversifié à la fois au plan géographique (8 régions métropolitaines représentées et 2 départements d'outre-mer) et fonctionnel (12 juges de première instance et 2 magistrats exerçant en appel). Qu'ils en soient ici vivement remerciés.

Les auteurs de l'étude ont également consulté deux magistrats belges afin de recueillir leurs observations sur la modification du code civil belge en 2006 tendant à donner la priorité à la résidence alternée.

La présente étude se propose d'étudier quatre dimensions essentielles : les effets de la loi de 2002 sur le nombre d'enfants en résidence alternée, le contrôle de proportionnalité opéré par le juge en cas de demande de résidence alternée, les modalités concrètes de la résidence alternée et les pistes possibles permettant de limiter l'aléa judiciaire

4. « Violences conjugales », In Dictionnaire des Modes Alternatifs de Résolution des Conflits, à paraître, 2021 aux éditions LGDJ

Plan :

I. *L'éviction absolue de la médiation en cas de violence*

II. *L'imprécision du champ d'exclusion de la médiation*

Résumé : Ces dernières décennies ont été marquées par d'un côté l'essor des modes alternatifs de résolution des conflits familiaux, de l'autre la lutte croissante contre les violences conjugales et familiales. Pendant longtemps, les réformes législatives avançaient sur ces questions en parallèle sans jamais que les lignes se croisent. En effet, si dans un contexte

de violence la question de l'utilité de la médiation voir de sa dangerosité fut rapidement posée par les associations de défense des victimes de violences ainsi que par les professionnels (magistrats, avocats, médiateurs), les réponses furent divergentes.

A la question : quelle place peut-on accorder à la médiation dans un contexte de violences familiales ? Certains auteurs ont répondu sans ambiguïté « aucune ». Les raisons invoquées étaient notamment le manque de formation des médiateurs, le risque pour les victimes d'accepter la médiation de peur des conséquences néfastes de leur refus, et le risque de culpabiliser les victimes par l'utilisation du modèle de responsabilité partagée lors de la médiation. D'autres en revanche, invoquaient l'argument selon lequel la médiation permet de restaurer le dialogue et ainsi d'endiguer l'une des causes de la violence.

Face à ces deux conceptions antagonistes, le législateur a dans un premier temps encouragé tant au civil qu'au pénal la médiation sans tenir compte de la situation particulière de violences dans laquelle se trouvaient les membres du couple invités à résoudre à l'amiable leurs contentieux. Mais très récemment, le législateur a opté, de façon nette, en faveur d'une interdiction absolue de la médiation dans le cadre des violences familiales tout en créant une certaine confusion sur le champ d'application de cette réserve d'exclusion.

5. « La pratique de l'audition de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative », in *Accès à la justice des enfants et vulnérabilité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, à paraître en 2022 (avec A. Gouttenoire)

Plan :

- I. L'existence de l'audition de l'enfant
- II. Les conditions de l'audition : le discernement
- III. Le déroulement de l'audition
- IV. L'impact de la parole de l'enfant dans la décision

Résumé : Affirmé sans ambiguïté dès l'origine, le principe de l'audition de l'enfant s'impose au juge des enfants en assistance éducative. Cette obligation judiciaire d'audition de l'enfant discernant assure une pleine conformité de la législation française en ce domaine aux exigences de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. Au-delà de cette conformité de principe, il devenait fondamental de s'interroger sur l'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu, de la place de sa parole en justice et des risques encourus par ce dernier. Pour ce faire, une recherche qualitative de terrain a été menée, nourrie d'entretiens et de questionnaires afin de mettre en exergue les difficultés et les bonnes pratiques sur la question de la parole de l'enfant en protection de l'enfance. Par le biais d'un questionnaire de quarante-quatre questions et des rencontres individuelles, l'équipe de recherche a recueilli l'avis de différents professionnels (magistrats, avocats, cadres de l'aide sociale à l'enfance), concernant l'application de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, dans le domaine spécifique de la protection de l'enfance. Les questions de nature mixte (questions fermées, choix multiples, questions ouvertes avec commentaires libres) étaient réparties en cinq grandes thématiques, le discernement, la place de l'enfant dans le choix de son audition, le déroulement de l'audition, l'assistance de l'enfant par un avocat à l'audition, l'impact de l'audition sur la décision de justice et sur l'enfant. Les 101 réponses obtenues et les rencontres ont permis de mettre en lumière des pratiques et des visions différentes sur la question de l'audition de l'enfant en protection de l'enfance. Il est intéressant de noter que selon la catégorie de professionnels interrogés, les réponses à certaines questions varient considérablement, ce qui rend le sujet aussi passionnant que complexe. L'article a donc

vocation à mettre en lumière les résultats de cette recherche, au sein d'un ouvrage relatant les pratiques des autres pays sur la question de l'audition de l'enfant en protection de l'enfance.

6. « COVID-19 et autorité parentale : Quels impacts sur les droits et sur les relations parents-enfants ? », *Dr. fam.*, nov. 2020, dossier n°21.

Plan :

- I. *Confinement et modalité d'exercice de l'autorité parentale*
- II. *L'impact du confinement sur les relations parentales*
- III. *Annexes*

Résumé : Le 17 mars est entré en vigueur le décret n°2020-260 en date du 16 mars 2020 portant réglementation des déplacements dans le cadre de la lutte contre la propagation du virus COVID-19. Ce décret prévoyait l'interdiction du déplacement de toute personne hors de son domicile, à l'exception de certains motifs, notamment article 1 4° "déplacement pour motif familial impérieux, pour l'assistance des personnes vulnérables ou pour la garde d'enfants". Le confinement ainsi imposé a eu un impact important en matière familiale et notamment sur l'exercice de l'autorité parentale. Afin de mieux identifier cet impact, l'article s'appuie sur une enquête menée auprès de parents et de professionnels. Il conduit à mettre en évidence les différentes difficultés que les parents ont pu rencontrer, les moyens utilisés pour les résoudre et les questions soulevées restées parfois sans réponses. Si la crise, que nous venons de traverser, nous a invité à réfléchir sur nos modes de vies, nos priorités personnelles et professionnelles, elle semble également accentuer les points de déséquilibre déjà visibles en temps normal comme la place du père dans la vie de l'enfant, la reconnaissance des devoirs parentaux à côté des droits, la place des modes amiables dans la résolution des conflits familiaux, ainsi que tout simplement la place des droits de l'enfant dans les décisions qui le concernent. Il faut donc poursuivre les efforts en ces domaines pour s'assurer qu'en temps normal et en période de crise les enfants puissent voir l'ensemble de leurs droits fondamentaux garantis.

7. « La révolution des familles », in *Un universitaire entre droit et économie, Mélanges Serge Schweitzer, PUAM, 2019, p. 401.*

Plan :

- I. *Les couples libérés*
Du modèle imposé à la pluralité de choix
L'épanouissement personnel, la liberté de composer.
L'épanouissement personnel, la liberté de rompre
- II. *L'enfant recherché*
Définir sa propre loi
Quelles structures pour la parenté de demain ?

Résumé : Voilà quelques années, plusieurs sociologues et juristes avaient déjà annoncé que nous passerions prochainement d'une conception holiste de la famille dans laquelle le groupe est supérieur à la somme de ses composantes à une conception individualiste de l'entité familiale au sein de laquelle les individus se contentent de coexister. L'individualisme et le

libéralisme de l'époque récente leur ont donné raison ! La valeur fondamentale de la société actuelle est la personne et non plus le groupe. La révolution des familles passe par ce phénomène souvent évoqué qu'est « l'individualisation de la famille ». Il ne s'agit plus pour l'individu de s'inscrire dans un modèle unique, institutionnel et statutaire, c'est l'individu, en tissant ses liens interindividuels, en revendiquant la protection de ses droits fondamentaux qui incite les sociétés à imaginer les instruments juridiques qui permettront demain de reconnaître et gérer ces relations complexes et diverses.

8. « Les critères de la mise en place de la résidence alternée : étude de décisions de cours d'appel (Bordeaux, Lyon, Aix-en-Provence, Versailles) », *Dr. fam.*, juillet-août 2019, dossier spécial, p. 15, n°28.

Plan :

I. L'intérêt de l'enfant : le critère déterminant

- A. Intérêt de l'enfant et non égalité des parents
- B. Intérêt de l'enfant présumé ou à caractériser ?

II. L'intérêt de l'enfant : les critères déterminants d'évaluation

- A. Les critères légaux
 - 1. La pratique antérieure (1°)
 - 2. Les sentiments exprimés par l'enfant (2°)
 - 3. L'aptitude de chacun des parents à assumer ses devoirs et respecter les droits de l'autre (3°)
 - 4. Les enquêtes et expertises (4° et 5°)
 - 5. La fratrie
- B. Les critères jurisprudentiels
 - 1. Concernant les parents
 - 2. Concernant l'enfant

Résumé : L'article fait suite à une analyse qualitative de 55 décisions de cour d'appel étudiées (4 cours d'appel, Aix, Lyon, Versailles, Bordeaux sur 2 ans 2016-2017) complétée par d'autres décisions émanant d'autres cours d'appel et de la Cour de cassation. S'il ressort de façon unanime que la résidence alternée doit répondre à l'intérêt de l'enfant et non à ceux des parents, l'étude révèle que les critères légaux et jurisprudentiels d'appréciation de cet intérêt ne sont pas uniformément appréhendés par les juges du fond. Une interprétation plus ou moins stricte des critères permettant l'évaluation de l'intérêt de l'enfant, tels que l'âge de l'enfant, la mésentente des parents, la proximité des domiciles, la plus grande disponibilité des parents, donne lieu ainsi à des divergences jurisprudentielles marquant soit une résistance plus forte à l'égard de la résidence alternée soit une faveur plus marquée à ce mode de résidence. En revanche, le critère de stabilité et de maintien des repères de l'enfant semble s'imposer communément comme un critère essentiel conduisant à présumer le mode de résidence ordonné ou homologué par le JAF comme conforme à l'intérêt de l'enfant. Dès lors, les décisions rendues en première instance font en quelque sorte jurisprudence sur la situation de l'enfant et son avenir, à moins d'établir un fait nouveau justifiant une remise en cause de sa stabilité. Si la résidence alternée n'est ni la solution miracle ni une mauvaise solution, elle est en revanche a priori la plus à même de permettre à l'enfant de se construire sur deux « piliers » que doivent représenter les parents. L'évolution des modèles familiaux invite à

penser la question de la résidence sous l'angle des liens et des besoins de l'enfant. Peut-être le débat sera-t-il dégagé des questions de genre pour se porter exclusivement sur les besoins d'attachement multiples de l'enfant

9. **« De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ? », In *Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction de Anne-claire Réglier et Caroline Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, collection Colloques et Essais, septembre 2018, p. 177-191.**

Plan :

I. *L'intérêt de l'enfant, « une considération parmi d'autres »*

A. ***Un intérêt prédéterminé***

1. Une centralisation des pouvoirs
2. Des « vérités légales objectives »

B. ***Une supériorité malmenée***

1. Un processus d'affiliation et de désaffiliation unilatérale
2. Une approche exclusive des autres affiliations

II. *« L'intérêt supérieur de l'enfant », un correctif non usité*

A. ***Une approche objective irréfragable, une considération primordiale écartée***

1. L'intérêt de l'enfant n'est pas un motif légitime de refuser l'expertise biologique
2. L'intérêt de l'enfant n'est pas un motif d'éviction de la règle

B. ***Repenser l'équilibre des intérêts, une considération primordiale restaurée***

Résumé : Aussi, à l'heure de la reconnaissance des droits de l'enfant de l'importance de satisfaire l'ensemble de ses besoins fondamentaux, à l'heure où de nombreux auteurs, mettent en exergue, que le processus de construction de l'enfant doit passer par un processus, d'identification, d'inscription dans une généalogie, et d'attachement pour accéder à la maturité affective et intellectuelle, la question de la place de l'intérêt supérieur de l'enfant en droit de la filiation se pose avec une grande acuité. Empreint d'un fort lien institutionnel, le système de filiation a opté pour une approche objective de l'intérêt de l'enfant, sans que cet intérêt ne puisse être, appréhendé, *a posteriori*, comme correctif judiciaire.

10. **« Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », In *Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, collection, « Droits, pouvoirs & sociétés », 2018, p. 81-92 (introduction et conclusion rédigées par M. V. Vigneau).**

Plan :

I. Un usage modéré en droit de la famille

1. Deux cassations, plusieurs rejets
2. Le « contrôle du contrôle »

II. *Une méthode controversée*

1. « Balance des intérêts sur balance des intérêts ne vaut »
2. Inconventionnalité de l'application de la règle ou de la règle elle-même ?

Résumé : Le présent article repose sur les exposés respectifs présentés oralement par les auteurs lors du colloque du 17 mai 2017, Vincent Vigneau introduisant et concluant, Caroline Siffrein-Blanc exposant les thèses contenues au I et II. Chacun de ces développements n'engage que son auteur. Le style oral a été volontairement maintenu.

Le contrôle, qui doit être effectué à la fois "*in globo*" et "*in concreto*", implique de procéder à l'examen complet et concret de la situation du dossier pour s'assurer que l'atteinte qui peut être portée à un droit fondamental poursuit un but d'intérêt légitime et qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. Autrement dit, si le droit au respect de la vie privée et familiale est affirmé de façon générale, son contenu et ses limites sont incertains car ils dépendent d'un examen concret des situations en cause, au cas par cas. Aussi, le raisonnement juridique qui consiste à mettre en balance des intérêts divergents ou à faire œuvre d'un contrôle de mesure, donc de proportion, n'est absolument pas nouveau. Les juges apprécient le déséquilibre significatif ou encore les dettes manifestement excessives, ils résolvent les conflits entre droits fondamentaux, comme la confrontation entre vie privée et liberté d'expression. Tout autre est en revanche l'utilisation du contrôle de proportionnalité, comme méthode de raisonnement juridique en dehors de tout aval du législateur. Adoptée par le juge, la méthode de proportionnalité lui permet de repousser une loi claire, dont la mise en œuvre, au cas d'espèce, porte une atteinte disproportionnée à un ou des droits fondamentaux, sans pour autant que la règle elle-même soit jugée inconstitutionnelle. Si le contrôle de proportionnalité dans le cadre légal est ancestral, inédit est, en revanche, l'éviction de la règle de droit au cas d'espèce. Malgré un usage modéré en droit de la famille, cette méthode novatrice de raisonnement juridique est aujourd'hui controversée. Si elle est dénoncée par une partie de la doctrine, comme une régression du droit français, elle constitue en revanche pour d'autres un véritable progrès.

11. « Propos introductifs sur la protection de l'enfant », *AJ Fam.* juin 2017, p.332 (avec Bonifay E)

Résumé : La protection de l'enfance a connu plusieurs évolutions, passant d'un courant idéologique axé sur l'éviction des parents désignés comme fautifs à un courant tourné vers la protection de la famille, pour laisser in fine une place aux droits de l'enfant par un recentrage sur son « meilleur » intérêt comme les composantes d'un nouveau « socle de valeurs de la protection de l'enfance ». L'idéologie de la conception pro-familiale a été dénoncée à plusieurs reprises, dans de nombreux rapports mettant en exergue la trop grande instabilité des parcours, les changements fréquents de familles d'accueil ou d'établissements, et l'absence de perspective quant à une possible évolution du statut juridique des enfants. Si la loi du 14 mars 2016 atténue le prisme jusqu'ici prépondérant du maintien des liens de l'enfant avec ses parents, pour appuyer davantage sur la « nécessité de garantir à cet enfant des conditions de vie stables et adaptées à ses besoins », il ne s'agit en réalité que d'un « petit pas » qui ne semble pas aller assez loin.

12. « Regards critiques sur les mesures de protection de l'enfant », *AJ Fam.* juin 2017, p. 333. (avec Bonifay E)

Plan :

I. *Une pluralité de mesures*

- A. Seconder les parents
- B. Suppléer les parents
- C. Ecarter les parents
- II. *Entre chevauchements et vides juridiques*
 - A. Les chevauchements, priorité donnée aux mesures les moins attentatoires des droits parentaux
 - B. Des situations de mise en danger de l'enfant sans autre choix que le placement judiciaire

Résumé : La configuration juridique actuelle laisse apparaître que la protection de l'enfant contre les défaillances ou les excès de ses parents emprunte plusieurs voies. Ainsi, un enfant peut être confié à l'Aide Sociale à l'Enfance selon des statuts distincts qui se différencient tant par leurs objectifs, leurs motifs, l'autorité chargée d'en contrôler l'application, que par l'adhésion ou non des parents à la mesure (accueil provisoire, PJASE, DAP, tutelle départementale, retrait de l'autorité parentale, délaissement, statut de pupille). Si ces statuts sont sensés appréhender des situations différentes puisque produisant des effets différents, on s'aperçoit en réalité qu'une même situation peut relever de plusieurs d'entre eux (les chevauchements). A l'inverse, certaines situations ne semblent entrer dans les critères d'aucune des mesures existantes, laissant les professionnels face à un vide juridique et l'enfant en mal de protection. Ces constats laissent apparaître la nécessité de clarifier les différents statuts existants, afin que pour chaque situation, un seul statut soit envisageable pour l'enfant.

13. « Clarifier les mesures de protection de l'enfant », *AJ Fam.* juin 2017, p. 339 (avec Bonifay E)

Plan :

- I. *Délimiter les mesures en fonction de l'imputabilité des difficultés et de la possibilité d'exercer l'autorité parentale*
- II. *Préserver les liens d'attachement*

Résumé : Après avoir mis en exergue dans l'article précédent, les chevauchements et les vides des différents statuts proposés pour répondre à chaque situation d'enfant, il a été proposé une clarification des mesures de protection. Les différentes mesures doivent être distinguées, en fonction de leur objectif, de leur durée mais aussi et surtout en fonction de l'imputabilité de la situation au parent et sa capacité à être réhabilité dans ses responsabilités parentales. Ainsi les statuts doivent être redéfinis en tenant compte de la durée et de l'élément intentionnel ou non de la défaillance du parent.

14. « Renforcer la philosophie d'une justice consensuelle et collaborative dans les dispositifs de protection de l'enfance », *AJ Fam.* juin 2017, p. 342. (avec Bonifay E)

Plan :

- I. *Pacifier les relations par un renfort de la technique de médiation*
- II. *Renforcer les mesures volontaires*

Résumé : L'article invite à renforcer l'accord consensuel en protection de l'enfance en ce qu'il constituera plus facilement un gage d'effectivité de la mesure plus qu'une décision imposée, rejetée et non comprise par les parents. Il convient donc de mettre l'accent sur la philosophie d'une justice consensuelle et collaborative. Pour ce faire il conviendrait d'introduire la médiation dans le domaine de la protection de l'enfance et d'envisager une nouvelle mesure volontaire : l'accueil conventionnel homologué, qui permettrait aux parents de confier par convention leur enfant aux services de protection de l'enfance pour une plus longue durée. Cette convention qui pourrait alors prévoir l'étendue des obligations respectives des parents et de l'ASE, devrait être homologuée judiciairement afin de s'assurer que les droits et libertés de chacun n'ont pas été bafoués.

15. « La mise en œuvre de la protection de l'enfance, regards croisés entre théorie et pratique », Les dix ans des lois du 5 mars 2007, colloque à l'Université d'Auvergne, mars 2017.

Plan :

I. La protection due à l'enfant

- A. Individualisation de la prise en charge, un souhait des réalités
- B. La recherche d'une stabilité de la prise en charge : Mythe ou réalité

II. Préservation des droits des parents

- A. Le maintien des droits
- B. Le respect des liens

Résumé : La consigne notamment européenne de rendre les parents plus actifs s'est traduite sur le plan législatif par des réformes successives, créant une rupture dans la philosophie du dispositif en redéfinissant l'action de l'aide sociale à l'enfance. Ces textes seront fondateurs de la réforme du 5 mars 2007 et marqueront une volonté de positionner les parents dans une démarche plus active et participative à la mesure de protection de l'enfance, tout en renforçant les droits de l'enfant. Quel bilan de ces réformes peut-on tirer dix ans après ? Le colloque a été l'occasion de confronter la question des équilibres recherchés par les réformes successives, notamment celle de l'effectivité de la protection due à l'enfant et de la préservation des droits des parents. La perspective d'une recherche d'équilibre confronte les professionnels à de forts paradoxes : séparer pour réunir, veiller à l'intérêt de l'enfant et à celui du parent, tout en sachant que ces deux types d'intérêt peuvent être contradictoires. Or, il ressort de l'analyse, une trop grande instabilité des parcours, des changements fréquents de familles d'accueil ou d'établissements, et l'absence de perspective quant à une possible évolution des statuts juridiques des enfants.

16. « Tests génétiques post-mortem : quelles volontés ? », Revue de droit de la santé, Mort et droit de la santé : les limites de la volonté (n°23), décembre 2016.

Plan :

- I. Les tests génétiques post-mortem face à la place ambiguë de la volonté*
 - A. La quête d'une identité filiale, une volonté sacralisée
 - B. La quête d'informations médicales, une volonté recherchée ?

II. *La souveraineté de la volonté repensée à l'aune d'une proportionnalité des intérêts*

A. Plaidoyer pour une pondération des intérêts, entre considérations éthiques et intimités génétiques

B. Recherche d'une pondération des intérêts, à la lumière des droits étrangers

Résumé. La génétique est une science qui fascine, dont les implications médicales et sociales ne peuvent plus être niées. La génétique et plus particulièrement les tests génétiques, abordent ainsi les grandes questions d'identification, de fichage, de prévention et de sélection, et ce par de là les bornes de la vie. Source d'informations identitaire et médicale pour les vivants, le recours aux tests-génétiques *post-mortem* confrontent des droits fondamentaux concurrents et soulèvent de nombreuses questions éthiques. Or, le cadre juridique apporté au recours aux tests-génétiques *post-mortem* reste ambigu, accordant toutefois une place souveraine à la volonté du défunt sans chercher à pondérer les intérêts en présence. Dans ce contexte, une telle posture législative penchant pour une absence de pondération expose le droit français à la critique de la Cour européenne des droits de l'homme et invite à réfléchir à une évolution de ces dispositions. Aussi, l'apport des droits étrangers pourrait constituer un outil réflexif d'évolution.

17. « L'attribution et le changement du prénom », *Revue internationale d'Histoire et du notariat Le GNOMON*, mars 2016, n°186, n° spécial généalogie, p. 55.

Plan :

- I. *Le prénom, une identité assignée par autrui*
 - A. Une liberté de choix confiée aux parents
 - B. Une liberté de choix contrôlée au nom de l'intérêt de l'enfant
- II. *Le prénom, une identité revendiquée pour soi*
 - A. Une subjectivisation du prénom sous contrôle
 - B. Une libéralisation du prénom ?

Résumé : Malgré cette volonté de contrôler les velléités des volontés, l'identité subjective irrigue peu à peu l'identité juridique. En effet, sensible aux arguments identitaires, le législateur comme les magistrats ont laissé une place, toutefois non absolue, pour que le prénom reflète la « réelle identité personnelle » de l'individu, l'identité à travers laquelle il se ressent. Le refus d'une libéralisation du prénom interroge toutefois en ce que le combat pour la fixité des éléments classiques de l'état (sexe, nom, prénom) risque de devenir un combat dépassé. En effet, le besoin social d'authentification et d'identification des individus ne trouvera, à terme, plus de réponse par la fixité des éléments classiques de l'état mais passera par la recherche d'autres éléments identifiants plus objectifs et immuables telle que la biologie.

18. « L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ? », *mélanges offerts à J. Pousson-Petit*, PUT, 2016, p. 435.

Plan :

- I. *L'identité juridique miroir de l'identité subjective*
 - A. L'identité juridique fonction de l'identité subjective
 1. L'identité nominale : la question d'une auto-nomination
 2. L'identité sexuelle ou l'identité le genre ?
 - B. L'identité subjective indépendante de l'identité juridique
- II. *L'identité juridique réduite à des données objectivées*
 - A. Le corps comme mesure d'identité
 - B. Le corps comme élément de dépersonnalisation de l'identité

Résumé : Le thème de l'identité nourrit le débat public et juridique et traverse à l'évidence l'ensemble des sciences sociales. Il intéresse pratiquement toutes les disciplines et toutes les sociétés à tel point que le terme même d'identité fini par voler en éclat, par un phénomène de « privatisation » de l'identité. Les éléments qui la composent, ne relève plus seulement de l'ordre public mais aussi de la vie privée, reconnaissant ainsi une place plus ou moins grande à la volonté. Alors que le mouvement individualiste et libéral de subjectivisation de l'identité semble se poursuivre, un retour aux préoccupations sociales d'identification des personnes semble se dessiner conduisant à une mutation des données identifiantes. En effet, cette quête de l'identité pour soi conduit dans une certaine mesure à remettre en cause les bastions sécuritaires de l'identité pour autrui. Aussi, l'identité civile, identité pour autrui, subit les affres des changements. Mise à mal, l'exigence de fixité de l'identité constitue encore et toujours une quête sociale. L'accélération récente du développement des méthodes physiques d'identification de plus en plus sophistiquées donne lieu à une tentation collective d'objectivisation de l'identité. Aussi, le droit s'inscrit-il dans un double mouvement, alors même qu'il est marqué par des conquêtes progressives de la volonté individuelle dans la

définition de l'identité, il s'appuie simultanément sur des éléments objectifs, des données corporelles, pour établir avec certitude l'identité de l'individu. Toujours guidé par ce souci de sécurité et le fantasme identificatoire, l'Etat va chercher à exploiter ces outils scientifiques comme mesure d'identité. Or, ce réductionnisme biologique au service d'une identité fiabilisée conduirait à une dépersonnalisation de l'identité, la personne ne contrôlant et ne construisant plus son identité. Dans cette perspective, si la biométrie est un outil indéniable d'identification elle ne doit pas se substituer à l'identité qui doit être la résultante d'un juste équilibre entre identité subjective et identité juridique socialement construite.

19. « Une lecture juridique du lien de filiation au soutien de la famille d'accueil », *In parentalité d'accueil et mémoire, sous. La direction de Nathalie chapon, PUP 2016, p. 67-78.*

Plan :

I. La famille d'accueil à l'épreuve du lien de filiation

A. Une lecture exclusive du lien de filiation un frein à la pluriparentalité

B. Une lecture exclusive du lien de filiation un frein à la stabilité des relations affectives

II. Une lecture renouvelée du lien de filiation au soutien de la famille d'accueil

A. La « fonction parentale » une légitimité trouvée dans le vécu et non dans le statut

B. Une adaptabilité des mesures : une diversification des modes de prise en charge au sein même du placement

Résumé : La journée intitulée « Familles d'accueil et représentations » pose un regard pluridisciplinaire sur les liens tissés en famille d'accueil. Face au délitement du lien juridique de filiation et au besoin de protéger l'enfant, la famille d'accueil apparaît comme un maillon en principe « temporaire » pour palier une crise familiale. L'accueil familial n'étant envisagé que comme un mode de suppléance dans l'éducation de l'enfant avec pour unique dessein la restitution de l'enfant à ses parents juridiques, les liens juridiques et les liens factuels n'avaient pas vocation à s'opposer puisque l'un s'inscrivait dans la durée l'autre dans le temporaire. Toutefois, c'était sans compter sur le fait que le temporaire peut devenir la continuité que l'assistance peut devenir la suppléance voire la substitution, que l'enfant n'a plus une famille mais des familles.

A travers ce champ d'études, une place m'a été accordée pour poser un regard sur le lien « juridique » de filiation comme s'il fallait partir du postulat que ce lien précisément « juridique » s'opposait aux liens éprouvés et vécus dans la famille d'accueil.

Les enfants accueillis au sein de famille éprouvent des difficultés à faire reconnaître une place aux faits à l'attachement à l'affiliation et ce, « grâce ou à cause » de la prééminence du juridique sur le factuel. En effet, cet objectif de reconstruction du lien juridique de filiation instaure implicitement une concurrence entre les différents liens tissés autour de l'enfant. Comme si l'on ne pouvait pas « aimer » plusieurs personnes en même temps. Comme si l'affectif ne se partageait pas et que reconnaître des liens factuels serait mettre en péril les liens originels. Rivaux, concurrents, les liens d'attachement peinent à se dessiner de façon additionnelle et ne semblent être envisagés que de façon exclusive autour d'une suprématie du lien juridique.

Mais pourquoi accorder une telle faveur à la filiation juridique ? Pourquoi la protection de l'enfant n'est-elle envisagée que de façon exclusive déniait par là-même la pluralité des acteurs ?

C'est en cherchant les raisons de cette priorisation du lien juridique de filiation que j'ai tenté de proposer une lecture renouvelée du lien juridique de filiation dans le but avéré de laisser place à la reconnaissance d'une pluralité de liens.

20. « La parole ... de l'enfant à son parent... Regard et représentation croisées en accueil familiale », *La protection de l'enfance. La parole des enfants et des parents*, Lacharité C., Sellenet C., (dir), Centre d'études interdisciplinaires sur le développement de l'enfant et de la famille, Université des trois Rivières, Presses de l'Université du Québec, 2015, p. 99-110. (avec N. Chapon)

Plan :

La parole, ma parole...

Basculement de la parole au consentement

La nécessité d'associer l'enfant aux décisions institutionnelles et parentales

La parole des enfants confiés et de leurs parents en protection de l'enfance

La parole des enfants confiés, entendable ?

De la parole de l'enfant à celle du parent...

Résumé : Dans le contexte spécifique de la protection de l'enfance en France, en référence à la convention internationale des droits de l'enfant qui soutient « l'intérêt supérieur de l'enfant » et à la loi du 5 mars 2007 qui évoque dans le même sens la notion « d'intérêt de l'enfant », la parole de l'enfant est au centre des réflexions législatives et des débats actuels. Comment la parole de l'enfance est-elle entendue en protection de l'enfance ? L'enfant a-t-il la possibilité d'exprimer ses besoins, ses sentiments et d'être réellement écouté ? L'enfant est-il sujet ou objet dans les mesures mises en œuvre ? Et plus globalement l'enfant est-il placé au cœur du dispositif de protection de l'enfance ?

De cette étude pluridisciplinaire, il ressort que les enfants ne disposent pas toujours d'un espace de réflexivité pour élaborer leur propre histoire, ils sont peu associés aux décisions qui les concernent et voient les liens tissés durant leur prise en charge peu reconnus. Il leur est demandé en permanence de se raconter et de s'engager biographiquement mais paradoxalement ils restent insuffisamment informés et leur avenir se décide le plus souvent sans eux. Devant le juge, l'article dénonce également la difficulté d'apprécier le discernement, les variations d'une procédure à l'autre, d'un juge à l'autre, l'absence de motivation réel et le recours au critère de l'âge que la CIDE voulait précisément éviter. L'étude invite à consolider les droits de l'enfant, en introduisant les notions d'association et d'individualisation de la parole de l'enfant.

21. « Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, Putman E., Giacopelli M. (dir), Mare et Martin Droit privé et sciences criminelles, 2015, p. 175-204. (N. Catelan)

Plan :

I - La vie privée et familiale à l'épreuve de la privation de liberté

A. La reconnaissance du droit à la vie privée et familiale à l'aune de la privation de liberté

B. Les limitations au droit à la vie privée et familiale induites de la privation de liberté

II - La privation de liberté remodelée par la vie privée et familiale

- A. L'immixtion de la vie privée dans les lieux de privation de liberté
- B. L'éviction de l'enferment au nom du droit à la vie privée et familiale

Résumé : L'article met en avant l'ambivalente protection des droits fondamentaux et tout particulièrement le droit à la vie privée et familiale. Si de toute évidence, ce droit a gagné en reconnaissance, il connaît une inégale protection selon le lieu de l'enfermement. Ainsi, subsiste toujours le danger que les institutions se jouent des dérogations pour maintenir un certain nombre de prérogatives institutionnelles transgressant les droits. Aussi, faut-il réaffirmer que le respect de la vie privée et familiale constitue une valeur fondamentale et irréductible de l'individu même privé de liberté. La nature de la privation ne devrait avoir d'incidences sur l'existence même de ces droits. L'équilibre se situe dans la flexibilité des contraintes, dont la souplesse juridique doit être adaptée à chaque cas d'espèce. En d'autres termes, le droit à la vie privée et familiale doit bénéficier d'un cadre de protection commun pour conserver une harmonie de valeurs humanistes et en assurer le respect, les institutions devant concilier privation de liberté et vie privée et familiale, autant que faire se peut. Si au sein des différentes institutions, le respect du droit à la vie privée et familiale présente des similitudes, mais également des divergences et des lacunes, dont l'on peut tirer des enseignements propres à enrichir la protection de ce droit fondamental. Il semble même possible de défendre une position ultime tendant à faire de la famille un fondement à l'éviction de l'enfermement.

22. « L'architecture de la famille ou la famille définie par l'architecture », in *Droit et Architecture, reconsidérer les frontières disciplinaires, leurs interactions et leurs mutations*, sous la direction de Patricia Signorile, 2014, PUAM, p.109-125.

Plan de l'article :

- I. Les mouvances de l'architecture familiale
 - A. Du pluralisme des couples au rejet du modèle traditionnel
 - 1. La multiplication des « socles » conjugaux
 - 2. La désolidarisation « boîteuse » du lien conjugal et du lien parental
 - B. De la structuration à la déstructuration de la parenté
 - 1. Les principes de structuration de la parenté
 - 2. Le système de parenté menacé de déconstruction
- II. L'architecture, le point d'encrage des rapports familiaux
 - A. La communauté de vie, fondation des liens familiaux
 - 1. La communauté de vie, pivot de la notion de couple
 - 2. La communauté de vie, charnière des recompositions familiales
 - B. La communauté de vie, ciment des liens familiaux

Résumé de l'article : La thématique est peu commune pour une juriste privatiste, spécialisée en droit de la famille. De prime abord, l'idée de relier le droit et l'architecture interpelle, interroge, surprend de par la nouveauté et la transdisciplinarité recherchée. Mais immédiatement, cette reliance, parle, évoque une évidence : le droit comme l'architecture ont pour point commun le même art celui de bâtir. Dès lors, le positionnement scientifique consiste à relier, le droit et plus particulièrement le droit de la famille à l'architecture tant dans un sens métaphorique que dans un sens plus concret. Dans son sens métaphorique, les liens familiaux se sont modifiés, diversifiés, perturbant ainsi les référents familiaux. En effet, le droit du modèle, cède peu à peu devant la pluralité des options. On assiste à la mise en place d'une famille « démocratique », « anti-autoritaire », « égalitariste » concurrente du modèle traditionnel et qui bouleverse sans

précèdent les rapports familiaux. L'ensemble des piliers et des fondations structurant la famille sont aujourd'hui remis en cause. Le pluralisme du droit de la famille, ainsi que sa libéralisation, fait place à une multiplication des socles conjugaux et happe les principes directeurs de la parenté pour faire place à l'homoparenté et la pluriparentalité. Face à ces mouvances, la résidence, le lieu de vie commun constitue le nouveau symbole, le point de reliance des différentes relations familiales. Loin de se limiter, au lien du sang ou d'alliance, la résidence vectrice des relations éprouvées au quotidien laisse au contraire apparaître la diversité et la densité des liens familiaux. Si l'architecture de la famille est ébranlée, la famille semble se recentrer autour d'un élément architectural fondamental : sa résidence. Aussi, peut-on conclure que le vécu « fait » la famille, la famille ne se définit plus elle se vit.

23. « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », *Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre II –Lien familial et lien social, organisée par le centre Pierre Kayser et le LID2MS, 2014, PUAM, p.133-168.*

Plan :

I. Une mise en ordre des filiations par la reconnaissance du principe de sécurité juridique

- A. L'encadrement des actions
 - 1. Le renforcement de la limite temporelle
 - a. Les filiations éprouvées
 - b. Les filiations délaissées
 - 2. L'effet obligatoire des volontés
- B. L'encadrement des preuves
 - 1. L'encadrement des engagements parentaux
 - a. L'encadrement solennel des engagements parentaux
 - b. L'affirmation d'un principe chronologique
 - 2. L'encadrement de la preuve biologique

II. Les mises à l'épreuve des filiations entre délitement et excès de sécurité juridique

- A. La résurgence des volontés au détriment de la sécurité
 - 1. Un effritement des structures
 - a. La présomption de paternité, une institution en péril
 - b. L'éviction des référents structuraux
 - c. A quand la remise en cause des interdits ?
 - 2. Une disponibilité du lien
 - a. L'affranchissement des délais d'action
 - b. La possibilité de contester les filiations issues de PMA : la pseudo stabilité
 - c. La liberté de contester un lien de filiation mensonger
- B. Une sécurité exacerbée au détriment de l'individu
 - 1. La sécurité au détriment de l'effectivité
 - 2. La sécurité au détriment de l'identité

Résumé : La sécurisation de la filiation traduit l'impératif de stabilité de l'état des personnes et avec lui la stabilité du lien social. En effet, de la stabilité du lien dépend l'identité du sujet, sa construction personnelle, son insertion et son identification dans la société toute entière. La réforme a sans conteste apporté une réponse satisfaisante à cette quête de sécurité, en

enserrant les actions dans des délais plus réduits, en préservant le lien de filiation des conflits et en encadrant le régime des preuves. Toutefois, l'équilibre ainsi trouvé est mis en péril par deux phénomènes contradictoires. D'une part, le législateur ne semble pas avoir été assez loin dans sa quête de sécurité laissant toujours une place de plus en plus grande aux revendications individuelles et à la satisfaction des intérêts particuliers. En pratique, les individus, au gré de leurs volontés changeantes ou de leurs conflits, jouent de leur liberté et placent la filiation dans une totale incertitude. D'un autre côté, le législateur semble être allé trop loin dans sa quête de sécurité déniait ainsi une place importante à l'effectivité des liens et à la construction identitaire des individus. L'enfant voit son intérêt prédéfini par avance de manière objective.

Aussi faudrait-il peut-être revoir de nouveau le principe de sécurité juridique en ne perdant pas de vue que « le propre d'un système de filiation est avant tout d'être lisible et cohérent ; qu'il se doit aussi de contenir la possible tyrannie des uns sur les autres, et d'instituer un lien "humain" entre des "personnes" »

24. « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », *RTD civ.* 2011, n°3, 479.

Plan :

- I. *L'incohérence du régime de la responsabilité civile des parents*
 - A. Des conditions en contradiction avec une responsabilité de plein droit
 - B. L'amenuisement de la responsabilité civile conjointe des parents
- II. *Vers une refonte de la responsabilité civile des parents*
 - A. La responsabilité civile des parents fondée sur le lien de parenté
 - B. Un possible cumul des responsabilités

Résumé : L'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation dégagé ces dernières années montre une nette tendance à l'accroissement du devoir de responsabilité civile des parents, notamment en abandonnant toute analyse fondée sur l'examen concret des conditions réelles d'exercice de l'autorité parentale. En maintenant la responsabilité parentale sous la dépendance de l'exercice de l'autorité parentale et l'exigence de cohabitation, les règles actuelles de la responsabilité civile des parents hésitent entre une logique de devoir et une logique de pouvoir. Or, cette absence de choix véritable conduit le régime de la responsabilité civile à des incohérences qui justifieraient une réforme de la responsabilité civile des parents. Il devient alors tentant de proposer un élargissement de la notion de père et mère responsable et de dissocier responsabilité et autorité parentale, c'est-à-dire de considérer que la responsabilité parentale apparaît non pas comme la contrepartie de l'autorité parentale mais comme le prolongement naturel du lien de filiation. Ainsi, le fondement de la responsabilité parentale ne résiderait plus dans une logique de pouvoirs exercés sur l'enfant, mais elle serait la contrepartie d'un statut, celui de parent.

25. « Comment refonder le système français de parenté ? », *Journée d'études : Droit et religions. Les rapports entre parents et enfants en quête de repères*, organisée par le centre Pierre Kayser et le LID2MS, avril 2010, PUAM, p. 97.

Plan de l'article :

- I. *La préservation des structures de la parenté*

- A. La préservation de la bilinéarité
 - 1. La consécration d'un droit à la biparenté
 - 2. La consécration de l'exclusivité
 - B. La préservation de la différence des sexes
 - C. La préservation de l'interdit de l'inceste
- II. *La reconstruction des fondements de la parenté*
- A. La parenté hors contentieux conditionnée par un système de lien accepté
 - B. Le contentieux de la parenté encadré par une éthique de responsabilité

Résumé : Se poser la question d'une refonte du système de parenté cela suppose en amont que le système connaît une sorte de crise. En effet, les évolutions sociales et juridiques sont en passe de bouleverser tant les structures que les fondements du système de parenté. Face aux menaces de déconstruction du système de parenté, l'étude avait pour but de proposer des pistes de refonte du système. Pour ce faire, il convenait de rétablir la place respective de la vérité biologique source des liens humains et de la volonté en tant que consécration des liens. Ainsi, a-t-il été proposé de préserver et de restructurer le système de parenté. Préserver d'abord ce qui doit demeurer inaliénable et indisponible, c'est-à-dire les structures essentielles de notre système de parenté. Cependant préserver n'exclut pas toute idée d'innovation. Aussi, il importait de procéder à une refondation de l'institution en repensant le système de parenté à partir d'une réflexion sur le concept de filiation, en recentrant la notion sur l'engagement volontaire et la responsabilisation des acteurs.

26. « Les apports de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 en droit des personnes et de la famille », *Bull. d'Aix*, 2009-4, p11.

Plan :

Le remaniement de l'organisation judiciaire

Les greffiers

Le Juge aux affaires familiales

L'extension du rôle du JAF à la tutelle des mineurs

Le juge des tutelles

Les modifications substantielles apportées au droit de la famille

Les mesures intéressant le PACS

Les incapacités

Les successions et le droit de l'indivision

Résumé : Une nouvelle fois le législateur nous offre un ensemble de dispositions (pas moins de cent-quarante articles) auquel tous les juristes, quelle que soit leur spécialité, doivent se référer tant cette loi couvre les domaines les plus variés. Concernant le droit des personnes et de la famille, la loi aborde beaucoup de questions, de façon dispersée, dans un désordre certain. A côté de certaines dispositions de faible portée normative, la loi réalise des changements importants qui concernent notamment, l'organisation judiciaire, le droit des majeurs protégés, le pacte civil de solidarité ou encore le droit des successions. Si ces dispositions touchant au droit substantiel et aux règles de procédure ont une portée incontestable en la matière, on peut toutefois regretter l'absence de cohérence dans cet ensemble disparate.

27. « Réforme de la filiation : A propos de la loi du 16 janvier 2009 », *Bull. d'Aix*, 2009-2, p. 11.

Plan :

La présomption de paternité

Les conflits de filiation

Les délais

L'accouchement sous X

Résumé : La loi 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, ne se borne pas à enregistrer les évolutions voulues par l'ordonnance, elle modifie également de façon non négligeable le droit positif de la filiation. Si l'ordonnance acquière force de loi, ce qui lui faisait jusqu'à présent défaut, certaines de ses dispositions sont changées parfois simplement afin de les clarifier et parfois dans le but de modifier leur portée. L'étude avait ainsi pour objectif de recenser ces modifications tout en émettant un regard critique.

28. « Le nouveau droit de la filiation : l'ordonnance répond-elle aux instructions législatives ? », *Recherches familiales, La filiation recomposée : origines biologiques, parenté et parentalité*, 2007, n°4, p. 123.

Plan :

I. Tirer les conséquences de l'égalité des statuts entre les enfants quelles que soient les conditions de leur naissance

A. La filiation maternelle : un terrain propice pour l'égalité

B. La filiation paternelle : le maintien d'une distinction

II. Sécuriser le lien de filiation

A. La sécurité de la filiation recherchée hors tout contentieux

B. La sécurité de lien de filiation recherchée en cas de contentieux

III. Les questions volontairement non résolues

A. Le silence gardé sur les questions sensibles

B. L'ignorance des questions nouvelles

Résumé : L'article présente la réforme de la filiation intervenue par l'ordonnance du 4 juillet 2005, en prenant pour fil conducteur le contenu de la loi d'habilitation qui avait donné comme principal objectif une simplification du droit en vigueur dans une matière réputée pour sa très grande complexité. L'article, en comparant l'ordonnance à l'ensemble des directives de la loi, conclut que si le défi de la simplification a bien été relevé par les rédacteurs de l'ordonnance, les sujets polémiques (dont celui de l'homoparentalité ou celui du maintien controversé de l'accouchement sous X) ont été soigneusement évités. Pour finir, il semble que l'ordonnance ne se soit pas limitée à son objectif de simplification, mais qu'elle procède également à une certaine remise en question des principes fondamentaux du droit de la filiation

29. « L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », *Bull. d'Aix*, 2006-1, p. 10.

Plan :

Présentation de l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation

Entretien avec le professeur J.M. Grillo, chef de service de la biologie de reproduction

Entretien avec Me J.Ch. Lestrone, notaire à Aix-en-provence

Entretien avec C. Magnan, avocat au Barreau de Marseille

Résumé : Le dossier spécial a pour but de présenter les points fondamentaux de la réforme issue de l'ordonnance du 4 juillet 2005 relative au droit de la filiation, par le biais de regards croisés. Tout d'abord, un regard doctrinal est porté sur la réforme afin de faire la synthèse des principaux changements en la matière. En effet, réformer le droit de la filiation avait quelque chose d'impressionnant en ce sens que la notion de filiation paraissait si complexe si mystérieuse que l'on pouvait prétendre y toucher que d'une main tremblante. Evitant les sujets polémiques, la réforme fut largement consensuelle ayant répondu aux diverses attentes, en la matière, de sécurité, de simplification et d'égalité. Enfin, le dossier fait écho, de la pratique, en s'accompagnant d'interview de professionnels (avocat, notaire et un médecin spécialiste en matière d'expertise biologique). Ils relatent ainsi les difficultés rencontrées sous l'ancien droit et expose l'influence apportée en pratique par les modifications de l'ordonnance du 4 juillet 2005

30. « Simplification du droit de la filiation », *In La simplification du droit, colloque de l'école Doctorale Sciences juridiques et politiques de l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, sous la direction de Jean-Marie Pontier, PUAM, 2006, p. 339.*

Plan :

I. L'objectif de simplification

A. L'égalité quant à l'établissement de la filiation : une suppression définitive de la distinction entre enfant légitime et enfant naturel ?

1. la filiation maternelle : un terrain propice pour l'égalité

2. La filiation paternelle : le maintien d'une distinction liée à la nature

B. Le renforcement de la stabilité du lien de filiation

1. L'harmonisation des modes d'établissement de la filiation

2. Les réductions des modes de contestations de la filiation

II. Une réforme trop timide ?

A. Les prémisses d'une refonte

1. Les dispositions techniques touchant au fond du droit

2. Des ambitions nouvelles ?

B. Les questions non résolues

1. Le silence gardé sur les questions sensibles

2. L'ignorance des questions nouvelles

Résumé : La loi du 9 décembre 2004 a autorisé le gouvernement à simplifier le droit de la filiation par ordonnance. La loi d'habilitation précisait avec minutie les directives que devaient suivre l'ordonnance. Ainsi, sans connaître le contenu de cette dernière, l'article tente d'envisager les grandes lignes de la réforme. Les suppositions de réforme semblent répondre, dans l'ensemble, à l'objectif de simplification. Mais, à la lueur de cette ligne directrice fixée par la loi d'habilitation, il faut se demander si la réforme ne va pas aboutir à une refonte totale du droit de

la filiation. En définitive, l'article conclu sur le caractère hybride de la réforme entre simplification et refonte. En effet, d'un côté, l'idée de refonder tout le droit de la filiation, en incluant les questions sensibles et nouvelles, est totalement évincée. De l'autre, il semble que l'objectif de simplification ne peut être détaché de l'idée de réforme du droit de la filiation. Ce constat aboutit à s'interroger sur la technique utilisée pour réformer le droit de la filiation. En effet, si le droit de la filiation ne demandait qu'à être "toiletté", la technique de l'ordonnance se justifierait plus aisément. Or, l'article démontre qu'une simplification ne peut être envisagée sans empiéter sur les principes fondamentaux du droit de la filiation. Dès lors, il faut s'inquiéter de ce dessaisissement du Parlement en la matière qui relève par nature de sa responsabilité.

31. « La réforme du PACS par la loi du 23 juin 2006 », (Participation collective, Vincent Egéa et Emmanuelle Fasciani), *Bull. d'Aix*, 2006-4, p. 8

Plan :

Le formalisme du PACS

Les effets personnels du PACS

Le statut patrimonial des partenaires

La rupture du PACS : l'obligation d'une rupture loyale et la lutte contre les violences au sein du couple

D'autres droits et avantages accordés aux partenaires

Occasions manquées ou silences justifiés ?

Résumé : S'il est vrai que la loi du 23 juin 2006 concerne avant tout le droit des successions, son apport au régime du PACS ne saurait être passé sous silence. Or, au très large flot de réactions, suscité par l'introduction en droit civil français du pacte civil de solidarité par la loi du 15 novembre 1999, semble répondre un relatif silence à propos de sa révision par la loi du 23 juin 2006. Seule une partie de la doctrine s'est intéressée à ce texte qui véhicule pourtant un double apport : juridique, d'une part, et symbolique d'autre part. L'apport est tout d'abord juridique, car le régime des biens des partenaires se voit précisément clarifié par le nouveau texte et les devoirs entre membres du couple paraissent davantage balisés. D'un point de vue plus fondamental, le régime juridique du PACS se rapproche désormais sensiblement de celui du mariage. Ce rapprochement, évidemment porteur d'une dimension symbolique très forte, nécessitait de faire le point sur le nouveau système. Le dossier spécial se penche donc sur le texte nouveau, mais aussi sur les annexes qui intéressent la vie des pacsés. Au-delà de la diversité des sources, un constat s'impose : le nouveau PACS, assurément se rapproche très fortement du mariage, malgré des points de divergences maintenus.

D. Fascicule de Juris-classeur

« L'audition de l'enfant », *Juris-classeur Divorce. Création à paraître en 2021.*

Résumé : Le fascicule du Jurisclasseur divorce bénéficie d'une entrée dédiée à l'audition de l'enfant. Le sujet devait dès lors être traité dans le cadre spécifique d'une séparation parentale par divorce. Si en réalité, l'audition de l'enfant dans le divorce de ses parents relève du régime de droit commun de l'audition applicable à toutes les procédures le concernant, il existe toutefois des règles spécifiques pour le cas du divorce par consentement mutuel déjudiciarisé. Ainsi, le fascicule met en exergue les règles de droit commun étayées de précisions liées à la procédure de divorce et relate la procédure spéciale, fortement décrite par

la doctrine, de la possibilité pour l'enfant de judiciairiser le divorce de ses parents pour être entendu par un juge.

E. Notes et observations de jurisprudence

2021

« Pas de délégation partage sans accord du parent ! », note sous Cass. 1^{ère} civ., 31 mars 2021, *Dr. fam.*, n°7-8 juillet 2021, com. n°110.

Résumé : Selon l'article 377-1, alinéa 2, du Code civil, le partage total ou partiel de l'autorité parentale entre les père et mère ou l'un d'eux, d'une part, et un tiers, d'autre part, nécessite l'accord du ou des parents en tant qu'ils exercent l'autorité parentale. L'intérêt supérieur de l'enfant ne permet pas d'écarter l'exigence du consentement parental pour prononcer une délégation partage. Dès lors en cas de dissolution du couple, la reconnaissance d'une place du parent d'intention par le biais de la technique de la délégation partage semble quasiment compromise soit parce que le consentement du parent délégant fera généralement défaut soit parce que les « circonstances » justifiant la mesure semblent devoir être entendues comme a minima l'exigence d'une vie stable et continue entre le parent et le tiers bénéficiaire. Il ne reste alors au beau-parent d'intention que la possibilité de solliciter un droit de visite lui-même conditionné à la démonstration que le maintien des relations est justifié par l'intérêt de l'enfant.

« Le droit d'être entendu, un droit absolu pour l'enfant discernant », note sous Cass. 1^{ère} civ., 14 avr. 2021, n° 18-26.707, *Dr. fam.*, n°6 juin 2021 com. n°90.

Résumé : Il résulte de l'article 388-1 du Code civil et de l'article 338-4 du Code de procédure civile que, lorsque la demande d'audition est formée par le mineur, le refus ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas. Lorsque la demande d'audition est formée par l'enfant, les juges ne peuvent refuser cette demande que sur une absence de discernement dûment justifiée et non en s'appuyant sur son intérêt pour le protéger d'un conflit parental. Si la notion de discernement reste une notion complexe laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond avec toutes les conséquences préjudiciables d'inégalités qu'on peut lui reprocher, la Cour de cassation veille par le contrôle de motivation au respect effectif de ce droit fondamental reconnu à l'enfant d'être entendu. La décision met en lumière deux notions phares que sont : l'intérêt de l'enfant et le discernement de dernier. En réalité, l'obligation imposée au juge de statuer en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être corrélée avec le droit fondamental de l'enfant discernant d'être entendu. L'enfant considéré comme discernant, donc suffisamment mature pour évoquer ses besoins et son intérêt, doit être entendu par le juge, afin qu'ils déterminent ensemble son intérêt supérieur, lequel ne peut justifier l'éviction d'une audition qu'il demande.

« Le contrôle de proportionnalité *in concreto* : « miroir aux alouettes » ou réel espoir pour le père de naissance d'un enfant né sous X », note sous Cass. 1^{ère} civ., 27 janvier 2021, n° 19-15.921, n° 19-24.608, n° 20-14.012, *Dr. fam.*, n°4, avril 2021, com. n°54.

Résumé : Il résulte de la combinaison des article 352 du code civil et 329 du Code de procédure civile que l'intervention volontaire dans une procédure d'adoption plénière, du père de naissance d'un enfant immatriculé définitivement comme pupille de l'Etat et placé en vue de son adoption est irrecevable, faute de qualité à agir, dès lors qu'aucun lien de filiation ne peut plus être établi entre eux. Si les dispositions portent atteinte au droit à une vie privée et familiale du géniteur, elles poursuivent un but légitime en sécurisant la voie de l'adoption et en protégeant l'enfant d'un conflit de filiation. La Cour précise en revanche qu'il appartient au juge, s'il y est invité, de vérifier que les dispositions de droit interne, eu égard à la gravité

des mesures envisagées, ne portent pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée et familiale du père de naissance. Même si les dispositions législatives visées instituant le placement comme le rempart à tout lien avec la famille d'origine sont le résultat d'une recherche d'équilibre opéré par le législateur, la Cour de cassation s'assure de répondre pleinement aux exigences européennes et demande aux juges du fond d'apprécier *in casus* la balance d'intérêts tout en précisant que l'intérêt de l'enfant doit primer celui des parents de naissance.

« Le juge garant du principe de coparentalité : la cour de cassation veille ! » note sous Cass. 1^{ère} civ, 2 décembre 2020, 19-19.450, inédit, *Dr. fam.*, n°3, mars 2021, com. n° 36.

Résumé : Garant du principe de coparentalité, le juge doit, s'il y est invité, déterminer les causes du désintérêt du parent pour son enfant et l'intention de ce dernier de s'investir dans sa vie lorsqu'il n'existe plus de doute sur sa filiation, avant de confier l'exercice de l'autorité à l'autre parent. Il ressort de la décision que si le désintérêt manifesté à l'égard de l'enfant peut justifier le prononcé de l'exercice unilatéral de l'autorité parentale, ce n'est qu'à la condition que ce désintérêt soit volontaire. De façon plus implicite, on comprend par ailleurs que le désintérêt doit être durable et permanent. En effet, la Cour invite les juges à porter un regard particulier, sur l'évolution du désintérêt en s'attachant à la situation actuelle et non ancienne. On ne peut qu'approuver cette attention de la Cour qui veille avec une grande constance à une lecture stricte du texte en récusant systématiquement les motivations générales et en imposant une analyse précise et concrète de la situation.

« L'audition de l'enfant en assistance éducative : une obligation pour les juges d'appel sauf audition préalable ou absence de discernement dûment justifié », note sous Cass. 1^{ère} civ, 2 décembre 2020, n° 19-20.184, *Dr. fam.*, n°2, février 2021, com. n°18.

Résumé : La décision de la Cour de cassation apporte un éclairage intéressant sur deux sujets fondamentaux touchant aux droits de l'enfant, que sont le droit au respect de ses relations familiales et le droit à être entendu en justice dans les procédures qui le concernent. La note met en exergue que la compétence d'exception accordée au juge des enfants pour déterminer les modalités des relations familiales de l'enfant conduit à une différence de traitement procédurale importante en matière d'audition de l'enfant. Lorsque l'enfant est placé en assistance éducative, le juge des enfants étant compétent, l'audition s'impose indépendamment d'une demande sauf à justifier d'une absence de discernement. La dispense d'audition de l'enfant par les juges d'appel ne peut être justifiée que par l'existence d'une audition préalable devant le juge des enfants ou par l'absence de discernement de l'enfant, pourtant critiquable au regard de la rédaction de l'article 1189 du CPC. A cela s'ajoute une divergence d'appréciation, entre les magistrats et au sein même des différentes juridictions, du critère commun justifiant l'audition qu'est la notion de discernement. L'enfant semble donc encore trop sujet à des inégalités de traitement dans l'exercice de son droit à être entendu.

GPA : Pas de transcription impérative, l'adoption suffit pour établir le lien de filiation du parent d'intention même biologique !, obs. sous CEDH 16 juill. 2020, D. c/ France, no 11288/18, *Dr. fam.*, n°1, janvier 2021, com. n°5.

Résumé : Selon la CEDH, le refus des autorités françaises de transcrire la filiation du parent d'intention fût-il le parent biologique, ne viole ni l'article 8 de la CEDH ni l'article 14 combiné avec l'article 8. L'Etat doit certes permettre, au nom du droit à la vie privée de l'enfant, l'établissement du lien de filiation mais reste libre du choix des mécanismes dès lors qu'ils sont effectifs et rapides. Selon la Cour, l'adoption suffit y compris lorsque le parent d'intention est le parent génétique. Or, la reconnaissance intégrale des actes étrangers revient

à fragiliser nos principes essentiels d'ordre public encadrant aujourd'hui la procréation. Dans ce contexte, le cadre institutionnel de la filiation peine à conserver ses propres structures et ses principes éthiques. Le débat est infiniment plus délicat que ce qu'il ne pourrait laisser paraître et justifie plus que jamais l'intervention du législateur.

Les enfants issus d'une PMA avec tiers donneur ne bénéficient pas toujours d'une « superfiliation » !, obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 octobre 2020, 19-12.373 19-18.791, *Dr. fam.*, n°1, janvier com. n°3

Résumé : Selon la Cour de cassation, l'article 311-20 du code civil qui prévoit un régime spécial en matière de procréation assistée avec tiers donneur est applicable à une PMA réalisée à l'étranger. Dès lors que le transfert d'embryon a été réalisé postérieurement à une requête en divorce, le consentement est alors privé d'effet, permettant d'ouvrir la voie de droit commun de la contestation au parent d'intention et de solliciter ainsi une expertise biologique le tout sous le sceau des droits fondamentaux. On en revient donc à l'élément clé, le consentement. Dans le droit de la filiation issu d'une PMA avec tiers donneur, l'intérêt de l'enfant exige que le droit lui reconnaisse à sa naissance, une filiation clairement établie et que cette filiation ne puisse être ultérieurement remise en cause par ceux qui ont tenu à l'engendrer indépendamment du lien biologique. Au regard du droit à la vie privée et familiale de l'enfant et de son intérêt supérieur, il devrait reposer sur l'Etat une obligation positive à l'égard de l'enfant lui assurant que le parent d'intention assume les responsabilités de sa paternité programmée, indépendamment du lien biologique. Or, le contrôle léger opéré par la Cour de cassation sur l'existence du consentement de l'ex-mari conduit à nier la valeur de l'engagement. En refusant de rechercher *in concreto* la volonté du mari, c'est l'esprit même de la procréation intentionnelle qui est remis en question laissant encore un peu plus place aux désirs pour ne pas dire aux caprices individuels.

2020

« Insuffisance du mariage à assurer la coparentalité », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., avis, 23 sept. 2020, n° 20-70.002, *JCP G.* 21 décembre 2020, 1449.

Résumé : Lorsqu'une filiation est établie à l'égard de l'un des parents plus d'un an après la naissance de l'enfant, l'exercice en commun de l'autorité parentale ne peut résulter que d'une déclaration conjointe adressée au directeur des greffes ou d'une décision du juge aux affaires familiales, sans que le mariage des parents, après la naissance de l'enfant, puisse emporter de plein droit un exercice en commun. La compétence du directeur des greffes ne fait pas obstacle à celle du juge, qui, doit se prononcer sur un exercice en commun de l'autorité parentale, même lorsque la demande est formée conjointement par les parents. L'avis de la Cour de cassation s'inscrit donc à l'évidence à l'opposé du mouvement de déjudiciarisation en admettant la double compétence du JAF et du greffe en cas de consentement parental sans que l'on en comprenne le véritable intérêt.

« Une femme transgenre sera père au nom des droits de l'enfant à son identité », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 16 sept. 2020, n° 18-50.080 et 19-11.251, *Dr. fam.* n° 11, novembre 2020, comm. 146.

Résumé : Face au silence du législateur sur la question de la filiation de l'enfant né après le changement de sexe de son parent biologique, et au refus des requérantes de recourir à l'adoption, les juges ont dû pallier ce vide en ayant recours aux dispositions relatives à l'établissement de la filiation du titre VII du Code civil. La loi française ne prévoyant pas la

catégorie de « parent biologique » à l'état civil, seule une filiation paternelle ou maternelle pouvait être établie. La combinaison des textes conduisant à une impossibilité légale d'établir deux filiations maternelles à l'égard d'un même enfant hors adoption, il restait, pour préserver le droit de l'enfant à voir son lien de filiation biologique établi, le possible recours, faute de désignation de la qualité de mari dans l'acte de naissance de l'enfant, à la reconnaissance de paternité. Il reviendra alors à la femme transgenre d'établir sa filiation biologique par une reconnaissance de paternité. Le droit de l'enfant à son identité et l'intérêt supérieur de ce dernier postulent que la filiation soit déconnectée du genre choisi par son parent, point qui selon nous n'était pas si évident. La solution conduit à la déconnexion du sexe juridique et de la parenté conduisant à admettre que juridiquement une femme à l'état civil soit le « père » de l'enfant. En procédant à la démedicalisation du changement de la mention de sexe à l'état civil sans en envisager toutes les conséquences, le législateur a créé une situation inextricable, qu'il lui reviendra de résoudre. Mais les récentes questions touchant à la parenté homosexuelle, aux maternités de substitution et à la « transparence », rendent impérative une réelle réflexion d'ensemble sur la filiation et les notions de mère et de père.

« Sans preuve certaine, contester tardivement sa filiation paternelle serait contraire à l'intérêt », note sous CA Chambéry, 3^{ème} chambre, 23 Juin 2020 – n° 19/00083, *Dr. fam.*, octobre 2020, n°134.

Résumé : Le seul refus de la mère et de l'enfant de se soumettre à un examen biologique ne saurait suffire à rapporter la preuve de la non-paternité qui incombe à l'appelant. Le père qui ne rapporte pas de façon certaine la preuve de sa non-paternité se voit débouté de son action en contestation, déclenchée tardivement mais dans les délais, au motif qu'une privation rétroactive du lien de filiation paternelle est contraire à l'intérêt de l'enfant. On comprend à travers l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry qu'une paternité juridique abstraite et incertaine vaut mieux qu'une vérité destructrice de liens. Pour autant, cette appréciation casuistique du refus de se soumettre à l'expertise rend peu lisible les critères de définition de la paternité, qui semble reposer tantôt sur la volonté tantôt sur la sécurité tantôt sur la vérité affective ou biologique. A la question qu'est-ce qu'un père, la réponse reste ouverte.

« Cinq ans de possession d'état conforme au titre : un délai de forclusion insusceptible de suspension » note sous Cass. 1^{ère} civ., 15 janvier 2020 n° 19-12.348, *Dr. fam.*, septembre 2020, n°118.

Résumé : Selon la Cour de cassation, l'article 333, alinéa 2, du Code civil édicte un délai de forclusion et non de prescription. Dès lors, sont écartées les règles de suspension de l'article 2234 du Code civil applicables uniquement en matière de prescription. La filiation dont le titre est corroboré par une possession d'état quinquennale est incontestable sans qu'il soit possible d'invoquer une impossibilité d'agir du fait de la méconnaissance ou de la découverte tardive de la vérité. Or, l'absence de proportionnalité dans la mise en œuvre du point de départ du délai, au nom de la sécurité juridique, fait prendre le risque de voir maintenue une filiation qui pourrait finalement ne plus correspondre, ni à une vérité affective, ni à une vérité biologique.

« GPA : intérêt de l'enfant ou « droit de devenir parent », note sous CA Rennes, 6^{ème} ch., 27 janv. 2020, n° 18/04247, n° 18/03564, n° 18/02580 : JurisData n° 2020-000852, *Dr. fam.*, juin 2020, n°92.

Résumé : Si l'acte de naissance établi à l'étranger est probant au sens de l'article 47 du Code civil, c'est-à-dire exempt de fraude, la transcription de l'acte de naissance d'un enfant issu d'une GPA pratiquée à l'étranger doit être intégrale. En suivant le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation en date du 18 décembre 2019, et en écartant la réalité de

l'accouchement, les juges internes remettent en cause les fondements de la parenté. Le projet parental du couple devient le critère premier de la filiation, sans avoir besoin de recourir à l'adoption. En reconnaissant la notion de « parent d'intention » pour des couples d'hommes et de femmes, c'est tout le droit de la filiation qui est remis en cause et qui conduit à être repensé. L'intérêt de l'enfant justifie plus que jamais l'intervention du législateur

2019

« Mieux vaut une absence de père qu'un père affectif : Où est l'intérêt de l'enfant ? », obs. sous TGI Meaux, 2^{ème} ch. civ., 23 août 2019, n° 17/00311 : JurisData n° 2019-017185, *Dr. fam.*, nov. 2019, n°218.

Résumé : Combinant la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant avec son droit à connaître son identité, le TGI retient que la possibilité posée à l'article 333 du Code civil de contester la filiation dans un délai de 5 ans à compter de la naissance ou de la reconnaissance, même si la possession d'état est conforme au titre, n'apparaît pas porter une atteinte disproportionnée au respect de la vie privée et familiale tant de l'enfant que du père. Force est de constater que ce raisonnement fait fi, d'une part, du droit qu'à l'enfant de voir respecter sa vie familiale avec son père légal, et d'autre part, de l'étape cruciale de l'appréciation *in casu* du caractère proportionné de l'atteinte portée à ce droit. N'y avait-il pas une atteinte au droit à une vie familiale de cet enfant, de 6 ans, de se voir retirer un père désireux de s'investir dans cette fonction et qui a toujours assumé son rôle sans pour autant lui établir une filiation paternelle substitutive ? Dès lors, la recherche de la vérité aboutit à un paradoxe : à force de vouloir trouver la véritable filiation, il en résulte une absence de filiation. En définitive, ce n'est pas la vérité qui est recherchée mais le mensonge qui est traqué.

2016

« Exportation de gamètes à l'étranger, petite brèche pour une insémination *post-mortem* », obs. sous CE, 31 mai 2016, n° 396848, *AJF* 2016, 439.

Résumé : Saisi d'une lourde question éthique, le Conseil d'Etat a décidé d'écarter ponctuellement l'application des dispositions du Code de la santé publique - lesquelles interdisent toute exportation de gamètes en vue d'une utilisation contraire aux règles du droit français -, en estimant que celle-ci, portait une "atteinte manifestement excessive" au droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante. Tout en affirmant la conformité de ces dispositions à la CEDH au nom de la marge d'appréciation dont chaque Etat dispose, le Conseil d'Etat confronta leur application aux circonstances propres à l'affaire ouvrant la voie d'un contrôle *in concreto* des dispositions françaises à la lumière des droits fondamentaux. Prémisse d'un changement radical de paradigme, la décision questionne le statut de la loi et le rôle du juge à l'aune de l'expansion des droits fondamentaux.

« Vérité ou intérêt de l'enfant, mon cœur balance », obs. sous Civ. 1^{ère}, 13 juill. 2016, FS-P+B, n° 15-22.848, *AJF*, 2016, 495.

Résumé : Saisi d'une question classique relative à la preuve biologique dans le contentieux de la filiation, la Cour rappelle le principe désormais bien connu selon lequel « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* » précise une nouvelle fois que « *l'intérêt supérieur de l'enfant ne constitue pas en soi un motif légitime de refus de l'expertise biologique* ». Nous avons alors fait remarqué que

la rédaction plus souple choisie par la cour de cassation écarte certes comme inopérant le motif de tardivité, mais laisse sous-entendre que si, à lui seul l'intérêt de l'enfant n'est pas suffisant, adjoint à d'autres éléments, il pourrait constituer un motif de rejet, ouvrant ainsi une éventuelle brèche dans un contentieux pour le moins rester objectif.

« **Homme ou femme pas de place pour le sexe neutre** », note sous CA Orléans, 22 mars 2016, N° RG : 15/03281, *AJF*, 2016, p. 261.

Résumé : Traditionnellement, le débat de l'identité sexuelle, initié par les personnes transsexuelles, porte sur le droit de choisir un sexe juridique, entre deux catégories, le masculin ou le féminin. Les personnes « intersexes », disposant de caractéristiques physiques des deux sexes, interrogent cette répartition bipartite et revendiquent l'accès à une troisième catégorie de sexe, « le sexe neutre ». Se pose donc la question de savoir si le droit à l'identité personnelle peut s'entendre du droit de s'affranchir de cette répartition duale des sexes au profit d'un genre « neutre ». Alors que le TGI de Tours avait répondu par la positive, la cour écarte cette possibilité. L'importante marge d'appréciation laissée en ce domaine aux Etats ne devrait pas encore sonner le glas du schéma bipolaire traditionnel, tant que l'identité demeurera un instrument de police civile. Toutefois, une neutralisation des droits et de la filiation en particulier pourrait relancer le débat.

2015

« **Refuser le bénéfice des allocations familiales pour des enfants étrangers entrés hors regroupement familial n'est pas contraire à la Conv. EDH** », obs. sous CEDH, 1^{ère} octobre 2015, Okitaloshima Okonda Osungu c. France et Selpa Lokongo c. France (requêtes n° 76860/11 et 51354/13, *AJF*, 2015, p. 689.

Résumé : Le refus d'accorder le bénéfice des allocations familiales aux parents étrangers, pour leurs enfants venus sur le territoire en dehors de la procédure de regroupement familial, ne méconnaît, selon les juges strasbourgeois, ni le droit au respect de la vie privée et familiale, ni l'interdiction de la discrimination, garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

« **Quid des revenus du concubin dans la fixation de l'obligation d'entretien ?** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 21 octobre 2015, *AJF*. 2015. 678

Résumé : La contribution à l'entretien de l'enfant ayant un caractère personnel, sa fixation dépend des revenus propres du débiteur. Le concubin du parent n'étant soumis à aucune obligation alimentaire à l'égard de l'enfant, ses revenus ne peuvent être pris en compte. Alors même que la solution est classique, la Cour de cassation a été contrainte d'en faire le rappel.

2012

« **Impossibilité de changer son nom pour le patronyme de son conjoint** », obs. sous CE 2^{ème} et 7^{ème} sous-sections réunies 18 nov. 2011, n°346470, *AJCT* 2012, p. 155.

Résumé : Alors que de prime abord le code civil ne semble pas s'opposer à ce que le nom sollicité puisse être celui du conjoint du demandeur, l'article 61 du code civil n'exigeant que la démonstration d'un intérêt légitime au changement de nom sans préciser les limites au choix du nom, le Conseil d'État opère une lecture d'ensemble de ce même code pour refuser au conjoint de porter le même nom que son épouse. Selon le Conseil, le nom patronymique ne

doit pas pouvoir être confondu avec le nom d'usage, les deux noms ayant des régimes juridiques distincts. En d'autres termes, le changement de nom ne doit pas être un moyen de contourner la précarité qui entoure le port du nom de son conjoint à titre d'usage qui ne peut résulter que du mariage ou d'une décision de justice post-divorce. Pour éviter tout risque de confusion entre parenté et alliance, le conseil d'Etat refuse le remplacement du nom de famille par le nom du conjoint mais ne s'oppose pas à ce que le nom demandé appartienne au patrimoine onomastique de la famille de son épouse. Une telle souplesse d'interprétation peut toutefois créer une autre confusion, l'époux pouvant apparaître indirectement comme un membre de la famille de son épouse.

« Attribution d'un bien à titre de prestation compensatoire », obs. Conseil constitutionnel, 13 juillet 2011, n° 2011-151-QPC, *RFDC* 2012, n°89.

Résumé : Le conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité contestant la conformité de l'article 274, 2° du code civil, qui prévoit l'attribution forcée d'un bien au titre de la prestation compensatoire, portant ainsi directement atteinte au droit de propriété constitutionnellement garanti. Dans sa décision n°2011-151 QPC du 13 juillet 2011, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la Constitution avec une subtile adjonction, « une réserve d'interprétation ». Si la dépossesion du débiteur n'entre pas dans le champ d'application de l'article 17 de la DDHC, dès lors qu'elle a pour cause l'extinction d'une créance, le Conseil relève, qu'il résulte néanmoins de l'article 2 de la DDHC que les limites apportées à l'exercice du droit de propriété doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi. C'est en se livrant à l'appréciation du caractère proportionné de la cession forcée, que le Conseil constitutionnel va formuler une réserve d'interprétation en exigeant que l'attribution forcée d'un bien soit une modalité subsidiaire d'exécution de la prestation compensatoire en capital.

Cette réserve d'interprétation est bien venue, en ce qu'elle réalise un véritable équilibre entre des droits divergents et assure désormais la garantie d'une réelle motivation de l'ensemble des décisions.

« Délégation-partage : une réponse aux décompositions familiales homosexuelles », obs. sous CA Paris, 1^{er} décembre 2010, RG n°11/06495, *AJF* 2012, p. 146.

Résumé : La délégation partage d'autorité parentale au sein d'un couple homosexuel n'est pas en soi une nouveauté puisqu'elle constitue l'unique outil juridique permettant une reconnaissance des familles homoparentales. Mais, la particularité de l'espèce rapportée tient aux circonstances dans lesquelles la délégation a été admise par la Cour d'appel de Paris. En effet, la délégation intervient cette fois-ci postérieurement à la séparation du couple parentale. N'ayant pas de filiation légalement établie, le lien établi avec le parent social est fortement fragilisé lors de la séparation. Ne pouvant appliquer les règles de l'exercice en commun de l'autorité parentale, le recours à la délégation partage apparaît comme un moyen d'organiser en droit la situation ultérieure. Toutefois, deux limites apparaissent à la mise en œuvre de cette technique. D'une part elle est nécessairement conditionnée au consentement du parent légal ce qui risque de ne pas être toujours le cas lors des séparations. Et d'autre part, elle reste conditionnée à une appréciation des « circonstances particulières » exigées par la Cour de cassation.

« L'absence de circonstance particulière n'empêche pas la délégation partage », obs. sous TGI Paris, 21 septembre 2012, *AJF*, novembre 2012, p. 550.

Résumé : Dans la lignée d'une jurisprudence favorable à la délégation-partage au sein du couple homosexuel, les magistrats du TGI de Paris retiennent explicitement que l'absence de circonstances particulières n'empêche pas le prononcé de la mesure dès lors que l'intérêt de

l'enfant justifie son prononcé. La décision rapportée est révélatrice de cette volonté d'user de la technique de la délégation-partage pour donner aux familles homoparentales une reconnaissance juridique qu'elles se voient refuser sur le plan de la filiation. En ce faisant, les juges rendent des décisions symboliques appelant des vœux à une réflexion sur une véritable autonomie de la délégation-partage par rapport à la délégation classique, afin d'assurer un véritable lien réciproque entre l'enfant et son parent social homosexuel.

« La fixation des modalités du droit de visite : un devoir pour le juge », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 nov. 2011, pourvoi n° 10-23.391, *AJF* 2012, p. 46

Résumé : Le juge du divorce peut-il renvoyer la détermination des modalités du droit de visite et d'hébergement à la discrétion des parents ? La Haute juridiction rappelle qu'il incombe au juge de déterminer les modalités du droit de visite dès lors que les parties n'ont pas convenu sur ce point. Cette solution présente l'avantage d'inscrire de façon formelle dans une décision de justice les modalités d'organisation des droits de chacun des parents et ainsi de prévenir les conflits. Toutefois, pour afin de concilier, le consensualisme dans les rapports parentaux et le devoir du juge, il pourrait être envisager de façon systématique dans la décision que le droit de visite s'exercera selon des modalités déterminées par le juge à défaut d'un meilleur accord commun entre les parties.

« L'intérêt supérieur de l'enfant justifie une fois de plus la délivrance d'un laissez-passer pour un enfant issu d'une gestation pour autrui réalisée à l'étranger », Tribunal Administratif de Paris, ordonnance du 15 novembre 2011, n°1120046/9, *AJF* 2012, p. 106.

Résumé : Dans une ordonnance du 15 novembre 2011, le juge des référés du Tribunal Administratif de Paris relevait que constitue une atteinte grave et manifestement illégale à l'intérêt de l'enfant, le refus des autorités françaises d'admettre sur le territoire un enfant né à l'étranger d'un ressortissant français, fût-ce d'une gestation pour autrui. L'espèce rapportée méritait d'être signalée en ce qu'elle faisait suite à la récente position prise par le Conseil d'État en faveur de la délivrance de document de voyage à des enfants nés d'une gestation pour autrui à l'étranger et confirmait la césure à l'égard de la position dominante du juge judiciaire face à la question des GPA. Ces décisions apparaissent comme le signe d'une évolution lente et mesurée du droit de la famille face à la délicate question de l'intérêt de l'enfant né d'une mère porteuse. Si elles ne préjugeaient en rien de la position au fond, la transcription partielle de la paternité biologique pouvait être envisagée tant le principe d'indisponibilité de l'état n'étant pas affecté.

« L'expertise génétique *post mortem* : le conseil refuse de déclarer l'inconstitutionnalité de l'article 16-11 du Code civil », obs. sous Conseil constitutionnel, 30 septembre 2011, n° 2011-173-QPC, *RFDC*, avril 2012, p. 408.

Résumé : Le conseil constitutionnel a été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité contestant la conformité de l'article 16-11 du code civil aux droits et libertés garantis par la Constitution. L'article 16-11 du code civil énumère les cas dans lesquels il est possible de recourir aux empreintes génétiques et précise dans son deuxième alinéa que « sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreintes génétiques ne peut être réalisée après sa mort ». Les requérants soutenaient que ce dispositif légal aboutissait à une quasi-interdiction de recourir à l'expertise génétique *post mortem* portant ainsi atteinte au respect à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel a déclaré cette disposition conforme à la Constitution. S'il est vrai que le droit de la famille subit un contrôle accru de constitutionnalité sur les grandes questions de société, il n'en est pas pour autant chamboulé ; le Conseil ne fait pas œuvre révolutionnaire.

« Confirmation du refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne », obs. sous CEDH Gas et Dubois c. France, 15 mars 2012, requête no 25951/07, *AJF* 2012, p. 220.

Résumé : Le refus de l'adoption au sein d'un couple homosexuel est-il contraire aux droits fondamentaux ? Cette question humainement sensible et juridiquement délicate avait été posée au Conseil constitutionnel qui avait refusait d'admettre l'inconstitutionnalité de l'article 365 du code civil. La Cour européenne saisie de la question a fait une nouvelle fois preuve de prudence et de modération dans l'interprétation jurisprudentielle de la convention en refusant également de condamner la France pour discrimination dans la jouissance du droit au respect de la vie familiale (Art. 14 comb. Art. 8). La Cour admet qu'à situation juridique différente des traitements différents peuvent être établi. Par ailleurs, au soutien de sa décision elle invoque l'absence de consensus européen sur la question et relève comme à son habitude l'appréciation factuelle du vivre ensemble primant. En somme, dès lors que l'absence de statut légal n'empêche pas de vivre avec les enfants, la situation n'est pas condamnable. La Cour reconnaît ainsi une large marge d'appréciation aux Etats. L'ensemble du droit de la filiation reposant sur l'altérité sexuelle, la mise en place de la possibilité pour un enfant d'avoir une filiation établie uniquement à l'égard de deux femmes ou de deux hommes constituerait une réforme de principe qui ne devait émaner que d'un Parlement.

« Transcription des actes d'état civil : une brèche ouverte dans le débat sur les mères porteuses », obs sous CA Rennes, 6^{ème} ch. A., 21 février 2012, n°11/02758, *AJF* 2012, p. 226

Résumé : Alors, que le 6 avril 2011, par trois arrêts, la Cour de cassation s'opposait à la transcription en France des actes de naissance étrangers d'enfants nés d'une gestation pour autrui, l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rennes semble de prime abord ouvrir une brèche dans ce débat en admettant une transcription sur le fondement de l'article 47 du Code civil. En effet, la Cour, constatant la concordance entre les déclarations régulièrement enregistrées et la réalité, affirma la transcription des actes de naissance au seul visa de l'article 47 du code civil. Selon cette dernière, la régularité de l'acte suffit pour justifier la transcription sans qu'il y ait lieu « d'opposer ou de hiérarchiser des notions d'ordre public tel que l'intérêt supérieur de l'enfant ou l'indisponibilité du corps humain ». De manière singulière, les juges ont opté pour une approche neutre détachée des conflits d'intérêts en présence. La solution doit être approuvée et ne pouvait en réalité être autre. En effet, si l'intimé est biologiquement le père de l'enfant, l'acte d'état civil étranger est non seulement régulier mais il est également vrai.

2011

« Droit de visite du père biologique présumé : recherche circonstanciée de l'intérêt de l'enfant », obs sous CEDH, 15 septembre 2011, Sheinder c. Allemagne, requête n°17080/07, *AJF* 2011, p. 496.

Résumé : La Cour relève qu'il incombait aux juridictions internes de rechercher s'il était de l'intérêt de l'enfant d'entretenir des liens avec son père biologique. C'est donc pour ne pas avoir examiné l'opportunité d'établir de tels liens que les juridictions allemandes sont désavouées, et non pour l'issue finale qu'elles ont apportées à la situation. En effet, la Cour conclut en laissant une grande marge d'appréciation aux Etats pour décider de la pertinence d'une mise en relation du père biologique supposé avec l'enfant. Pour ce faire, elle retient qu'il est impossible d'affirmer qu'il soit toujours de l'intérêt de l'enfant d'entretenir des liens avec son père biologique (autre homme que son père légal) et elle renvoie ainsi à l'exigence d'une analyse casuistique de chaque situation pour rechercher l'intérêt concret de l'enfant.

« **Maintien d'une délégation partage malgré la séparation du « couple parental** », obs. sous TGI de Nanterre, 4^{ème} Ch., 14 décembre 2010, RG n°10/02107, *AJF* 2011, p. 426

Résumé : La délégation partage au sein d'un couple homosexuel n'est pas en soi une nouveauté puisqu'elle constitue l'unique outil juridique permettant une reconnaissance des familles homoparentales. Mais, la particularité de l'espèce rapportée tient aux circonstances dans lesquelles la délégation a été admise par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt en date du 1^{er} décembre 2011. En effet, la délégation intervient postérieurement à la séparation du couple parentale sans que soit caractérisée la qualification de circonstances particulières, ne justifiant la mesure qu'à travers l'intérêt des enfants. L'outil que constitue la délégation-partage pour protéger les enfants élevés dans un contexte homoparental est extrêmement fragile et propice à des interprétations jurisprudentielles divergentes. Aussi est-il peut-être temps que le législateur s'interroge sur une véritable autonomie de la délégation-partage par rapport à la délégation classique et qu'il en renforce son régime.

« **Délivrance d'un titre de voyage à un enfant né à l'étranger d'une gestation pour autrui** », obs. sous CE, 4 mai 2011, n° 348778, *AJCT* 2011, p. 414.

Résumé : Le Conseil d'État, saisi en référé d'une demande d'annulation d'un titre de voyage au bénéfice d'enfant né d'une gestation pour autrui, a pris position de façon inédite en faveur de l'intérêt supérieur de l'enfant. S'appuyant sur l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, le fait que la conception des enfants ait pour origine un contrat de gestation pour autrui, est sans incidence sur l'obligation faite à l'administration d'accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant et a ainsi enjoint la délivrance du titre de voyage. Outre l'intérêt de l'enfant, le Conseil d'État prend acte du lien biologique du père avec les jumelles et de la volonté de la mère que les enfants soient recueillis par leur père. Ainsi, il écarte comme motif de non-délivrance la fraude à la loi et fait primer la vie familiale et l'intérêt supérieur de l'enfant.

« **Restriction du droit de visite d'un père transsexuel : absence de discrimination** », obs. sous CEDH 30 novembre 2010, req. n° 35159/09, *AJF*, 2011, p. 48.

Résumé : Si la Cour admet que la transsexualité est une notion couverte par l'art. 14 Conv. EDH qui renferme une liste non exhaustive de motifs de discrimination, elle estime cependant que la restriction du régime de visites ne repose pas sur le motif discriminatoire du transsexualisme mais sur une appréciation *in concreto* l'intérêt supérieur de l'enfant.

« **L'interdiction du mariage homosexuel n'est pas inconstitutionnelle** », obs. sous Cons. const. 28 janv. 2011, n° 2010-92 QPC, *Dalloz actualité*, 7 février 2011.

Résumé : Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel juge que l'interdiction du mariage entre personnes du même sexe est conforme à la Constitution. Selon le Conseil, cette interdiction ne contrevient ni à la liberté du mariage ni au droit de mener une vie familiale normale ni au principe d'égalité devant la loi. Le Conseil constitutionnel admet que s'agissant des règles du droit de la famille, le législateur pouvait fonder une différence de traitement dès lors qu'il y avait différence de situation. Le mariage constituant l'acte fondateur d'une famille, à la différence du couple homosexuel, une différence de traitement est constitutionnelle. En revanche, une telle différence de traitement ne pourrait plus être justifiée si le mariage venait à être conçu non plus comme l'acte fondateur de la famille mais comme une simple communauté de vie entre deux êtres, qui impose des devoirs et ouvre des droits. Or, une telle position reviendrait à remettre en cause les fondements mêmes du mariage et le Conseil a rappelé qu'il ne lui appartenait pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur ce point.

« **L'éviction de la volonté du majeur protégé au nom de son intérêt** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 2011, *Dalloz actualité*, 26 janvier 2011.

Résumé : La décision rendue par la première chambre civile mérite, à double titre, de retenir l'attention. D'une part, la Cour vient de rendre une décision, la première à notre connaissance, sur le mandat de protection future mis en place par la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 et plus particulièrement sur la question de son extinction lorsqu'une mesure de protection judiciaire est prononcée par le juge. Au regard de l'article 483, 2° du code civil, la Cour n'a eu qu'à constater le prononcé de la mesure de curatelle et l'absence de décision du juge maintenant le mandat de protection future pour y mettre fin. D'autre part, son intérêt réside également dans l'hypothèse qu'elle aborde, à savoir la possibilité pour le majeur de choisir son futur curateur et la force de ce choix face à la décision du juge. En l'espèce, pour évincer la nomination du fils comme curateur les juges soulevèrent l'intérêt du majeur. Toutefois, ce n'est pas tant la mise à l'écart du fils du fait de dissensions familiales qui étonne, que la faible motivation des juges sur ce point. Dès lors, il nous est permis de regretter le manque de sévérité de la Cour de cassation lors de son contrôle de motivation.

« **Conditions de l'adoption simple par les beaux-parents** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 janvier 2011, *Dalloz actualité*, 25 janvier 2011.

Résumé : Selon la Cour, nul ne peut être adopté par plusieurs personnes si ce n'est par deux époux. 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. Cet arrêt ne manquera pas d'interpeller en ce qu'il pose la difficile question de la place des beaux-parents. En effet, si la question du statut du beau-parent n'a de cesse de défrayer la chronique, les solutions émises ne traitent généralement que d'un seul des beaux-parents sans se soucier de la place de l'autre. L'arrêt soulève cette difficulté : comment faire si les deux beaux-parents désirent établir un lien avec l'enfant ? A cette question, il n'y a qu'une réponse négative, ils ne peuvent adopter successivement l'enfant.

« **Le refus de métamorphoser une kafala en adoption n'est pas contraire aux droits fondamentaux** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 2010, *Dalloz actualité*, 11 janvier 2011.

Résumé : Le refus de prononcer l'adoption de l'enfant recueilli par kafala, en application de l'article 370-3, alinéa 2, du code civil, ne constitue ni une différence de traitement ni une atteinte au droit de mener une vie familiale normale ni ne méconnaît l'intérêt supérieur de l'enfant, dès lors que la kafala est expressément reconnue par la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. La Cour ne pose plus une sorte d'équivalence entre la kafala et l'adoption mais se contente d'affirmer que cette institution étant définie comme l'engagement bénévole de prendre en charge l'entretien, l'éducation et la protection de l'enfant comme le ferait un père pour son fils, préserve l'intérêt supérieur de l'enfant. Ainsi, la Cour continue d'apprécier *in abstracto* l'intérêt de l'enfant et nie par là même la réalité de la situation de l'enfant objet d'une kafala

« **La filiation maternelle résulte de l'indication du nom de la mère dans l'acte de naissance** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 15 décembre 2010, *Dalloz actualité*, 5 janvier 2011.

Résumé : Désormais, selon l'article 311-25 du code civil, « la filiation est établie, à l'égard de la mère, par la désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant ». Cette nouvelle règle pose des difficultés d'application dans le temps. La Cour de cassation estime, en effet, que, dans la mesure où la défunte était désignée en qualité de mère dans l'acte de naissance, la

filiation maternelle entre elle et son fils abandonné était établie. Or, au regard du droit transitoire, la règle selon laquelle l'indication du nom de la mère permet l'établissement du lien de filiation, n'aurait pas dû recevoir application. En effet, si l'ordonnance a fait le choix, dans ses dispositions transitoires de ne pas distinguer selon que l'enfant est né avant ou après l'entrée en vigueur (V. art. 20-I), il n'en demeure pas moins que lorsqu'il existe une instance en cours introduite avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance, l'action doit être poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne aussi bien devant les juges du fond que devant la Cour de cassation (V. art. 20-III - De manière générale, sur les dispositions transitoires). Telle n'a pourtant pas été la position de la Cour de cassation. Reprenant sa solution émise dans l'arrêt rendu le 14 février 2006, la Cour s'est implicitement affranchie des textes internes en faisant appel aux droits de l'homme : le visa invoque les articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et donc l'idée que l'enfant naturel était victime d'une discrimination dans son droit au respect de sa vie familiale à raison de sa naissance. Cette solution confirme donc l'unification de traitement mettant en harmonie le droit applicable aux instances en cours et le droit positif. Ni la date de naissance de l'enfant ni la date d'introduction de l'instance n'influent ainsi sur l'application de la règle nouvelle.

« Dissolution et droit coutumier kanak : absence de contrôle à l'ordre public », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} décembre 2010, *Dalloz actualité*, 4 janvier 2011.

Résumé : Selon la Cour, Après avoir relevé que les parties étaient de statut civil coutumier kanak, que les obligations de l'époux à l'égard de son épouse étaient régies par le droit coutumier, dont l'application échappe au contrôle de la Cour de cassation au regard de l'ordre public, c'est à bon droit que la cour d'appel, a décidé que les articles 270 et suivants du code civil ne s'appliquaient pas. À travers cet arrêt, la Cour favorise la prise de conscience de ce pluralisme des sources, reconnu et consacré en droit français. Outre le fait qu'en cas de silence de la coutume, il n'y ait pas d'application subsidiaire du droit commun, la Cour se refuse à confronter la coutume à l'ordre public. Cette solution peut s'expliquer par le fait que la reconnaissance de la coutume dans des matières aussi importantes que le mariage, le divorce, la filiation, l'autorité parentale, les successions résulte d'une délégation du constituant et non d'une délégation de la loi. Aussi, les conflits entre la loi et les coutumes ne peuvent être réglés au profit de la loi, la coutume étant concurrente et non subsidiaire au statut de droit commun.

« Nature d'un bien acquis postérieurement à l'assignation en divorce », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} décembre 2010, *Dalloz actualité*, 3 janvier 2011.

Résumé : Selon la Cour, le bien, ayant fait l'objet d'une promesse unilatérale de vente durant le mariage mais acquis, de façon définitive, postérieurement à l'assignation en divorce, est un bien propre. Après avoir retenu que, durant le mariage, la promesse dont bénéficiait l'époux était une promesse unilatérale de vente, la Cour s'est attachée, en toute logique, à rechercher la date à laquelle la propriété était acquise. De façon implicite, la nature du bien est fonction de l'exercice du droit d'option. S'il est exercé avant la dissolution du régime matrimonial, le bien fait partie intégrante de l'actif à partager. S'il est exercé après, il est exclu des opérations de partage et seul son bénéficiaire en profitera. Ainsi, l'acquisition définitive du bien étant intervenue postérieurement à l'assignation en divorce, le bien litigieux acquiert une nature propre

« **Pension alimentaire : intégration des allocations familiales dans les ressources** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, *Dalloz actualité*, 10 décembre 2010.

Résumé : Selon la Cour, « Pour la détermination de la contribution de chacun des parents à l'entretien et à l'éducation des enfants, les allocations familiales peuvent être prises en compte au titre des ressources dont chacun d'eux dispose ». Ainsi, par son attendu limpide la Cour met un terme à toute incertitude. Désormais, il est clair que les allocations familiales sont exclues du calcul des revenus du créancier dans le cadre de la fixation d'une prestation compensatoire mais qu'elles sont prises en compte dans la détermination des ressources du créancier de pension alimentaire.

« **Annulation d'un acte de naissance établi par un kafil en fraude à la loi** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 17 novembre 2010, *Dalloz actualité*, 7 décembre 2010.

Résumé : La Cour affirme que « le kafil ayant produit au consulat de France une déclaration mensongère attestant d'un faux accouchement de son épouse, c'est à bon droit que l'arrêt retient que l'intérêt supérieur de l'enfant ne saurait justifier un état civil et une filiation conférés en fraude à la loi, étant observé en outre que l'enfant, de nationalité marocaine et résidant au Maroc, reste titulaire d'un acte de naissance marocain ». Les griefs tenant à la violation des droits fondamentaux ne sont donc pas fondés. L'arrêt ne surprend guère. L'argument tiré de l'intérêt supérieur de l'enfant n'ayant pas été retenu pour admettre l'adoption, il ne pouvait donc légitimement pas justifier l'établissement d'un acte d'état civil établi en fraude à la loi. En revanche, la Cour ne s'est pas penchée sur la question de la violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Toutefois, l'argumentation ne pouvait guère prospérer sur ce terrain. En effet, même si l'article 8 est déjà venu au secours de la kafala, pour permettre la reconnaissance d'un droit au séjour de l'enfant, il n'a pas permis de prononcer l'adoption et ne peut donc justifier l'établissement d'un acte d'état civil irrégulier.

« **Le devoir de secours entre époux prime l'obligation alimentaire liée à la parenté** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 4 novembre 2010, *Dalloz actualité*, 19 novembre 2010.

Résumé : Dans son arrêt du 4 novembre 2010, la Cour de cassation rappelle ainsi que le « devoir de secours prime l'obligation alimentaire découlant de la parenté ». Cette décision vient confirmer ce qui est admis depuis longtemps en doctrine et en jurisprudence, qu'une personne mariée ne peut réclamer d'aide à un ascendant, descendant ou allié, qu'à titre subsidiaire, seulement dans l'hypothèse où son conjoint ne serait pas en mesure de lui fournir cette assistance. La dette conjugale est principale relativement à la dette parentale.

« **Vers un aménagement de la procédure d'abandon de l'article 350 du code civil** », note sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010, *Petites Affiches*, 22 octobre 2010, n°211, p. 8.

Résumé : Selon l'arrêt rendu par la cour de cassation en date du 23 juin 2010, « Si la mère a, pendant la période de référence, été hospitalisée à plusieurs reprises, celle-ci a bénéficié de nombreux congés d'essai au cours desquels elle n'a fait aucune tentative pour établir des relations avec sa fille, soit par demande de visite, soit par appel téléphonique, soit par envoi de courriers ou colis et qu'il n'est pas démontré que ses troubles psychologiques l'empêchaient de chercher à établir avec sa fille des liens affectifs et aient été de nature à troubler son jugement et sa volonté dans ses décisions concernant le sort de son enfant, a estimé que la mère ne rapportait pas la preuve d'une grande détresse, décidé de déclarer abandonnée l'enfant ». L'arrêt rendu par la première chambre civile démontre, une nouvelle

fois, d'une part que la notion d'abandon de l'enfant suppose un désintéret volontaire et d'autre part que la notion de grande détresse étant interprétée restrictivement n'avait pas grand intérêt. S'il faut donc approuver la suppression de l'exception de détresse parentale par la loi n° 2005-744 du 4 juillet 2005 portant réforme de l'adoption, l'on peut se demander s'il ne serait pas possible de moduler la procédure comme les effets de la déclaration d'abandon afin de prendre en considération l'ensemble des intérêts en présence.

« Conditions de changement de nom suite à l'établissement d'un second lien de filiation », Cass. avis., 13 septembre 2010, *Dalloz actualité*, 8 octobre 2010.

Résumé : Selon la cour de cassation, le tribunal de grande instance 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 soit de la substitution du nom du parent à l'égard duquel la filiation est établie judiciairement en second lieu au nom jusque-là porté par l'enfant soit de l'adjonction de l'un des noms à l'autre. D'une part, la cour confirme à travers cet avis la compétence du juge pour se prononcer, en cas de désaccord des parents, sur l'attribution du nom, maintenant ainsi une voie contentieuse de changement de nom en sus de celle prévue à l'article 61 du Code civil. D'autre part, elle admet, contrairement à l'ancienne jurisprudence de l'article 334-3 du Code civil, que le juge peut décider soit d'une substitution de nom soit d'une adjonction de l'un des noms à l'autre. S'il faut reconnaître que l'ouverture de cette voie contentieuse du changement de nom est plus protectrice des intérêts de l'enfant, il n'en demeure pas moins qu'elle crée une inégalité entre les enfants selon le mode d'établissement du second lien de filiation, volontaire ou judiciaire.

« Éléments à prendre ou à ne pas prendre en compte pour fixer la prestation compensatoire : rappels et précisions », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 6 octobre 2010, (2 espèces), *Dalloz actualité*, 22 octobre 2010.

Résumé : Selon la cour de cassation, pour fixer la prestation compensatoire, les juges du fond peuvent tenir compte de la durée de la vie commune postérieure à la célébration du mariage, mais pas de la vie commune antérieure, pas plus que des prestations familiales destinées aux enfants ou des perspectives de versement d'une pension de réversion. Par ailleurs, le fait que l'épouse soit âgée, sans emploi, sans qualification professionnelle et donc sans possibilité d'augmenter ses revenus, suffit pour justifier la fixation de la prestation compensatoire sous forme de rente viagère.

« Le concubinage et la naissance d'un enfant commun ne suffisent pas à caractériser une promesse de mariage », obs. sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch. A., 8 décembre 2009, *Petites Affiches*, septembre 2010, n°175-176, p. 12.

Résumé : S'il est vrai qu'en matière de rupture des fiançailles le débat se porte souvent sur le caractère abusif de la rupture, en l'espèce la difficulté se concentrait sur l'existence de la promesse elle-même. En sommes, se posait la question de savoir si la situation de concubinage et la naissance d'un enfant commun pouvait constituer, à eux seuls, une promesse de mariage ? La cour d'appel d'Aix-en-Provence y répond par la négative dans un arrêt en date du 8 décembre 2009. Elle affirme que « la rupture fautive de mariage implique que les formalités administratives et les dépenses habituelles ont été menées suffisamment à terme et l'annonce de la cérémonie suffisamment publique pour que le futur époux réponde du préjudice matériel et moral qu'il a fait subir sans motif valable du fait de son comportement. En l'espèce, le fait de vivre en concubinage et d'avoir un enfant avec sa compagne n'implique nullement une obligation au mariage ». Si cette décision s'inscrit dans un courant jurisprudentiel bien établi refusant de déduire du concubinage ayant donné

naissance à un enfant, une promesse de mariage, il n'en demeure pas moins que la cour retient une définition stricte de ce qu'il faut entendre par promesse de mariage.

« L'acquisition du nom par possession : la nécessité d'une possession longue et prolongée », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 23 juin 2010, *Petites Affiches*, septembre 2010, n°191, p. 10.

Résumé : Si la possession d'un nom est propre à conférer à celui qui le porte le droit à ce nom, la loi n'ayant réglé ni la durée, ni les conditions d'une telle possession, il appartient aux juges du fond d'en apprécier souverainement la loyauté et les effets. La Cour estime dans sa décision du 23 juin 2010 que la cour d'appel a souverainement déduit que l'usage du nom de la mère durant une période de dix ans était insuffisant pour établir une possession prolongée de nature à permettre l'acquisition du nom. L'arrêt reprend ainsi le principe selon lequel la possession d'un nom peut avoir un effet acquisitif sous couvert d'une durée suffisamment longue, tel ne peut être le cas lorsque le nom n'a été porté que durant dix ans. Pareille solutions se justifient si l'on considère que l'intérêt qu'il y a à admettre l'effet acquisitif d'une possession prolongée d'un nom réside dans le fait que les membres contemporains de la famille n'ayant eu connaissance que de ce nouveau nom ne s'identifient qu'autour de ce dernier. *A contrario*, une possession trop courte ne permettant pas au nouveau nom de devenir le symbole de rattachement familial, les règles légales d'attribution du nom doivent s'appliquer. En effet, le rôle acquisitif de la possession ne doit pas constituer un mode autonome d'acquisition du nom et contourner ainsi les règles d'attribution du nom seules susceptibles d'associer le nom au lien réel de filiation.

« Recevabilité de la requête déposée devant la CEDH contre un refus d'adoption simple », obs. sous CEDH 5^{ème} sect., 31 août 2010, req. n° 25951/07, *AJF*, 2010, p. 433.

Résumé : Saisie d'une requête en violation des art. 8 et 14 Conv. EDH pour un refus d'adoption simple de l'enfant par la partenaire pacsée, la Cour européenne s'est prononcée sur sa recevabilité dans une décision du 31 août 2010. La Cour rejette les deux moyens d'irrecevabilité opposés par le Gouvernement français. Tout d'abord, elle écarte l'exception d'irrecevabilité tirée du défaut d'épuisement des voies de recours internes et confirme sa jurisprudence sur la notion de recours effectif. Ensuite, la Cour écarte également l'exception d'incompatibilité *ratione materiae* soulevée par le Gouvernement et confirme ainsi que la notion de vie familiale ne se réduit pas aux liens du mariage mais comprend également les liens « familiaux » de fait.

« L'éviction d'une prestation compensatoire au nom de l'équité », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 juillet 2010, *AJF*, 2010, p. 492.

Résumé : En l'espèce, alors qu'il s'agissait d'un divorce prononcé aux torts exclusifs de l'épouse, les juges ont refusé la prestation compensatoire en équité en considération des critères de l'article 271 du code civil. Or, ce recours à l'équité laisse pour le moins perplexe. En effet, alors qu'il résultait des débats parlementaires une volonté du législateur d'encadrer la notion de circonstances particulières de la rupture afin de ne pas réintroduire le lien entre la faute et la prestation compensatoire, le recours aux considérations de l'article 271 du Code civil ouvre les vannes d'un contentieux qu'il s'attachait pourtant à contenir. Sans être tenus à démontrer des circonstances particulières lors de la rupture, les juges du fond approuvés par la Haute juridiction, ont eu recours à des éléments aussi divers que l'âge de l'épouse, ses choix professionnels, son absence auprès des enfants ou encore les charges liées à leur entretien pour justifier leur refus. Ainsi, des critères qui étaient purement objectifs dans l'évaluation de la prestation compensatoire, deviennent une nouvelle arme dans la bataille judiciaire opposant

les époux. L'équité devient alors un critère particulièrement délicat à cerner et des divergences d'appréciation sont donc susceptibles de survenir d'une juridiction à l'autre.

« L'inadaptabilité d'une résidence alternée pour le jeune enfant issu d'un couple parental homosexuel », obs. CA Lyon, 2^{ème} ch. civ., 28 juin 2010, *AJF*, 2010, p. 490.

Résumé : L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon, en date du 28 juin 2010, réaffirme une position majoritaire selon laquelle le jeune âge de l'enfant peut constituer un obstacle au prononcé de la mesure. L'originalité de l'arrêt se situe, en réalité, dans l'infirmité du jugement de première instance réservant un sort différent à l'enfant issu d'un couple parental homosexuel. La Cour rappelle que *« pour répondre à son besoin de sécurité, le tout jeune enfant a besoin d'une figure principale d'attachement et que c'est la mère qui joue ce rôle essentiel »*. Elle relève que le premier juge n'ayant pas reconnu ce droit à une relation de plus grande proximité avec sa mère à l'enfant issu d'un couple parental homosexuel, a statué *« de façon quasi discriminatoire, sans explication sur ce renversement de la hiérarchie des principes alors qu'aux termes des dispositions de l'article 373-2-6 du Code civil la mission première du juge aux affaires familiales est la sauvegarde de l'intérêt de l'enfant »*. Une telle décision doit être approuvée. Tout d'abord, l'arrêt rétablit légitimement l'égalité entre les enfants et la hiérarchie des intérêts à prendre en considération

« La rupture fautive du concubinage implique nécessairement une rupture brutale », obs. sous CA Aix-en-Provence, 1^{ère} ch. A., 18 mai 2010, *JCP éd. G.*, 2010, p. 1876, n°987.

Résumé : Lorsque la rupture a été unilatérale et qu'elle est intervenue dans des conditions difficiles, la première tentation du concubin délaissé est d'invoquer la responsabilité pour faute. Il est difficile de rendre compte de la jurisprudence en la matière et de s'en faire une opinion définitive. Tantôt elle semble laxiste et paraît accorder des dommages-intérêts dignes d'une prestation compensatoire, tantôt elle semble vouloir renouer avec davantage de rigueur rappelant inlassablement que la rupture du concubinage ne constitue pas à elle seule une faute susceptible d'ouvrir droit à des dommages-intérêts, lesquels ne peuvent être alloués que s'il existe des circonstances fautives. Le présent arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence en date du 18 mai 2010, est à ranger plutôt dans la seconde catégorie. En l'espèce, la durée du concubinage (13 ans), le fait que la concubine ait quitté son emploi et sa région pour suivre son concubin, l'abandon de la concubine dans un état dépressif, les conflits ayant entouré l'occupation du logement entraînant par là même le décès du père de la concubine n'ont pas suffi pour caractériser une rupture fautive. Cette décision n'est pas surprenante. Elle s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence abondante, et illustrent une nouvelle fois la nature des fautes susceptible ou non d'être retenue pour ouvrir droit à réparation.

« La révélation de l'appartenance à un syndicat : vie privée, vie professionnelle ou « vie privée professionnelle » ? » note sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch. A., 16 mars 2010, *RLDC*, n°79, 1^{er} février 2011.

Résumé : En l'espèce, se posait donc la question de savoir si la révélation d'une appartenance syndicale relevait de la vie privée du salarié. Sans répondre de façon claire à la question, la cour d'appel dans son arrêt en date du 16 mars 2010 le déboute de sa demande. Les juges aixois retiennent que *« si aucune raison de principe ne permet d'exclure les activités professionnelles de la notion de vie privée, il n'en est pas de même dans le cadre syndical opposant dans une même entreprise des salariés ou adhérents à la CGT et un salarié adhérent à FO, candidat aux élections des délégués du personnel, auquel il est essentiellement reproché une atteinte à l'unité syndicale au travers d'une critique du syndicat FO dont il est adhérent. Ce conflit relaté dans divers numéros d'un journal syndical à diffusion interne et uniquement destinés aux salariés [...] relève d'une certaine liberté de ton »*

qui participe de la liberté syndicale, principe constitutionnel reconnu également par plusieurs conventions internationales ». Si de prime abord, l'arrêt semble en contradiction avec la position de la cour de cassation puisqu'il ne retient pas l'atteinte à la vie privée du fait de la révélation de l'appartenance syndicale sans l'accord du salarié. La contradiction n'est qu'apparente et peut être écartée en considérant qu'effectivement l'adhésion à un syndicat entre dans le domaine de la « vie privée professionnelle » mais que la révélation sans le consentement de l'intéressé peut se justifier par la protection d'une autre liberté fondamentale, la liberté syndicale. Cette liberté impliquant une liberté d'expression et d'information peut justifier une atteinte à la confidentialité de l'affiliation syndicale dès lors que l'ingérence est proportionnée au but légitime recherché.

2009

« **Le nom de l'adopté simple : du nouveau sur le rôle du consentement** », note sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch. B., 9 avril 2009, *Petites Affiches*, 5 novembre 2009, n°221, p.3.

Résumé : Les textes récents sur le nom de famille ne permettant pas de remédier de façon précise aux nombreuses difficultés que posent les effets de l'adoption simple sur le nom de l'adopté, les décisions rendues en la matière revêtent donc un grand intérêt. En l'espèce, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a dû se pencher sur la question de l'articulation des articles 61-3 et 363 du Code civil. Plus précisément, il s'agissait de savoir si l'enfant majeur pouvait refuser l'adjonction du nom de l'adoptant et ne conserver que son nom d'origine en vertu de l'article 61-3 du code civil. Dans son arrêt du 9 avril 2009, la Cour d'appel répond par la négative. Elle affirme ainsi que « *si aux termes de l'article 61-3 du Code civil, l'établissement ou la modification d'un lien de filiation n'emporte de changement de patronyme des enfants majeurs que sous réserve de leur consentement, la loi du 4 mars 2002 et la loi du 18 juin 2003 sur le nom de famille sont restées muettes sur la possibilité de maintenir à l'adopté simple son seul nom d'origine. Or selon l'article 363 du Code civil, l'adoption simple confère le nom de l'adoptant à l'adopté en l'ajoutant au nom de ce dernier. Dès lors qu'il ne peut être dérogé à ces dispositions précises qui doivent prévaloir sur celles, de portée générale, de l'article 61-3 du Code civil, la demande d'adoption ne peut-être accueillie* ». En prônant l'adage *specialia generalibus derogant*, la Cour d'appel fait primer l'application de l'article 363 du Code civil sur celle de l'article 61-3 du code civil et réaffirme ainsi la fonction de rattachement du nom en cas d'adoption.

« **Exercice de l'autorité parentale, droit de visite et insémination artificielle entre parents homosexuels** », Obs. sous CA Aix-en-Provence, 6^{ème} ch., 28 mai 2009, *JCP éd. G.*, 2009, n°48, 465.

Résumé : Dans son arrêt en date du 28 mai 2009, la Cour d'appel d'Aix a eu à connaître conflit familial peu commun. En effet, une femme homosexuelle, a eu recours à une insémination artificielle à l'étranger, tout en bénéficiant du don de sperme de son oncle, lui-même homosexuel. Après avoir reconnu l'enfant dans l'année de sa naissance le père sollicitait auprès du juge que ses droits de père lui soient reconnus. La cour a satisfait à sa demande en affirmant que l'exercice de l'autorité parentale devait être conjointement exercé et qu'un droit de visite devait lui être accordé. La solution paraît s'imposer avec la force de l'évidence. Ni le choix de la méthode utilisée pour assurer la procréation de l'enfant, ni les mobiles qui ont présidé à ce choix ne sont de nature à faire écarter les règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale. Dès lors que l'auteur de la reconnaissance est bien,

génétiquement, le père de l'enfant, il est en droit de faire valoir ses droits de père et d'invoquer les dispositions de l'article 372 du code civil.

« **Pas de reconnaissance valable pour une filiation déclarée par un tiers** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 2009, *RLDC*, juillet-août 2009, n°62, p. 32.

Résumé : En l'espèce, pour revendiquer la propriété indivise d'une parcelle, les demandeurs prétendaient que celle-ci provenait de la succession de leur arrière-grand-père, lequel l'aurait détenue en sa qualité de fils naturel. À la mort de celui-ci, en 1952, un acte de décès a été dressé par un tiers, « dont l'éventuel lien de parenté avec la personne n'était pas précisé », qui déclarait que le défunt était le fils du couple propriétaire de la parcelle litigieuse. Il s'agissait donc de s'interroger sur la valeur de l'indication de la filiation du défunt mentionnée, à la suite des déclarations d'un tiers, dans l'acte de décès. La Cour de cassation affirme que « la simple indication de la filiation du défunt dans un acte de décès dressé sur les déclarations d'un tiers ne peut valoir reconnaissance ». Alors qu'un acte dressé par un officier d'état civil notamment l'acte de décès répond au formalisme exigé pour constituer une reconnaissance de paternité, la Cour de cassation, dans son arrêt du 14 janvier 2009, semble revenir sur cette solution. Les commentaires ont eu pour but de mettre en exergue le fait que cette contradiction n'en était en réalité pas une. En effet, une interprétation trop hâtive de la solution aurait pu conduire à écarter toute déclaration dans l'acte de décès comme forme de reconnaissance de paternité. En réalité, l'arrêt se contente de préserver une condition de fond essentielle requise pour la validité d'une reconnaissance, l'existence d'un véritable engagement personnel. Il ne faut pas perdre de vue que la reconnaissance est certes un mode de preuve exigeant un certain formalisme mais elle est avant tout un acte de volonté unilatéral qui fait entrer l'enfant dans une famille.

2008

« **La rigueur jurisprudentielle autour du changement de prénom du transsexuel** », obs. sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 20 février 2008, *Gaz. Pal.*, novembre 2008, n°321 et 323, p. 14.

Résumé : En l'espèce, M. C. demande à la cour de prononcer le changement de son prénom Jean-Michel en Oriane. Il expose ainsi que, depuis l'adolescence, il est atteint du syndrome psychique de transsexualisme et que grâce au traitement hormonal son apparence physique première est celle de l'autre sexe. Toutefois, atteint d'une maladie grave, l'opération chirurgicale permettant l'irréversibilité du changement physique de sexe n'a pu avoir lieu. Cette affaire intéresse en ce qu'elle soulevait la question de savoir si l'opération chirurgicale irréversible était un préalable indispensable pour admettre la modification du seul prénom. A cette question, la Cour d'appel y répond par l'affirmative en rejetant la demande au motif que le requérant n'avait pas changé de manière irréversible de sexe. Face à cette rigueur jurisprudentielle, refusant d'admettre le changement de prénom en l'absence d'intervention chirurgicale, les solutions retenues par les législations étrangères sont apparues comme un point d'encrage intéressant pour remettre en cause le système français, ou du moins pour apporter quelques assouplissements. En effet, le risque majeur du système français est de placer le requérant dans l'alternative du tout ou rien consistant soit à prendre le risque d'une intervention pour obtenir un changement de prénom, soit à refuser l'intervention et ne rien n'obtenir du tout. Aussi, a-t-on conclu que le système pouvait admettre que soit consacrée *a minima* une solution intermédiaire, admettant le changement de prénoms sans exiger une intervention chirurgicale.

« **Modalités d'exercice du droit de visite des parents : le juge délègue ses pouvoirs** », obs. sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 10 octobre 2007, *Bull. d'Aix*, 2008-1, p. 17.

Résumé : Pour renouer ces liens, distendus au cours de la période qui a suivi la séparation des parents, il y a lieu, non pas de suspendre le droit de visite et d'hébergement du père, mais de confirmer la décision entreprise en ce qu'elle a dit que ce droit de visite et d'hébergement serait exercé de façon libre et non réglementé. Sur le fond, cet arrêt soulève, à nouveau, la question de savoir si le juge du divorce peut laisser la détermination des modalités du droit de visite et d'hébergement à la discrétion des parties. Il était dès lors intéressant de se pencher sur cet arrêt qui s'inscrit en contradiction avec la lignée abondante des arrêts qui défendent aux juges de déléguer les pouvoirs que la loi leur confère lorsqu'ils fixent les modalités du droit de visite d'un parent à l'égard de ses enfants. Si la solution peut s'expliquer à la lueur de l'intérêt de l'enfant, il semble qu'il aurait été préférable de fixer, *a minima*, la périodicité du droit de visite tout en laissant une certaine liberté quant à son détail.

« **La société créée de fait entre concubins soumise à la fermeté des juges** », obs. sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 30 mai 2007, *Dr. fam.*, mars 2008, com. n°37.

Résumé : La société créée de fait exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, à savoir, l'existence d'apports, l'intention de participer aux bénéfices et aux pertes, et une intention de s'associer. En l'espèce, la Cour d'appel retient que la volonté de participer aux bénéfices et aux pertes est caractérisée par l'obligation solidaire de rembourser l'emprunt au cas de défaillance de l'un de concubin. Par ailleurs, selon cette dernière, l'*affectio societatis* n'est pas caractérisé en l'espèce dans la mesure où le projet du couple était de fonder uniquement sur une intention de fonder une famille et d'installer le domicile familial dans la villa acquise en commun. Aucune activité commerciale ou lucrative commune étant rapportée et justifiant une gestion spécifique, l'intention de s'associer n'est pas retenue par les juges du fond. Inscrit dans un courant restrictif de l'interprétation de l'*affectio societatis*, cet arrêt a condamné l'existence de la société de fait en matière d'acquisition ou de construction du logement commun. Or, après avoir constaté des positions différentes selon les juridictions du fond, il est permis d'affirmer qu'il existe une insécurité préjudiciable à la matière.

2006

« **La collaboration de sa concubine à l'activité de son concubin : enrichissement sans cause ou contribution aux charges du ménage ?** », note sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 28 juin 2005, *Gaz. Pal.*, 29 avril 2006, p. 10.

Résumé : Bien que la concubine ait participé de manière non déclarée, en accord avec son concubin, à la gestion du fonds de commerce de ce dernier, sa demande d'enrichissement sans cause est rejetée, car cette aide constituait la participation aux charges du ménage et n'excédait pas ses obligations naturelles. De plus, n'ayant pas de profession, la concubine n'a pas sacrifié sa carrière personnelle, le concubin assurant la charge du ménage et de la fille de la concubine. En tout état, elle ne peut se justifier sur l'enrichissement sans cause, dès lors que la cause de ce travail bénévole était précisément la communauté de vie et de ressources. A travers cet arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix, la note pose la question générale de la collaboration de la concubine à l'activité de son concubin. Alors que la notion de charge du ménage est exclue par les juges sur le fondement de l'article 214 du Code civil, elle resurgit, dans jurisprudence, à travers les règles dégagées pour liquider les rapports patrimoniaux entre concubins. Certes, l'enrichissement sans cause peut apparaître comme une technique

permettant de pallier les inconvénients du statut précaire, mais il n'en demeure pas moins un mécanisme dont les conditions semblent strictement appréciées. Ainsi, le versement d'une indemnité compensatrice sera exclu, lorsque l'absence de rémunération n'apparaît pas dans sa globalité injuste, eu égard aux avantages procurés durant la vie commune. Aussi, la voie de l'enrichissement sans cause semble se réduire aux cas d'injustices les plus flagrantes.

« Deux grands classiques en matière de vie privée : l'autorisation du titulaire du droit et le lieu de la prise de vue », obs. sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 3 mai 2006 et CA Aix-en-Provence 7^{ème} ch., 9 janvier 2006, *Bull. d'Aix*, 2006-4, p. 64.

Résumé : La réalisation de l'image d'autrui dans un lieu privé n'est licite qu'à la condition que l'intéressé ait donné son consentement, cela qu'il s'agisse d'une personne inconnue ou célèbre. En droit pénal, seul est incriminé le fait de fixer l'image de la personne sans son consentement dans un lieu privé. L'application de ce principe a engendré une jurisprudence abondante, tendant à définir la notion de lieu privé ou public. Le deuxième arrêt de la Cour d'appel d'Aix a permis de faire le point sur la question de savoir si la voiture était un lieu privé et plus généralement sur la définition même du lieu privé. Ainsi, « au sens de l'article 226-1 sus visé, le lieu privé s'entend comme l'endroit qui n'est ouvert à personne, sauf autorisation de celui qui l'occupe ; que tel est le cas d'un véhicule automobile ». En outre, le commentaire s'attache à délimiter la notion d'autorisation. En matière d'autorisation, la jurisprudence se montre souvent protectrice des intérêts des personnes privées. En effet, elle énonce que la personne elle-même peut fixer les limites de ce qui peut être publié ou non sur sa vie intime. Toutefois, l'autorisation donnée par la personne pour la reproduction de son image s'apprécie strictement. D'une part, l'absence d'opposition, justifiée par les circonstances de faits - conduite au volant- ne suffit pas à considérer qu'il y a autorisation. D'autre part, l'autorisation est limitée à son objet et à sa cause. Pour autant, le principe demeure le même ; chacun est maître de déterminer les limites de sa vie privée et d'en rendre public ce qu'il veut. Aussi, face à la négligence de la personne privée, les juges n'ont pas d'autre solution que d'appliquer le droit. Tel était le cas de la deuxième espèce, la personne filmée n'avait pas pris le soin d'encadrer son autorisation de manière stricte et précise. Aussi, faut-il mettre en garde les faibles et les crédules qu'il est très important de préciser, avec soin, l'objet de l'autorisation en distinguant, le cas échéant, la prise de vue les supports de commercialisation et les personnes susceptibles de détenir la décharge

2005

« Conflits entre parents et grands-parents à propos du droit de visite : l'intérêt de l'enfant prime », obs. sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 25 mars 2005 et CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 24 mai 2005, *Bull. d'Aix*, 2005-3, p. 39.

Résumé : Il y a lieu de faire droit à la demande d'un droit de visite et d'hébergement des grands-parents paternels en vertu de l'article 371-4 du Code civil. Le grave conflit existant entre la mère et les grands-parents paternels ne constitue pas un motif grave faisant obstacle aux relations personnelles des enfants avec leurs grands-parents, les enfants ne devant pas être mêlés aux conflits d'adultes. Cette solution se justifie par l'existence de relations fréquentes et de bonne qualité entre les enfants et leurs grands-parents avant le décès du père et par le respect de l'intérêt des enfants. Les juges apprécient restrictivement l'existence de motifs graves afin de préserver les droits des grands-parents contre la volonté des parents mais plus encore, afin de responsabiliser les adultes en conflit. En somme, les juges cherchent à imposer

aux adultes une « ligne de conduite ». Certes, ils constatent l'effectivité du conflit entre parents et grands-parents, pour autant ils leur ordonnent la mise à l'écart de l'enfant. Dans tous les cas, face à une mésentente surmontable, les adultes doivent être capables d'épargner l'enfant d'un conflit qui ne le concerne pas, afin de lui garantir l'ensemble des relations nécessaires à son épanouissement. De manière générale, ces solutions s'intègrent dans une tendance marquée par une dissociation des conflits : l'enfant doit être dissocié du conflit de ses parents entre eux comme il doit l'être *a fortiori* du conflit de ses parents avec ses grands-parents. Cette ligne directrice est louable mais encore faut-il que dans les faits les parents comme les grands-parents agissent en tant quel et placent l'intérêt de l'enfant avant le leur. A défaut, il faudra s'en remettre au juge qui saura user au mieux de son pouvoir modérateur.

« L'appréciation du refus de l'enfant de se soumettre à l'expertise biologique », obs. sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 22 février 2005, *Bull. d'Aix*, 2005-2, p. 62.

Résumé : Il convient d'annuler la reconnaissance en paternité d'une enfant bénéficiant d'une possession d'état de plus de dix ans dans le mesure où la mère reconnaît elle-même le caractère mensonger de la filiation déclarée. Le refus de l'enfant de se soumettre à une expertise biologique constitue un " aveu implicite mais non équivoque " de la connaissance du caractère mensonger de la reconnaissance dont elle a fait l'objet. Certes, la vérité biologique sous-tend la plupart du temps le droit de la filiation. Lorsque les auteurs de l'enfant s'opposent à la manifestation de cette vérité biologique, les juges sanctionnent un comportement qu'ils présumant contraire à l'intérêt de l'enfant en interprétant le refus de se soumettre à l'expertise. Mais, l'enfant a-t-il, en revanche, le droit de refuser cette vérité ? Une réponse négative semble s'imposer à la lueur des faits de l'espèce. Dans notre hypothèse, l'enfant se voyait imposer une action en contestation de reconnaissance. Certainement inquiet de dévoiler une vérité pouvant détruire son lien de filiation, il s'est opposé à l'expertise biologique. De ce fait, le malaise apparaît lorsque l'enfant, en refusant l'examen biologique, refuse *a fortiori* de connaître la vérité biologique. Son intérêt, selon lui, se situait dans le respect du mystère et dans la conservation de son lien de filiation. Et pourtant, c'est en contradiction avec l'intérêt exprimé par l'enfant que la vérité biologique s'impose. « La vérité rien que la vérité ». Il est fait observer que la notion de l'intérêt de l'enfant ne semble, malheureusement, pas pouvoir faire obstacle à cette quête de vérité

« Les critères jurisprudentiels requis pour l'adoption de l'enfant par ses grands-parents », obs. sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 3 mars 2005, *Bull. d'Aix*, 2005-2, p. 64.

Résumé : La question de l'adoption de l'enfant par ses aïeux demeure discutée en doctrine. En effet, si certains y sont opposés, d'autres voient en elle, dans certaines situations, un avantage pour l'enfant. La discordance doctrinale provient du fait qu'aucune disposition n'interdit les adoptions intra-familiales mais que, parallèlement, aucun texte ne les organise. Dès lors, le soin d'encadrer de telles adoptions a été laissé à la jurisprudence. C'est en ce sens que l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en date du 3 mars 2005, suscite notre intérêt. En effet, l'arrêt nous dévoile les principaux critères requis pour prononcer l'adoption simple d'un enfant par ses grands-parents. Parmi ces critères sous-jacents, la Cour met, tout d'abord, en exergue une condition négative : les parents de l'enfant ne doivent pas exercer l'autorité parentale. Le cas d'espèce nous enseigne qu'une délégation de l'autorité parentale peut suffire pour remplir cette condition négative. Ensuite, la Cour s'attache à rechercher l'existence d'une condition positive : les grands-parents doivent se comporter envers leurs petits-enfants comme de véritables parents. Ce « comportement parental » se caractérise, semble-t-il, par la réunion de deux éléments : un élément matériel et un élément moral. En effet, les grands-parents doivent être capables de répondre aux obligations normalement parentales en fournissant notamment soins et secours aux enfants. Si la réunion de ces critères

apparaît indispensable, elle n'est pas pour autant suffisante. En effet, la Cour exige une ultime vérification : l'absence de risque de confusion générationnelle. Sur ce point, le commentaire fait remarquer que le prononcé d'une adoption simple peut également bouleverser les repères généalogiques. En effet, l'essence même de l'adoption, qu'elle soit simple ou plénière, consiste à établir un lien entre deux individus étrangers l'un à l'autre, ce lien de filiation permettant l'accès à une nouvelle parenté. Or, en autorisant les adoptions intra-familiales, on permet officiellement de perturber le système de parenté.

« **Limites au principe de la liberté de la preuve en matière de divorce** », note sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 16 septembre 2004, *Bull. d'Aix*, 2005-1, p. 46.

Résumé : Aux termes de l'article 249 du Code civil, les faits invoqués en tant que cause de divorce ou comme défense à une demande, peuvent être établis par tous modes de preuve. S'applique, en matière de divorce, le droit commun de la preuve notamment en ce qui concerne la charge de celle-ci. Très classiquement, celui qui invoque un fait à l'appui de ses prétentions doit rapporter la preuve de son existence. Cependant, ce principe général de la liberté de la preuve souffre de quelques exceptions. En effet, il doit se combiner avec d'autres principes, tels que celui du respect de la vie privée, ou avec d'autres considérations, comme la volonté de préserver la paix des familles. Dès lors, ceci explique que certaines personnes soient dans l'incapacité de témoigner et que certains modes de preuve soient admis avec réserve. Ainsi, il convient d'écarter des débats, d'une part, le journal intime de l'épouse fourni par la fille du couple, dans la mesure où cette production implique l'enfant dans les débats sur les torts du divorce ce qui est contraire aux dispositions de l'art. 259-1 du Code civil et de l'art. 205 du NCPC. D'autre part, doivent être écartés des débats les messages reçus sur le téléphone portable de l'épouse, en raison de leur manque de fiabilité -n'importe qui pouvant laisser un message sur le répondeur- et de l'atteinte illicite à la vie privée qu'ils constituent. Certes, la portée du droit à la preuve, dont les auteurs n'hésitent pas à affirmer l'existence se trouve ici limitée. Mais, l'attitude des juges de la Cour d'appel d'Aix doit être encouragée car l'idée de la liberté absolue de la preuve en matière de divorce est inconcevable. En effet, protéger les valeurs fondamentales telles que la paix des familles et le respect de la vie privée, accorde à la procédure de divorce une garantie de loyauté. Il ne s'agit pas d'encourager « l'esprit de vengeance » à n'importe quel prix. Le débat de la preuve ne doit pas se faire au détriment du lien unissant l'enfant à ses parents ni au détriment des droits individuels reconnus à chacun des époux. Dès lors, le souci de décence et de protection des intérêts moraux de la famille milite en faveur de l'extension de l'article 205 du Nouveau Code de procédure civile. Finalement, les juges, à travers le caractère illicite de l'atteinte à la vie privée, ne confèrent pas une immunité à l'autre époux, mais instaurent un équilibre entre le droit de la preuve et la protection de la vie privée.

2004

« **Principe de non séparation de la fratrie : exemple de dérogation** », obs. sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 9 mars 2004, *Bull. d'Aix*, 2004-4, p. 54.

Résumé : Cette décision offre une occasion de rappeler que lorsque le juge statue sur la résidence des enfants à la suite de la séparation de leurs parents, il a l'obligation légale de veiller au maintien de la fratrie. L'article 371-5 du Code civil, relatif au maintien des liens entre frères et sœurs, impose désormais que les membres d'une fratrie ne soient pas séparés les uns des autres, sauf si cela n'est pas possible ou si l'intérêt de l'un d'entre eux commande une solution différente. Erigé en principe, le respect de cette unité est évidemment louable.

Cependant, ses restrictions sont si importantes qu'elles risquent de faire du devoir de maintenir les liens entre les frères et sœurs une affirmation purement platonique et utopique. En effet, les dernières applications de l'articles 371-5 du Code civil, parmi elles l'arrêt commenté, montrent en effet que la loi de 1996 n'a pas modifié la pratique antérieure des juges qui admettaient la séparation avec des tempéraments. Lors de la fixation de la résidence des enfants, le juge peut décider qu'un enfant aura sa résidence habituelle chez sa mère, alors que les deux autres résideront chez leur père. L'intérêt des enfants peut justifier une séparation de la fratrie. En l'espèce, cet intérêt est présent dans la mesure où le père ayant vécu pendant trois ans en Turquie avec deux de ses enfants, un regroupement des enfants chez l'un des parents serait inenvisageable en l'état, sous peine d'accroître l'incompréhension qui règne au sein de la fratrie liée à l'éloignement qui a existé et au choc qui s'en est suivi. Cependant, si au fond, la disposition insérée au Code civil n'a pas révolutionné la matière, la forme connaît une évolution. En effet, l'inscription de cette disposition a pour effet principal d'obliger les juges à une motivation circonstanciée lorsqu'ils se décident pour la séparation, ce que fit la Cour d'appel en l'espèce.

« Une inégalité homme femme en droit de la filiation : l'impossibilité de refuser sa paternité », obs. sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 15 janvier 2004, *Bull. d'Aix*, 2004-3, p. 58.

Résumé : Doit être confirmée la décision qui prononce la paternité naturelle d'un homme ayant eu une relation stable, continue et publique avec la mère de l'enfant pendant la période légale de conception et qui s'est soustrait aux quatre convocations qui lui ont été envoyées par l'expert chargé de procéder à l'analyse biologique. Le refus de la paternité ne peut être justifiée par "une inégalité des hommes et des femmes devant la venue non désirée d'un enfant"; en effet, s'il est vrai que la mère aurait pu avorter ou accoucher sous X, suite au refus du père présumé d'assumer sa paternité, celui-ci "ne pouvait pas ignorer les méthodes de contraception masculines supplétives à celles féminines". De fait, l'intérêt de l'enfant commandant qu'il puisse connaître ses parents, le père présumé ne peut donc se dégager de ses obligations commandées par l'intérêt prioritaire de l'enfant. C'est en ce sens que la Cour d'appel a statué. Au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, elle a ainsi écarté le motif de l'inégalité pour consacrer le principe de « biparenté ». De surcroît, le commentaire met en exergue une question supplémentaire. Si malgré son refus, l'homme doit être déclaré père, doit-il pour autant assumer équitablement les responsabilités avec la mère ? La mère, ne doit-elle pas à son tour être responsable de son choix ? Ne doit-elle pas assumer seule l'entretien de l'enfant ? Selon, la Cour le prétendu père, « qui a l'entière responsabilité de sa paternité, ne peut pas se prévaloir de son refus de celle-ci pour échapper à ses obligations ». En définitive, étant responsable de la conception d'un enfant, le père est tenu à ses obligations alimentaires et ce, malgré qu'il ait refusé sa venue. L'intérêt prioritaire de l'enfant commande, une fois de plus, de ne pas décharger ni alléger le père de ses obligations.

« Droit d'usage du nom du conjoint après divorce : la cohésion familiale comme intérêt particulier », obs. sous CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 21 octobre 2003 et CA Aix-en-Provence 6^{ème} ch., 28 novembre 2003, *Bull. d'Aix*, 2004-2, p. 32.

Résumé : La femme désireuse de conserver l'usage de son nom d'épouse en l'absence d'opposition formelle du mari justifie de l'intérêt particulier exigé par l'article 264 du Code civil dès lors qu'elle fait valoir que l'enfant commun, qui est toujours mineur, a vu sa résidence fixée chez elle, qu'il poursuit des études, qu'il restera donc probablement encore à sa charge quelques années. Elle justifie donc que le maintien d'une certaine cohésion familiale passe par l'usage d'un nom commun par la mère et l'enfant.

F. Cas pratique et études statistiques

« Cas pratique- La Famille- Divorce », *Introduction au droit et droit civil, Méthodologie et sujets corrigés*, Les annales du Droit 2015, sous la direction de Thierry Garé, Dalloz, p. 125.

Résumé : Au sein de ces annales, il s'agit de proposer des cas pratiques accompagnés de conseils de méthode et de leur correction.

« Cas pratique- Droit des personnes - Vie privée », *Introduction au droit et droit civil, Méthodologie et sujets corrigés*, Les annales du Droit 2015, sous la direction de Thierry Garé, Dalloz, 2014, p.111.

« Sociologie et statistiques. Tableaux de répartition par cas de divorce », *La réforme du divorce par la loi du 26 mai 2004 : pacification et simplification ?* Actes du Colloque organisé par le Centre Pierre Kayser en collaboration avec le Centre de formation des Barreaux du Sud-Est, sous la direction de Anne Leborgne, PUAM, 2005, p. 119. (Participation collective avec Christophe Sauvat, Anaïs Gabriel et Claire Strugala)

Résumé : Suite à une analyse de 111 arrêts rendus sur la période s'étalant de mai à début juillet 2004 dont la Cour d'Appel d'Aix a eu à connaître, l'équipe a procédé à une répartition de ces derniers sous forme de tableaux. Le premier recense les différents cas de divorces, les causes accueillies ainsi que le nombre de causes invoquées mais rejetées pour défaut de preuve. Le second révèle le montant des prestations compensatoires suite au prononcé du divorce quelle que soit sa cause et les éléments de fait si rapportant tels que l'âge des époux, le nombre d'enfant et leur situation professionnelle

II. DROIT DES OBLIGATIONS - DROIT DES CONTRATS SPECIAUX – DROIT DES BIENS

A. Mémoire publié aux Editions Universitaires Européennes

La protection du logement familial du preneur à bail, mémoire de DEA, sous la direction du professeur Jean-Louis Bergel, publié aux éditions Universitaires européennes, 2010.

Plan :

PARTIE I : La situation des couples mariés

Titre I : Une protection accrue et diversifiée

Chapitre I : La protection du logement durant la vie commune

Chapitre II : La protection du logement en période de crise

Titre II : L'émergence de principes directeurs comme support d'harmonisation

Chapitre I : Les principes directeurs de la protection

Chapitre II : Vers une harmonisation de la protection

PARTIE II : La situation des couples non mariés

Titre I : Une protection limitée liée au statut social

Chapitre I : Une absence de protection : un occupant sans droit ni titre

Chapitre II : L'amorce d'une protection : le droit acquis à la poursuite du bail

Titre II : Une protection critiquable : Vers un aménagement de la protection

Chapitre I : Un système critiquable

Chapitre II : Des solutions envisageables

Résumé : Le législateur et la jurisprudence, notamment dans le secteur locatif, ont de longue date pris conscience de la nécessité d'assurer une protection adaptée au logement familial, en faisant de ce bien, un élément patrimonial d'une nature particulière obéissant à un statut juridique spécifique. La politique législative fut le fruit d'une lente évolution. L'instauration, d'un régime particulier sur le bien servant de logement à la famille, est liée à la fois aux réformes relatives au domicile conjugal et au renforcement de la protection du locataire. Du premier point de vue, c'est la famille conjugale qui bénéficie des faveurs du législateur soucieux de sauvegarder les droits de chaque époux sur l'habitation commune, et plus précisément d'assurer à chacun l'égalité de protection de ses chances de conserver le logis familial à tous événements. Du second point de vue, la politique générale de protection des locataires a rejailli sur la condition réservée à leurs conjoints mais pas seulement sur ces derniers. A l'origine, la loi du 1^{er} septembre 1948 prévoyait dans son article 5-1 un droit au maintien dans les lieux en cas d'abandon du domicile ou de décès au bénéfice notamment du conjoint et des personnes à charge qui vivaient effectivement avec lui depuis plus de 6 mois. Bien que non citée expressément par le législateur parmi les personnes à charge, la concubine était principalement visée par le texte. Cependant, l'article 27 de la loi du 23 décembre 1986 a modifié la liste des bénéficiaires de la transmission du droit au maintien dans les lieux, la personne à charge n'y figure plus ; le concubin ne peut donc plus invoquer ce droit. C'est la loi du 22 juin 1982 (dite « loi Quillot »), qui fut la première à ouvrir dans cette hypothèse d'abandon ou de décès, à la concubine notoire la possibilité de faire continuer le bail à son profit. Ces dispositions furent ensuite reprises une première fois par la loi du 23 décembre 1986, puis par celle du 6 juillet 1989, tendant à l'amélioration des rapports locatifs, actuellement en vigueur. Aujourd'hui, la loi relative au pacte civil de solidarité a ajouté à la liste des bénéficiaires, les signataires du pacte. Dès lors, les trois statuts familiaux, conjoints,

concubins et pacsés, sont alors visés par la politique de protection du logement. Dès lors diverses questions se posent. Quelle sera la situation du conjoint, du concubin ou du pacsé du locataire ? Quelle sera la nature des protections dont ils bénéficieront ?

A travers ce mémoire, l'idée était de démontrer la très nette opposition entre les protections accordées aux couples mariés et aux couples non mariés. Ainsi, pour les couples mariés le législateur a organisé un véritable statut protecteur du logement familial. L'étude met en exergue, certes une protection accrue au bénéfice des couples mariés mais surtout une protection complexe, dans certain cas, insuffisante et déséquilibrée. A cette spécificité de la protection accordée aux couples mariés s'oppose le régime appliqué aux couples non mariés soumis dans la plupart des cas au droit commun des baux. L'étude relève que la prise en compte de ces couples non mariés est, à certains égards, inégale, discriminatoire voire inutile. Face à ce constat, c'est alors que l'on s'interroge sur la raison d'être de cette différence. Peut-on envisager une amélioration des statuts ? Et si oui, sur quels fondements reposerait cette protection ? Le mémoire propose de repenser le sujet et de créer un statut du logement de la famille quelle que soit la forme de conjugalité. Certes, c'est vers plus de protection que ces réformes sont envisagées, afin de permettre à chaque famille d'avoir les mêmes chances de pouvoir bénéficier des mêmes protections. Mais, il n'en demeure pas moins que le pluralisme est une philosophie qu'il serait inopportun de contrarier, fût-ce dans une optique protectrice. En d'autres termes, l'étude propose des protections plus accrues en faveur des couples non mariés tout en maintenant une différence entre pacsés et concubins. Le but étant de rétablir une certaine égalité tout en tenant compte des différences.

B. Articles

1. « Le règlement des conflits de propriétés, entre le droit de la publicité foncière et le droit commun des obligations », *Revue Lamy droit civil*, avril 2007, p. 75.

Plan :

- I. Le transfert de propriété et publicité foncière*
 - A. La publicité, condition d'opposabilité aux tiers
 - 1 - Les actes soumis à la publicité
 - 2 - L'inopposabilité, sanction de l'absence de publication
 - B. Conflit entre ayants cause du même auteur
- II. La protection de l'acquéreur : les techniques envisageables*
 - A. La notion de mauvaise foi
 - 1 - La mauvaise foi du débiteur
 - 2 - La mauvaise foi du tiers
 - B - Publication de l'avant-contrat comme solution de protection de l'acquéreur
 - 1 - Une publication juridiquement possible
 - 2 - L'effectivité d'une telle publication

Résumé : Le conflit entre l'acquéreur d'un bien et le bénéficiaire d'une donation de ce même bien se résout en principe en fonction des dates portées sur les contrats. En revanche, si une publicité légale est prévue comme condition d'opposabilité aux tiers, c'est la date de publication qui sera prise en compte. Dès lors, dans le cadre de l'offre d'achat, contresignée par les vendeurs, il y a eu rencontre des volontés sur la chose et sur le prix et il est certain que la vente aurait dû être déclarée parfaite. Cependant, force est de constater que les vendeurs justifient avoir fait une donation du terrain litigieux à leur fille, suivant acte authentique,

quelques jours avant l'assignation délivrée par l'acquéreur. Il apparaît qu'avec une mauvaise foi avérée, ils ont fait publier cet acte à la conservation des hypothèques sans attendre l'issue du procès. En l'état des règles relatives à la publicité foncière, il est à présent impossible de reconnaître les droits de l'acquéreur sur le terrain qui seraient en tout état de cause inopposables au tiers. L'acquéreur est donc débouté de son droit de propriété tendant à voir constater judiciairement la vente du terrain à son profit. Cette solution, logique à première vue, est-elle encore justifiée en cas de mauvaise foi de l'une des parties ?

2. « **Le contrat d'agent immobilier : mandat ou contrat spécial d'intermédiaire ?** », *Rép. Defrénois*, 2007, art. 38657, p. 1344.

Plan :

I. La mission de l'intermédiaire

- A. L'absence de principe d'un pouvoir d'aliénation
- B. La reconnaissance exceptionnelle d'un pouvoir d'aliénation

II. La rémunération de l'intermédiaire

- A. La commission liée à la réussite de la mission
 - 1. Une intervention essentielle
 - 2. Une opération effectivement conclue
- B. Les indemnités en cas d'échec de la mission
 - 1. La responsabilité du mandant
 - 2. La responsabilité de l'acheteur

Résumé : L'étude du contrat d'agent immobilier s'appuie sur une analyse de la jurisprudence, et tout particulièrement des arrêts rendus par la Cour d'appel d'Aix sur la période 2005-2006. Cette analyse a permis d'apporter des précisions pratiques mais également théoriques. En effet, au regard de la mission de l'agent, l'analyse jurisprudentielle a permis de récuser un pouvoir d'aliénation et donc de représentation pour conclure à un simple pouvoir d'entremise. Aussi, l'agent immobilier, étant plus un courtier qu'un mandataire, se doit d'avertir le candidat acquéreur de la portée de sa mission au risque de créer une fausse apparence. Dès lors, il appartiendra à l'acquéreur potentiel d'émettre une offre que le vendeur pourra accepter ou refuser. Dans une profession où l'enjeu pécuniaire est souvent considérable, il est rassurant de constater que le mécanisme de la rémunération est conditionné par le sérieux de l'opération et l'exigence d'une certaine diligence quant au ménagement de la preuve. L'encadrement rigoureux attaché à la naissance du droit à la rémunération est toutefois compensé, en pratique par les règles de la responsabilité civile. En effet, les juges n'hésitent pas à sanctionner les comportements frauduleux du mandataire comme du tiers acquéreur.

Ces précisions pratiques quant à la mission et à la rémunération ont permis de s'interroger, de façon plus théorique sur, la question de la qualification du contrat, liant l'agent immobilier et son client. Peut-on encore parler de "mandat" ? La représentation étant de l'essence du mandat, il n'y a pas à proprement parler de "mandat sans représentation". De ce fait, le contrat liant l'agent immobilier au vendeur devrait être requalifié en contrat de courtage. En outre, le caractère de gratuité n'étant, certes, plus de l'essence même du mandat, la rémunération de la mission ne s'oppose pas directement avec la qualification de mandat. Pour autant, les conditions de la naissance du droit à rémunération de l'agent immobilier se recoupent avec celles du courtier. Ceci nous permet de défendre l'idée selon laquelle la qualification de contrat de courtage serait plus appropriée au contrat liant l'agent immobilier à son client que celle du mandat

C. *Juris-Classeur*

1. « Les prérogatives de l'usufruitier - Pouvoirs de l'usufruitier », *Juris-classeur civil*, fasc. n° 20.

Résumé : L'usufruitier a le droit de se servir de la chose et d'en retirer les fruits. Toutes les utilités les plus concrètes du bien lui sont réservées. La faculté de jouissance inclut la puissance de gérer. A ce titre, il convient de distinguer les prérogatives de l'usufruitier quant à son droit de celles relevant de la chose grevée d'un droit d'usufruit. Cette distinction fait apparaître que si l'usufruitier a des prérogatives très étendues sur son droit, comme tout titulaire d'un droit, il n'a en revanche que des prérogatives limitées sur la chose et c'est là un des points essentiels de la distinction de l'usufruit et de la propriété.

L'usufruit connaissant une extension considérable de son domaine, cela en a modifié sa nature et son régime si bien que peuvent se dégager aujourd'hui d'une part, un droit commun de l'usufruit largement inspiré de l'usufruit grevant un bien corporel et d'autre part un droit spécial de l'usufruit, tourné vers les biens incorporels.

D. *Notes et observations de jurisprudence*

2013

« Sauf disposition contractuelle contraire, la levée d'option d'une promesse de vente n'est pas soumise à un formalisme particulier », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 19 déc. 2012, n° 08-14225, PB, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, mars 2013, p. 2.

Résumé : Dans le cas où la levée de l'option n'est soumise à aucune forme ou modalité particulière, l'option est régulièrement levée dès lors que les promettants en ont été informés oralement par leur notaire avant l'échéance maximale prévue au contrat. Les difficultés se déplacent alors sur le terrain probatoire. Or, pour les minimiser, la jurisprudence voit dans la levée d'option un consentement, donc un fait juridique, qui peut être prouvé par tous moyens. Pour prévenir les difficultés de preuve et aussi pour donner au promettant une sécurité juridique, il reste aux parties à définir, dans la promesse, la forme que devra revêtir la levée de l'option.

« Réalisation tardive des conditions suspensives fixées sans délai : consécration de la vente », obs sous Cass. 3^{ème} civ., 21 nov. 2012, n° 11-23382, PB, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, janvier 2013, p. 4.

Résumé : Lorsque la date de réitération du compromis par acte authentique n'est pas extinctive mais constitutive du point de départ à partir duquel l'une des parties pourrait obliger l'autre à s'exécuter, en l'absence d'une date fixée pour la réalisation des conditions suspensives, la vente est parfaite dès la réalisation de ces conditions. La Cour refuse fermement de considérer que la date de réitération de l'acte authentique puisse constituer un terme implicite à la condition. Dès lors, il ne reste plus qu'à conseiller aux praticiens, d'une part, de prévoir deux dates limites au compromis : celle de la réalisation de la condition suspensive et celle de la passation de l'acte de réitération et, d'autre part, d'indiquer si l'une ou l'autre de ces dates a un caractère extinctif ou non.

« **Pas de réticence dolosive en l'absence de vigilance de l'acheteur** », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 9 oct. 2012, n° 11-23869, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, décembre 2012, p. 2.

Résumé : L'acheteur qui se plaint de la présence d'une carrière à proximité de sa maison ne peut pas demander l'annulation de la vente pour dol dès lors que l'exploitation ne pouvait échapper à sa vigilance. En d'autres termes, l'obligation de vigilance évince la réticence dolosive et par la-même l'erreur inexcusable. Ainsi, toute la difficulté de la matière est de déterminer le curseur d'équilibre entre l'obligation d'information du vendeur et le devoir de vigilance de l'acquéreur.

« **L'absence d'indemnisation de l'agent immobilier, en cas de refus du mandant de réaliser la vente** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 28 juin 2012, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, septembre 2012, p. 8.

Résumé : Le refus du mandant de réaliser la vente avec une personne qui lui est présentée par son mandataire ne peut lui être imputé à faute pour justifier, en dehors des prévisions d'une clause pénale, sa condamnation au paiement de dommages-intérêts, à moins qu'il ne soit établi que ce mandant a conclu l'opération en privant le mandataire de la rémunération à laquelle il aurait pu légitimement prétendre. Cette position sévère à l'égard des agents immobiliers doit être approuvée en ce qu'elle préserve la liberté du mandataire de disposer de son bien et garantit ainsi son droit de propriété. C'est en amont que l'agent doit se prémunir en prévoyant, soit un pouvoir de représentation, soit une clause pénale délimitant son indemnisation lorsque la vente a finalement échoué malgré lui.

« **La portée d'une lettre d'avocat dans la formation de la vente** », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 29 mai 2012, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, juillet 2012, p.4.

Résumé : Une lettre d'avocat portant la mention « officielle » à laquelle était jointe une copie de l'offre d'achat signée par l'époux avec la mention « Bon pour accord », n'étant pas couverte par le secret professionnel, peut rendre la vente parfaite. Sanctionnant une certaine mauvaise foi de l'époux coïndivisaire, la Cour fait prévaloir, par le pouvoir octroyé à la lettre d'avocat, la sécurité des actes juridiques.

« **Pas de gestion d'affaires pour l'agent immobilier non détenteur d'un mandat écrit** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 22 mars 2012 n° 11-13.000, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, mai 2012, p. 7.

Résumé : L'agent immobilier, qui ne détenait pas de mandat écrit préalable du vendeur, ne pouvait se prévaloir des règles de la gestion d'affaires. Sévère à l'encontre des professionnels de l'immobilier, la cour est attachée au scrupuleux respect du formalisme en la matière. La sanction est sans appel : l'absence de rémunération, le droit à la commission est subordonné à la détention d'un mandat valable.

« **Dépollution : L'obligation de délivrance conforme s'entend à ce qui est mentionné dans l'acte** », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 29 févr. 2012, pourvoi n° 11-10.318, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, mai 2012, p. 6.

Résumé : Dès lors, que l'acte de vente mentionne que l'immeuble avait fait l'objet d'une dépollution, les vendeurs sont tenus de livrer un bien conforme à cette caractéristique. il est intéressant de noter qu'en l'espèce le vendeur est tenu de garantir la dépollution totale du bien objet de la vente indépendamment du fait qu'il n'ait eu connaissance de la pollution résiduelle

que postérieurement à la vente. Ce qui est convenu est dû. Cette interprétation de l'obligation de conformité détachée de la bonne foi du vendeur appellera peut-être quelques réserves lors de la rédaction de ces clauses attestant de la dépollution du bien.

« Une chance perdue de réparer le préjudice financier d'un agent immobilier évincé », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 mars 2012 n° 11-14234, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, avril 2012, p. 6.

Résumé : Seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable, de sorte que l'agent immobilier, qui ne pouvait prétendre au versement d'une commission que le mandat n'avait pas régulièrement fixée, n'avait pas subi de perte de chance d'en recevoir le paiement. Cette décision s'inscrit dans cette évolution jurisprudentielle au terme de laquelle la chance ne saurait être trop. Il faut que la chance invoquée existe réellement, que la probabilité que l'« événement heureux » survienne soit réelle.

2010

« Pas de lésion dans la vente d'immeuble de gré à gré », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 6 octobre 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, octobre 2010.

Résumé : La question était la suivante : la vente de gré à gré d'immeuble par le liquidateur, prévue par l'article L. 622-16 du code de commerce, tombe-t-elle sous le coup de l'article 1684 du code civil, qui exclut la rescision pour lésion « en toutes ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice » ? La Cour y répond par l'affirmative et confirme ainsi une solution déjà posée par la chambre commerciale, qui avait pareillement écarté la rescision pour cause de lésion d'une vente d'immeuble de gré à gré. En affirmant que « la vente des immeubles d'un débiteur en liquidation judiciaire par le liquidateur, fût-elle de gré à gré, est une vente qui ne peut être faite que d'autorité de justice », la Haute Juridiction confirme le rôle déterminant que joue l'autorité judiciaire, par l'intermédiaire du juge-commissaire, dans le processus de concrétisation de la vente et préserve ainsi la sécurité des ventes d'immeuble en liquidation judiciaire.

« Effet rétroactif de l'annulation d'une décision de préemption », Cass. 3^{ème} civ., 22 septembre 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, octobre 2010.

Résumé : Si par l'effet de l'annulation rétroactive de la décision de préemption, la condition suspensive du non-exercice du droit de préemption s'était réalisée, le bénéficiaire n'ayant pas levé l'option, la promesse était devenue caduque, de sorte que celui-ci ne disposait d'aucun droit à l'annulation de la vente. En effet, la cour écarte l'action en nullité au motif que n'ayant pas levé l'option, la promesse était caduque et le bénéficiaire de la promesse ne disposait dès lors d'aucun droit à l'annulation de la vente. *A contrario*, si l'acheteur évincé lève l'option ou bénéficie d'une promesse synallagmatique de vente, il acquiert la qualité pour agir et bénéficie d'un principe de nullité.

« Notification du compromis de vente aux époux acquéreurs », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 9 juin 2010 (2 espèces), *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, septembre 2010, p. 7.

Résumé : Lorsque la notification prévue par l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation a été effectuée non par lettres distinctes adressées à chacun des époux acquéreurs, mais par une lettre unique libellée au nom des deux, elle ne peut produire effet à l'égard des deux que si l'avis de réception a été signé par chacun des époux ou si l'époux

signataire était muni d'un pouvoir à l'effet de représenter son conjoint. Ces décisions peuvent être rapprochées de celles retenues en matière de bail d'habitation. En effet, dans les deux cas la jurisprudence admet désormais une notification unique par lettre recommandée avec avis de réception adressée à « Monsieur et Madame » à condition que l'avis de réception soit signé par chacun des époux. Dès lors, cette relative souplesse fait courir un risque important au vendeur lorsque les époux n'effectuent pas la double signature. En pratique, on ne peut que conseiller l'envoi d'une lettre recommandée à chaque époux acquéreur, car l'accusé de réception est rarement signé par les deux soit en toute bonne foi par ignorance soit en toute connaissance de cause afin de pouvoir se rétracter.

« Validité de la vente d'un bien indivis consentie par un seul indivisaire pour la portion indivise », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 12 mai 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, juillet 2010, p. 2.

Résumé : La vente d'un immeuble indivis faite par un seul des indivisaires est valable pour la portion indivise qui lui appartient, [et] en a déduit à bon droit que la vente était parfaite entre un des indivisaires, pour sa part indivise, et la société ». Si la solution retenue de nullité partielle de la vente n'est pas inédite, elle peut susciter certaines réserves en pratique. En effet, il semble qu'une confusion s'opère entre la cession de droits indivis portant sur un immeuble dont la disposition est libre et la vente de l'immeuble indivis lui-même. La requalification de la vente d'un bien en cession de quote-part de droits indivis, qui équivaut en l'occurrence à une nullité partielle, n'est guère acceptable, au regard de l'intention des parties et tout particulièrement de l'intention de l'acquéreur dont il est peu probable qu'il s'accommode d'une simple quote-part indivise.

« L'indemnisation de l'agent immobilier en cas de fraude du mandant », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 8 juin 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, juillet 2010, p. 3.

Résumé : Selon la Cour de cassation, la constatation de manœuvres frauduleuses destinées à éluder la commission d'un agent immobilier n'ouvre pas droit au paiement de la commission contractuellement prévue mais seulement à la réparation de son préjudice par l'allocation de dommages-intérêts. En d'autres termes, l'affaire n'ayant pas été menée à bonne fin par l'entremise de l'agent, ce dernier ne peut prétendre avoir un droit à la commission. Il peut en revanche demander des dommages-intérêts dont le montant pourrait correspondre à celui de la rémunération qu'il aurait pu percevoir.

« L'indivisibilité de la mauvaise foi du vendeur l'oblige à réparer l'ensemble des vices cachés », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 14 avril 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, juin 2010, p. 7.

Résumé : Les clauses restrictives de garantie ne sont valables que dans la mesure où le vendeur ignorait lui-même l'existence des vices cachés pour lesquels il a stipulé la non-garantie. Mais qu'en est-il lorsque le vendeur n'a connaissance que d'une partie du vice ? Peut-il bénéficier en partie de la clause restrictive de garantie ? La Cour de cassation qui retient que « la connaissance de la présence d'insectes xylophages dans l'immeuble obligeait le vendeur de mauvaise foi à réparer tous les désordres imputables à ce vice ». La mauvaise foi est donc indivisible. En somme, bien que la présence d'insectes puisse être connue du vendeur ici et être parfaitement ignorée là, lorsque sa mauvaise foi est avérée, il perd l'entier bénéfice de la clause d'exclusion de garantie figurant dans le contrat de vente.

« L'annulation du compromis de vente sur le fondement de l'article 215 du Code civil : un bénéfice pour l'époux contractant », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 3 mars 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, mai 2010, p. 3.

Résumé : Le problème touchait en l'espèce à l'application de la sanction prévue par l'article 215 alinéa 3 du Code civil. En effet, le texte prévoit une nullité relative invocable uniquement par l'époux évincé. Or, la cour d'appel s'était appuyée sur le fait que la nullité soit relative pour maintenir les obligations de l'époux signataire envers les acquéreurs. Une telle interprétation ne pouvait être que sanctionnée. En effet, la relativité de la nullité implique seulement que l'action soit réservée à l'époux évincé. Pour autant, la nullité une fois invoquée prive l'acte de tout effet et bénéficie indirectement à l'époux signataire de l'acte.

« **Le mandat de vente ne peut résulter d'une simple lettre** », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 8 avril 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, mai 2010, p. 7.

Résumé : Le présent arrêt offre une nouvelle fois l'occasion de vérifier la rigueur du formalisme imposé par la loi Hoguet (L. n° 70-9, 2 janv. 1970) et vient préciser ce qu'il faut entendre par « conventions rédigées par écrit ». La Cour réaffirme le caractère d'ordre public de ces dispositions et impose, à titre de principe, l'exigence d'un écrit rédigé. Une simple lettre n'étant pas constitutive d'un contrat écrit, son défaut interdit de retenir que l'agent immobilier avait reçu un mandat de vente.

« **Conflit de propriété : primauté donnée aux règles de la publicité foncière** », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 10 février 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, avril 2010, p. 7.

Résumé : En cas de publicité, l'ordre chronologique des dates portées sur les actes est écarté lorsque l'acte, second en date, a été publié. C'est précisément ce que réaffirme la cour en l'espèce. Dans ce cas, les règles de la publicité foncière l'emportent sur celles des contrats à moins de démontrer que celui qui publie son titre en premier est de mauvaise foi. Après avoir exigé un concert frauduleux entre le second acquéreur et l'aliénateur, la jurisprudence s'est contentée de la simple mauvaise foi de l'acquéreur, c'est-à-dire de la connaissance qu'il a, en fait, du droit concurrent antérieurement acquis et non publié par un autre. Cette jurisprudence semble aujourd'hui remise en cause implicitement par la troisième chambre civile dans l'arrêt ci-dessus commenté. En effet, en cassant l'arrêt d'appel et en ne retenant pas la mauvaise foi du second acquéreur, la Cour semble revenir sur sa position. Certes, la sécurité des règles de la publicité foncière est ainsi garantie pour autant le but, même de ces règles est détourné puisque la publicité n'est pas destinée à informer ce qui savent déjà.

« **La révocation partielle du mandat laissée à la discrétion du mandant** », obs sous Cass. 3^{ème} civ., 25 février 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, avril 2010, p. 6.

Résumé : En l'espèce, la cour de cassation admet la révocation partielle d'un mandat exclusif de vente. En d'autres termes, la clause d'exclusivité du mandat peut être révoquée par le vendeur à tout moment, libre à l'agent immobilier de disposer encore d'un mandat sans exclusivité ou de renoncer à l'application du mandat. Pour protéger l'agent immobilier d'une telle modification la cour renvoie à la stipulation d'une clause d'irrévocabilité. Or, elle a récemment admis que le mandant pouvait également mettre fin au mandat pendant le délai où il a été expressément stipulé irrévocable.

« **Renonciation par l'acquéreur à une condition défaillie** », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 12 janvier 2010, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, mars 2010, p. 7.

Résumé : Lorsqu'un compromis de vente est conclu sous condition suspensive de la réalisation d'un événement, sa non-réalisation aboutit normalement, et ce de façon automatique à la caducité de l'acte. Du fait de cette automaticité de la caducité, certains auteurs considèrent que la renonciation doit nécessairement intervenir avant l'expiration du délai de réalisation précité, à défaut de quoi il s'agirait de faire « revivre » un acte caduc.

C'est cette automaticité des effets de la défaillance de la condition que la Cour de cassation s'emploie à remettre petit à petit en question dans l'arrêt en date du 12 janvier 2010. Dans cette affaire, la Cour admet de façon explicite la possibilité pour l'acquéreur bénéficiaire d'une condition suspensive stipulée dans son seul intérêt d'y renoncer postérieurement à sa défaillance. Mais la Cour semble aller plus loin en précisant que la non-réalisation de cette condition, stipulée dans l'intérêt d'un seul des cocontractants, n'avait pas pour conséquence de rendre caduc le compromis. Par cet arrêt, la cour ne remettrait-elle pas en cause l'automaticité même des effets de la défaillance de la condition ?

« Le défaut de raccordement de l'immeuble au réseau d'assainissement collectif, le possible recours à la réticence dolosive », obs. sous Cass., 1^{ère} civ., 12 novembre 2009, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, janvier 2010, p. 3.

Résumé : Récemment, la cour de cassation a affirmé qu'un défaut de raccordement à un réseau d'assainissement collectif ne constituait pas un vice caché car il ne rend pas le bien impropre à sa destination. Or, le raccordement de l'immeuble au réseau communal d'assainissement, auquel l'acquéreur devra procéder, passe par des travaux ayant un certain coût. Aussi, l'arrêt intéresse en qu'il nous enseigne que les acquéreurs ne sont pas démunis de tout droit contre leurs vendeurs. Ainsi, si l'acheteur ne peut agir sur le fondement de la garantie des vices cachés, il peut en revanche caractériser une réticence dolosive et obtenir sur le terrain du dol incident des dommages et intérêts.

2009

« Jouissance à titre provisoire du logement familial et autorisation judiciaire de vendre », obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 30 septembre 2009, *L'essentiel droit de l'immobilier et urbanisme*, décembre 2009, p. 7.

Résumé : L'article 217 du Code civil qui permet à un époux de se faire autoriser par justice à passer seul un acte pour lequel le concours ou le consentement du conjoint est en principe requis, notamment lorsque le refus de ce dernier n'est pas justifié par l'intérêt de la famille, révèle toute son utilité lorsque la mésentente est déjà installée dans le ménage et plus particulièrement lorsque les époux sont séparés de fait ou en instance de divorce. Dans la présente espèce, lors d'une instance en divorce, d'un couple marié sous le régime de la séparation de biens, la jouissance du domicile conjugal, bien propre de l'époux, est attribuée à l'épouse au titre des mesures provisoires. Dans le même temps, l'époux sollicite l'autorisation judiciaire de vendre le logement familial afin d'apurer ses dettes. Selon la cour de cassation, l'attribution, à titre provisoire, de la jouissance du domicile conjugal à l'un des époux par le juge du divorce ne fait pas obstacle à une autorisation judiciaire de vente du logement à la demande de l'autre époux en application de l'article 217 du Code civil.

« Les obligations du vendeur face aux risques sanitaires de l'amiante », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 23 septembre 2009, *L'essentiel de droit de l'immobilier et urbanisme*, novembre 2009, p.5.

Résumé : Dans son arrêt, la Cour de cassation affirme que la législation relative à la protection de la population contre les risques sanitaires liés à une exposition à l'amiante dans les immeubles bâtis, n'oblige le propriétaire de l'immeuble qu'à transmettre à l'acquéreur l'état établi par le professionnel et non, sans engagement spécifique en ce sens, à livrer un immeuble exempt d'amiante. Ainsi, la Cour de cassation circonscrit l'obligation d'information du vendeur à la délivrance de l'état informatif et non à la délivrance d'un état

informatif exempt d'erreur. En d'autres termes, le vendeur exécute correctement son obligation d'information en transmettant cet état, que les mentions de celui-ci s'avèrent justes ou erronées.

« La réparation du dommage et rien que du dommage en cas de résiliation du bail aux torts du bailleur », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 8 juillet 2009, *L'essentiel de droit de l'immobilier et urbanisme*, novembre 2009, p.6.

Résumé : La Cour de cassation retient qu'en vertu du principe de l'indemnisation intégrale du préjudice, le preneur qui a sous-loué les locaux ne saurait obtenir le versement d'une somme représentant la valeur du droit au bail en cas de résiliation aux torts exclusifs du bailleur. La Cour réaffirme ainsi le principe fondamental de la réparation intégrale du dommage et l'idée d'exacte réparation. En effet, la réparation allouée doit couvrir l'intégralité du préjudice réparable par le créancier, mais ne doit pas le dépasser. Au nom de cette règle essentielle, la solution retenue par la Cour de cassation doit être approuvée. En effet, c'est à juste titre qu'elle écarte comme constitutif d'un dommage la perte des loyers issus de la sous-location.

« Rescision pour lésion et annulation d'un plan d'occupation des sols », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 17 juin 2009, *L'essentiel de droit de l'immobilier et urbanisme*, septembre 2009, p.7.

Résumé : La Cour de cassation a dû se pencher sur la question de savoir si l'annulation, postérieure à la vente, d'un document administratif, ayant pour effet de modifier la valeur du bien, pouvait être prise en compte dans la détermination de la lésion. A cette question la Cour de cassation y a répondu par la négative. Elle donne ainsi une interprétation stricte de l'article 1675 du Code civil en ce sens que toutes modifications postérieures à la vente, y compris une annulation ayant pourtant un effet rétroactif, demeurent sans influence sur le caractère lésionnaire d'une vente, faute d'être « notoirement inéluctable ».

« L'opposition du délai biennal de l'action en rescision au majeur en tutelle et le droit d'accès à un tribunal », obs. sous Cass. 3^{ème} civ., 20 mai 2009, *L'essentiel de droit de l'immobilier et urbanisme*, juillet 2009, p.5.

Résumé : D'après l'arrêt rendu par la cour de cassation, si le délai biennal de forclusion de l'article 1676 du Code civil pour exercer l'action en rescision pour lésion court contre le majeur sous tutelle alors que celui-ci est privé du droit d'ester en justice, il n'en résulte pas pour autant une entrave à l'accès aux tribunaux dès lors que le droit d'action de l'incapable majeur, dont le bien ne peut être vendu qu'avec l'autorisation du juge des tutelles, est exercé par son représentant légal. Ainsi, selon la Cour, l'article 1676 du code civil ne porte pas atteinte au droit d'accès à un tribunal et ce pour deux raisons. D'une part, le délai préfix, restreignant le droit d'accès à un tribunal, se justifie en ce qu'il assure la sécurité des transactions. D'autre part, la substance même du droit d'accès à un tribunal n'est pas atteinte dans la mesure où l'action peut être exercée par le représentant du majeur protégé.

« Précisions sur la portée du caractère impératif du terme légal du droit d'usufruit constitué au profit d'une personne morale », note sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch. A., 6 mai 2008, *AJDI*, mai 2009, p. 352.

Résumé : En l'espèce, alors que la Cour de cassation avait cassé une décision de la Cour d'appel d'Aix au motif que « l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers, ne dure que trente ans », la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, cour de renvoi, s'est alors inclinée en affirmant que « selon, l'article 619 du Code civil l'usufruit qui n'est pas accordé à des particuliers ne dure que trente ans. Il ne peut être dérogé par des conventions particulières à ce texte, qui fixe une durée maximale, substituant ainsi un terme certain au terme incertain ».

dont avaient convenu les parties lorsque l'événement choisi par celles-ci n'intervient pas avant l'expiration de la durée légale. Ce texte, qui envisage l'hypothèse de l'usufruit « accordé », à une personne morale, n'opère aucune distinction en fonction de la façon dont le droit de propriété a été démembré et l'usufruit acquis par la personne morale ». La note a pour principal objectif de mettre en avant tout à la fois l'analyse traditionnelle en ce que les juges aixois voient dans le terme légal de l'usufruit un dispositif d'ordre public et leur analyse novatrice en ce qu'ils semblent vouloir uniformiser cette impérativité quel que soit le mode de constitution de l'usufruit. Cependant, l'entendue de ce caractère d'ordre public du terme de l'usufruit impose en la matière une certaine rigidité qui ne se justifie pas nécessairement au regard de la logique du démembrement de droit. Une place aux aménagements conventionnels peut alors être défendue dans la limite de cette exigence de non-perpétuité.

« Éclairage sur le devoir du banquier d'« éclairer » ses clients en matière d'assurance de groupe », note sous Cass. 2^{ème} civ., 2 octobre 2008, (2 espèces), *Petites Affiches*, 30 janvier 2009, n°22, p. 13.

Résumé : Les deux arrêts rendus par la deuxième chambre de la Cour de cassation sont le reflet de la récente position prise par l'assemblée plénière le 2 mars 2007 en matière d'assurance de groupe souscrit par le prêteur. En effet, la Cour de cassation réaffirme que « *le banquier, qui propose à son client auquel il consent un prêt, d'adhérer au contrat d'assurance de groupe qu'il a souscrit à l'effet de garantir, en cas de survenance de divers risques, l'exécution de tout ou partie de ses engagements, est tenu de l'éclairer sur l'adéquation des risques couverts à sa situation personnelle d'emprunteur, la remise de la notice ne suffisant pas à satisfaire à cette obligation* ». La note a pour principal objectif de revenir sur la qualification des devoirs mis à la charge des établissements de crédit souscripteurs d'assurance groupe. Alors que la jurisprudence consacre une obligation d'éclairer détachée de l'obligation traditionnelle d'information et de conseil, nous avons tenté de démontrer qu'il s'agissait en réalité d'un véritable devoir de mise en garde. Aussi, semblait-il opportun d'uniformiser les qualifications afin de rétablir une gradation au sein des devoirs du banquier.

« L'éviction de l'agent immobilier titulaire d'un mandat non-exclusif de vente : l'admission d'une solution de substitution », note sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch. A., 13 janvier 2009, *Bull. d'Aix*, 2009-1, p. 28.

Résumé : Parmi les nombreuses problématiques soulevées à propos de la rémunération de l'agent immobilier, l'une d'elles retient l'attention : celle du droit à rémunération de l'agent immobilier dans l'hypothèse où celui-ci, titulaire d'un mandat non exclusif, a présenté à son cocontractant un acquéreur avec lequel la vente s'est finalement conclue, mais sur l'intervention d'un autre agent. L'arrêt rapporté intéresse en ce que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a été invitée à se prononcer sur cette question. Elle affirme ainsi que « *lorsque le mandant a donné à plusieurs agents immobiliers un mandat non exclusif de vendre le bien, il n'est tenu de payer une rémunération ou une commission qu'à celui par l'entremise duquel l'opération a été effectivement conclue au sens de l'article 6 de la loi du 2 janvier 1970, et cela même si l'acquéreur lui avait été précédemment présenté par un autre agent immobilier, sauf à ce dernier à prétendre à l'attribution de dommages et intérêts en prouvant une faute du vendeur qui l'aurait privé de la réalisation de la vente* ». Elle reprend ainsi une jurisprudence constante tout en mettant en exergue la position précaire dans laquelle se trouve l'agent immobilier évincé. En effet, d'une part le règlement des conflits entre intermédiaires se fait en application des principes légaux de rémunération de l'agent immobilier : seule l'effectivité de l'opération concrétise la rémunération. D'autre part, si tout comportement frauduleux est condamnable sur le fondement de la responsabilité soit contractuelle soit délictuelle, il n'en

demeure pas moins que l'efficacité de ces solutions de substitution dépend de la caractérisation de la faute qui reste difficile à mettre en œuvre.

2008

« Le délai de rétractation prévu à l'article L.271-1 du Code de la construction et de l'habitation : de nouvelles difficultés à propos de la notification », obs. sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 13 décembre 2007, *Bull. d'Aix*, 2008-2, p. 53.

Résumé : Malgré une position clairement définie sur la question de la notification du délai de rétractation (cf. note sous CA Aix 1^{ère} ch., 15 mai 2007 et CA Aix 1^{ère} ch., 10 mai 2007), la Cour d'appel d'Aix-en-Provence retient, dans sa décision du 13 décembre 2007, une solution exactement contraire à celle rendue six mois auparavant. Elle affirme ainsi qu'« en application de l'alinéa deux de l'article L.271-1 du code de la construction et de l'habitation, l'acte doit avoir été notifié à l'acquéreur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date. La formulation laisse entendre que cette lettre peut être remise directement sans passer par l'intermédiaire des services postaux. La remise effectuée par l'intermédiaire de l'agent immobilier, contre récépissé est valable dans la mesure où elle présente une garantie équivalente à une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ». Ainsi, l'arrêt a-t-il permis de mettre en lueur les incertitudes demeurant quant à la forme requise de la notification. Cette solution présente l'avantage de se conformer, par anticipation, aux modifications opérées par la loi ENL, mais présente l'inconvénient d'entrer en contradiction avec la récente position de la Cour de cassation prise le 13 février 2008. En écartant la remise en main propre, la Cour de cassation introduit un formalisme rigide mais qui à vocation à se maintenir en l'absence d'intervention du pouvoir réglementaire.

« Quelques précisions sur le régime de protection de l'acquéreur immobilier au vu de l'article L.271-1 du Code de la construction et de l'habitation instaurant un délai de rétractation », note sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 15 mai 2007 et CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 10 mai 2007, *Petites Affiches*, 21 février 2008, n°38, p. 15.

Résumé : Dans le sillage des derniers textes législatifs et réglementaires intervenus dans le domaine de la vente immobilière (Diuo, loi Carrez, amiante, saturnisme, termites...), la loi du 13 décembre 2000, dite loi SRU, est venue renforcer les obligations d'information et de protection de l'acquéreur immobilier en introduisant, à l'article L.271-1 du Code de la construction et de l'habitation, un délai de rétractation. Parmi les abondantes dispositions que comporte cette loi, celle-ci ayant un fort impact sur la pratique immobilière, il est apparu utile de dresser un inventaire d'ordre jurisprudentiel des questions touchant à la notification de l'acte ainsi que sur celles relatives à l'ouverture du délai

2007

« Le mandat tacite peut-il contourner les exigences de la cogestion issu de l'article 1424 du Code civil ? », obs. sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 11 avril 2007, *Revue juridique personnes et famille*, septembre 2007, 9/17, p. 20.

Résumé : Le terrain objet du compromis de vente était un bien commun du vendeur marié sous le régime de la communauté. Le compromis n'ayant été signé que par l'époux sans qu'il soit fait mention de l'accord ou de l'intervention de son épouse, doit être annulé sur le fondement de l'article 1424 du Code civil. L'acheteur ne rapporte pas la preuve d'un

consentement de l'épouse. En effet, le fait que les époux soient mariés depuis trente ans et domiciliés sous le même toit ne peut suffire à établir que l'épouse avait donné mandat à son époux de vendre ce bien alors même que l'acte de vente intervenu ultérieurement au profit d'un nouvel acquéreur a bien été signé des deux époux. En outre, l'argument tiré du fait que l'épouse a été destinataire de la sommation d'huissier est totalement inopérant, ces faits étant bien postérieurs à la signature du compromis et dépourvus de toute valeur probatoire ». Dans cette affaire, la question qui se posait n'était pas celle d'une croyance légitime de l'acquéreur en l'existence d'un mandat apparent mais celle de l'existence d'un mandat tacite. Dès lors, il s'est agi de savoir si l'existence d'un mariage et d'une domiciliation sous le même toit de très de trente ans suffisait à établir l'existence d'un mandat tacite entre époux et s'il permettait de surcroît de couvrir un compromis de vente.

« Réticence dolosive : Entre obligation d'information et obligation de s'informer », note sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 21 février 2006, *Bull. d'Aix*, 2007-1, p. 122.

Résumé : Le fondement généralement assigné à la sanction de la réticence dolosive est la violation d'une obligation précontractuelle de renseignement ou d'information. Si l'on réserve le cas d'une disposition particulière de la loi, la question de savoir quand une telle obligation existe est souvent problématique. Dans un premier temps, la note permet de rappeler les liens intimes unissant la réticence dolosive et l'obligation précontractuelle de renseignement et dissipe les doutes quant à une éventuelle disparition de l'élément intentionnel du dol en exigeant le caractère volontaire de l'omission. Mais, il ne s'agit sans doute pas là de l'apport principal de la note. En effet, l'existence de la réticence dolosive n'était en soi pas contestée. Pourtant, alors que de façon traditionnelle, le caractère légitime ou non de l'ignorance du créancier détermine l'existence de l'obligation d'information, en l'espèce, la Cour caractérise la réticence et, ce n'est qu'*a posteriori* qu'elle s'interroge sur le fait de savoir si la négligence des acquéreurs peut constituer une excuse. En d'autres termes, la négligence des acquéreurs n'est pas examinée comme condition d'existence de l'obligation d'information mais comme un motif justificatif de la faute dolosive. A la question, le promoteur pouvait-il être excusé par la négligence des acquéreurs, la Cour d'appel d'Aix a répondu « n'ayant communiqué aucun document, il ne peut, pour s'exonérer de cette omission fautive, se prévaloir d'un supposé manque de diligence des acquéreurs au motif que l'usine était déjà construite et qu'il leur appartenait de s'informer de son activité ». En d'autres termes, la négligence, à la supposer établie, n'est pas une excuse à la réticence dolosive. Ce choix de sanctionner la malhonnêteté ne semble pas indifférent de la qualité des parties. En réalité, l'obligation de renseignement trouvera une limite dans l'obligation corrélative de se renseigner lorsque les cocontractants auront les mêmes qualités et les mêmes compétences. Le professionnel ne sera pas déchargé lorsque le profane ne se sera pas renseigné, idem entre deux professionnels dans la mesure où la compétence de l'acheteur ne lui donne pas les moyens d'apprécier la portée des caractéristiques du matériel vendu. En revanche, face à l'acheteur professionnel, de même compétence, le vendeur professionnel devrait pouvoir s'excuser de son omission fautive en invoquant le manque de diligence de l'acheteur. En effet, il ne doit y avoir de réticence qu'envers un contractant qui est excusable de ne pas connaître.

« La rupture abusive des pourparlers », note sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 7 mars 2006, *Bull. d'Aix*, 2007-1, p. 70.

Résumé : La rupture des pourparlers est une question brûlante qui anime la doctrine et la jurisprudence depuis quelques années. A la rareté des décisions de condamnation, s'expliquant en grande partie, par le dogme de la liberté de ne pas donner suite à des pourparlers, même très avancés, répond aujourd'hui la recherche quasi systématique de la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture. Ainsi, une véritable politique

jurisprudentielle, destinée à instaurer un équilibre dans la phase précontractuelle, s'est développée. Il s'est ainsi élaboré, au fil du temps, une "police des négociations" à laquelle participe l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix, commenté. Cette décision donne l'occasion de livrer une définition de la faute précontractuelle. En effet, les juges aixois dépassent la classique exigence de mauvaise foi pour s'attacher à une obligation positive, celle de rechercher une issue raisonnable. En outre, la note revient sur la définition du préjudice réparable. Si la jurisprudence est très claire sur le principe consistant à rejeter le gain manqué, dans les faits, l'appréciation *in concreto* du préjudice minimise cette simplification jurisprudentielle apparente. En effet, en réparant la contrariété dans le projet de logement, la distinction entre le préjudice passé et le préjudice futur devient ténue. Enfin, le commentaire précise les conditions permettant d'engager la responsabilité du tiers et met en évidence, le caractère restrictif de ces conditions.

2006

« Les effets de la résolution de la vente : l'indemnisation de la dépréciation du bien soumise à la bonne foi du vendeur », note sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 16 février 2006, *Petites Affiches*, 21 mars 2006, n°58, p. 17.

Résumé : La résolution de la vente pour non-respect de l'obligation de délivrance à laquelle est tenue le vendeur a pour effet de replacer les parties en l'état antérieur à la vente, comme si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé. La Cour d'appel rappelle que l'effet rétroactif de la résolution implique une restitution intégrale. La restitution intégrale doit se faire selon une reconstitution équilibrée des patrimoines, sans perte ni bénéfice. Face à la diversité des indemnités, le principe de rétroactivité constitue le fondement adéquat pour exclure l'indemnité d'utilisation et admettre l'indemnité de dépréciation. Par conséquent, l'acquéreur doit prendre en charge la dépréciation résultant de l'usure et corrélativement le vendeur bénéficie d'une sorte de « droit » à indemnisation de la dépréciation. Or, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, en subordonnant le droit à de l'indemnisation à l'absence de faute du vendeur modifie le régime de l'indemnisation et contrarie le principe de restitution intégrale. Le principe est clair : le vendeur étant à l'origine de la résolution de la vente, n'est plus fondé à réclamer l'indemnité de la dépréciation. Si la solution se justifie en équité, il nous est toutefois permis de ne pas être totalement convaincus par cette jurisprudence qui laisse la responsabilité s'immiscer dans le jeu des restitutions.

« Quelques précisions sur un cas particulier de violence : la contrainte économique », obs. sous CA Aix-en-Provence, 1^{ère} ch., 21 mars 2006, *Bull. d'Aix*, 2006-3, p. 65.

Résumé : Depuis que la Cour de cassation a enrichi la définition traditionnelle de la violence, cette notion connaît une nouvelle vitalité. Initialement centrée sur la menace d'un mal faisant naître un sentiment de crainte, la violence peut désormais résulter d'une contrainte purement économique. L'arrêt de la Cour d'appel d'Aix en date du 21 mars 2006, illustre ce regain d'intérêt pour cette catégorie juridique. L'arrêt de la Cour d'appel présente dans un premier temps, l'intérêt de rappeler sans ambiguïté, le principe posé par un arrêt de la Cour de cassation aux termes duquel « la contrainte économique se rattache à la violence et non à la lésion ». Dès lors, afin d'obtenir l'annulation du compromis, deux conditions doivent être réunies, notamment l'existence d'une situation de contrainte économique. En l'espèce, la contrainte invoquée ne se présentait pas sous sa forme classique endogène, c'est-à-dire une contrainte économique exercée par une partie sur l'autre partie, mais sous sa forme exogène. Le vendeur invoquait une contrainte procédant de circonstances extérieures -la procédure de

saisie immobilière sur le bien objet de la vente- qui altéraient sa liberté de contracter et profitaient indûment aux acquéreurs. Toutefois, la Cour rappelle que même si l'intéressé n'a pas véritablement « choisi » de contracter, la circonstance économique pesant sur le cocontractant doit constituer une menace directe. En définitive, on retiendra de cette décision que la nullité pour violence économique repose notamment sur la condition nécessaire de l'existence d'une contrainte économique directe, quoiqu'extérieure, et que la preuve de celle-ci doit être rapportée par celui des contractants qui la subit. Nul doute, alors, qu'inversement à ce que nous affirmions au début du commentaire, la nullité pour violence économique ne sera pas d'une si grande vitalité.

« Le conflit d'acquéreurs et responsabilité délictuelle du vendeur pour avoir fait visiter un bien ne lui appartenant plus », obs. sous CA Aix-en-Provence 1^{ère} ch., 6 décembre 2005, *Bull. d'Aix*, 2006-3, p. 60.

Résumé : Il est de plus en plus fréquent que les propriétaires délivrent des mandats simples à des agences immobilières afin de se conserver la possibilité de rechercher eux-mêmes un acquéreur. Toutefois, cette situation peut aboutir à des conflits d'acquéreurs lorsque le mandataire et le propriétaire trouvent presque en même temps un acquéreur potentiel. Tel fût le problème du commentaire. Selon la Cour d'appel d'Aix, « l'offre d'achat fait [par les premiers visiteurs], rend caduque la proposition faite par les vendeurs au deuxième visiteur. Il y a lieu de préciser que à cette date, les vendeurs, n'étaient plus propriétaires du bien litigieux, de sorte qu'ils étaient dans l'impossibilité matérielle de le vendre. En outre, en acceptant le déplacement du deuxième visiteur, les propriétaires ont engagé leur responsabilité pour le préjudice causé puisque ledit bien était déjà vendu. Dès lors, doit être accueillie la demande en dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil ». Le commentaire fait état d'un raisonnement consistant à considérer que le mandat donné par les propriétaires à l'agence immobilière précise, de manière claire, le bien mis à la vente et le prix auquel ce dernier est proposé et doit donc s'analyser en une offre de vente. Il devenait légitime de refuser de déclarer la vente parfaite au profit des seconds visiteurs, en revanche le commentaire récuse la condamnation des propriétaires à des dommages et intérêts sur le fondement de 1382 du Code civil. En effet, il était tout à fait contestable de retenir la responsabilité civile des propriétaires, en l'absence de faute et de préjudice réel et sérieux.

TABLES DES MATIERES

<i>Introduction</i>	5
I. La continuité et l'homogénéité du champ de recherches	5
II. La diversité et la complémentarité des méthodes employées	7
a) L'équilibre entre recherches individuelles et recherches collectives	7
b) Le recours à la méthode empirique : un observatoire des pratiques	9
c) Le droit et l'interdisciplinarité.....	14
d) La comparaison et internationalisation de la recherche	16
I. Les personnes en quête d'identité	18
A. La subjectivisation de l'identité	19
B. L'objectivisation de l'identité	21
II. L'enfant, une personne vulnérable	24
A. L'enfant sujet de droits propres	25
1. <i>L'intérêt supérieur de l'enfant</i>	26
2. <i>L'audition de l'enfant</i>	30
B. L'enfant objet de protection.....	35
1. <i>Une responsabilité parentale commune ?</i>	36
2. <i>Une responsabilité collective efficiente ?</i>	42
III. La mutation des familles	46
A. La conjugalité libérée.....	48
B. La parenté bouleversée.....	53
C. L'ordre public familial de direction supplanté par un ordre public de protection .	59
<i>Conclusion</i>	62

<i>SYNTHESE DES PUBLICATIONS</i>	64
--	----

I. DROIT DES PERSONNES, DE LA FAMILLE, DE L'ENFANT	64
---	-----------

A. Thèse	64
----------------	----

B. Ouvrages et rapports	67
-------------------------------	----

1. « La question des liens en accueil familial "Qu'est-ce qui fait famille en accueil familial ?" », rapport ONPE, 2017, Chapon N., Siffrein-Blanc C., Neyrand G., Bonifay E., Rosingana M. https://www.onpe.gouv.fr/system/files/ao/aot2014.chapon_rf.pdf..... 67
2. « Les liens affectifs en familles d'accueil », Chapon N., Neyrand G., Siffrein-Blanc C., Erès, Collection « Enfance et parentalité », 2018. 68

C. Articles	69
-------------------	----

- 1.« Résidence alternée et intérêt de l'enfant : Parole de magistrats », *AJF*, à paraître, 2021. Article écrit avec B. Lehnisch qui en est l'auteur principal..... 69
- 2.« Violences conjugales », *In Dictionnaire des Modes Alternatifs de Résolution des Conflits*, à paraître, 2021 aux éditions LGDJ..... 71
- 3.« La pratique de l'audition de l'enfant dans la procédure d'assistance éducative », *in Accès à la justice des enfants et vulnérabilité*, Dalloz, Thèmes et commentaires, à paraître en 2022 (A. Gouttenoire)..... 72
- 4.« COVID-19 et autorité parentale : Quels impacts sur les droits et sur les relations parents-enfants ? », *Dr. fam.*, nov. 2020, dossier n°21. 73
- 5.« La révolution des familles », *in Un universitaire entre droit et économie*, Mélanges Serge Schweitzer, PUAM, 2019, p. 401..... 73
- 6.« Les critères de la mise en place de la résidence alternée : étude de décisions de cours d'appel (Bordeaux, Lyon, Aix-en-Provence, Versailles) », *Dr. fam.*, juillet-août 2019, p. 15, n°28..... 74
- 7.« De la filiation à l'affiliation : quelle place pour la supériorité de l'intérêt de l'enfant ? », *In Intérêt de l'enfant : mythe ou réalité ?*, sous la direction de Anne-claire Réglie et Caroline Siffrein-Blanc, Institut Universitaire Varennes, collection Colloques et Essais, septembre 2018, p. 177-191. 75
- 8.« Le contrôle de proportionnalité en droit de la famille », *In Le juge judiciaire face au contrôle de proportionnalité*, PUAM, collection, « Droits, pouvoirs & sociétés », 2018, p. 81-92 (introduction et conclusion rédigées par M. V. Vigneau). 75
- 9.« Propos introductifs sur la protection de l'enfant », *AJ Fam.* juin 2017, p.332 (avec Bonifay E)..... 73
- 10.« Regards critiques sur les mesures de protection de l'enfant », *AJ Fam.* juin 2017, p. 333. (avec Bonifay E)..... 76
- 11.« Clarifier les mesures de protection de l'enfant », *AJ Fam.* juin 2017, p. 339 (avec Bonifay E).... 77
- 12.« Renforcer la philosophie d'une justice consensuelle et collaborative dans les dispositifs de protection de l'enfance », *AJ Fam.* juin 2017, p. 342. (avec Bonifay E) 77
- 13.« La mise en œuvre de la protection de l'enfance, regards croisés entre théorie et pratique », Les dix ans des lois du 5 mars 2007, colloque à l'Université d'Auvergne, mars 2017..... 78
- 14.« Tests génétiques post-mortem : quelles volontés ? », *Revue de droit de la santé, Mort et droit de la santé : les limites de la volonté* (n°23), décembre 2016. 78
- 15.« L'attribution et le changement du prénom », *Revue internationale d'Histoire et du notariat Le GNOMON*, mars 2016, n°186, n° spécial généalogie, p. 55..... 80
- 16.« L'identité des personnes : une identité pour soi ou pour autrui ? », *mélanges offerts à J. Pousson-Petit*, PUT, 2016, p. 435. 80
- 17.« Une lecture juridique du lien de filiation au soutien de la famille d'accueil », *In parentalité d'accueil et mémoire, sous*. La direction de Nathalie chapon, PUP 2016, p. 67-78..... 81
- 18.« La parole ... de l'enfant à son parent... Regard et représentation croisées en accueil familiale », *La protection de l'enfance. La parole des enfants et des parents*, Lacharité C., Sellenet C., (dir), Centre d'études interdisciplinaires sur le développement de l'enfant et de la famille, Université des trois Rivières, Presses de l'Université du Québec, 2015, p. 99-110. (avec N. Chapon)..... 82
19. « Vie privée et vie familiale de la personne privée de liberté », *Les droits fondamentaux des personnes privées de liberté*, Putman E., Giacomelli M. (dir), Mare et Martin Droit privé et sciences criminelles, 2015, p. 175-204. (N. Catelan)..... 82

20. « L'architecture de la famille ou la famille définie par l'architecture », <i>in Droit et Architecture, reconsidérer les frontières disciplinaires, leurs interactions et leurs mutations</i> , sous la direction de Patricia Signorile, 2014, PUAM, p.109-125.....	83
21. « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », <i>Lien familial, lien obligationnel, lien social, Livre II –Lien familial et lien social</i> , organisée par le centre Pierre Kayser et le LID2MS, 2014, PUAM, p.133-168.....	84
22. « Vers une réforme de la responsabilité civile des parents », <i>RTD civ.</i> 2011, n°3, 479.....	85
23. « Comment refonder le système français de parenté ? », <i>Journée d'études : Droit et religions. Les rapports entre parents et enfants en quête de repères</i> , organisée par le centre Pierre Kayser et le LID2MS, avril 2010, PUAM, p. 97.....	85
24. « Les apports de la loi n°2009-526 du 12 mai 2009 en droit des personnes et de la famille », <i>Bull. d'Aix</i> , 2009-4, p11.....	86
25. « Réforme de la filiation : A propos de la loi du 16 janvier 2009 », <i>Bull. d'Aix</i> , 2009-2, p. 11.....	87
26. « Le nouveau droit de la filiation : l'ordonnance répond-elle aux instructions législatives ? », <i>Recherches familiales, La filiation recomposée</i> , 2007, n°4, p. 123.....	87
27.« L'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation », <i>Bull. d'Aix</i> , 2006-1, p. 10.....	88
28.« Simplification du droit de la filiation », <i>In La simplification du droit</i> , colloque de l'école Doctorale Sciences juridiques et politiques de l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, sous la direction de Jean-Marie Pontier, PUAM, 2006, p. 339.....	88
29.« La réforme du PACS par la loi du 23 juin 2006 », (Participation collective, Vincent Egéa et Emmanuelle Fasciani), <i>Bull. d'Aix</i> , 2006-4, p. 8.....	89
D. Fascicule de Juris-classeur.....	89
E. Notes et observations de jurisprudence.....	91
F. Cas pratique et études statistiques.....	114
II. DROIT DES OBLIGATIONS - DES CONTRATS SPECIAUX – DES BIENS.....	115
A. Mémoire.....	115
B. Articles.....	116
1. « Le règlement des conflits de propriétés, entre le droit de la publicité foncière et le droit commun des obligations », <i>Revue Lamy droit civil</i> , avril 2007, p. 75.....	116
2.« Le contrat d'agent immobilier : mandat ou contrat spécial d'intermédiaire ? », <i>Rép. Defrénois</i> , 2007, art. 38657, p. 1344.....	117
C. Juris-Classeur.....	118
« Les prérogatives de l'usufruitier - Pouvoirs de l'usufruitier », <i>Juris-classeur civil</i> , fasc. n° 20.....	118
D. Notes et observations de jurisprudence.....	118
<i>Tables des matières</i>	131