

## **THÈSE**

Pour obtenir le grade de

### **DOCTEUR DE LA COMMUNAUTÉ UNIVERSITÉ GRENOBLE ALPES**

Spécialité : **Droit privé**

Arrêté ministériel : 25 mai 2016

Présentée par

### **Monsieur Edihno DOS-REIS**

Thèse dirigée par Monsieur **Pierre MURAT**, Professeur à  
l'Université Grenoble Alpes

Thèse préparée au sein du Centre de Recherche Juridique  
(CRJ) dans l'**École Doctorale Sciences Juridiques (EDSJ)**

## **LES CONFLITS D'INTÉRÊTS EN DROIT EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE**

Thèse soutenue publiquement le « **23 septembre 2016** »,  
devant le jury composé de :

#### **Monsieur Michel FARGE**

Professeur, Université Grenoble Alpes (Examinateur)

#### **Madame Adeline GOUTTENOIRE**

Professeure, Université de Bordeaux (Présidente du Jury)

#### **Monsieur Jean HAUSER**

Professeur, Université de Bordeaux (Rapporteur)

#### **Madame Anne LEBORGNE**

Professeure, Université d'Aix-Marseille (Rapporteur)

#### **Monsieur Pierre MURAT**

Professeur, Université Grenoble Alpes (Directeur de la recherche)



## **AVERTISSEMENT**

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## REMERCIEMENTS

Ce travail de recherche n'aurait pu être réalisé sans l'aide de nombreuses personnes auxquelles je tiens à rendre hommage.

Je tiens tout d'abord à remercier le professeur Pierre MURAT sans qui ce projet n'aurait pu être mené à bien. Qu'il trouve ici, en des mots bien insuffisants, le témoignage de ma plus sincère et profonde gratitude.

Je tiens aussi à remercier le professeur Michel FARGE pour sa disponibilité, sa gentillesse et ses encouragements. Qu'il trouve ici, le témoignage de ma profonde reconnaissance.

Aux miens, je tiens également à exprimer ma reconnaissance pour la patience dont ils ont su faire preuve au cours de toutes ces années qui m'ont été nécessaires pour mener à bien ce travail. Et, tout particulièrement, je remercie :

Monsieur KÉZIÉ pour son soutien inébranlable,

Alexandre à qui la mise en forme de ce document doit beaucoup,

Floriane, Gaëlle pour leur regard critique,

Eli, Nilce, Clémentine, Ngim, Patrice, Estelle pour leur soutien sans faille.

Mes plus tendres pensées vont à ma famille et surtout à ma mère (je dois avoir fait quelque chose de bien dans ma vie passée pour te mériter dans celle-ci), source inépuisable d'inspiration.

Enfin, à Chérifa et à Alexia, que nos intérêts puissent toujours s'accorder...

# SOMMAIRE

<b>Avertissement</b> .....	<b>II</b>
<b>Remerciements</b> .....	<b>III</b>
<b>Sommaire</b> .....	<b>IV</b>
<b>Table des principales abréviations</b> .....	<b>V</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>1</b>
<b>Partie I : Les causes d’une incertitude juridique</b> .....	<b>22</b>
<i>Titre I : La perturbation de la méthode de traitement</i> .....	<i>25</i>
Chapitre I.    La contestation des arbitrages législatifs	29
Chapitre II :    L’expansion des traitements en équité	67
<i>Titre II : La perturbation du résultat issu du traitement</i> .....	<i>111</i>
Chapitre I :    Une instabilité du traitement dans le temps	112
Chapitre II :    Une instabilité du traitement dans l’espace	161
<b>Partie II : Les remèdes à l’incertitude juridique</b> .....	<b>210</b>
<i>Titre I : Les remèdes de lege lata</i> .....	<i>211</i>
Chapitre I :    L’incitation à la gestion consensuelle	212
Chapitre II :    La rationalisation de la gestion juridictionnelle	265
<i>Titre II : Les remèdes de lege ferenda</i> .....	<i>309</i>
Chapitre I :    La généralisation de la gestion préventive	310
Chapitre II :    La systématisation de la gestion curative	363
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE</b> .....	<b>428</b>
<b>Index thématique</b> .....	<b>433</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>437</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>496</b>
<b>Résumé</b> .....	<b>503</b>

## TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>Adde</i>	Ajouter
AJ fam.	Actualité Juridique, droit de la famille
AJ. Pénal	Actualité Juridique, droit pénal
al.	Alinéa
Ass. nat.	Assemblée nationale
APD	Archives de Philosophie du Droit
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
c.	Contre
CA	Cour d'Appel
CASF	Code de l'Action Sociale et des Familles
Cass. 1 <sup>re</sup> civ.	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. 2 <sup>e</sup> civ.	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. 3 <sup>e</sup> civ.	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. req.	Cour de cassation, chambre des requêtes
Cass. soc.	Cour de cassation, chambre sociale
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
Ch. mixte	Cour de cassation, chambre mixte
Chron.	Chronique
Circ.	Circulaire
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CPC	Code de procédure civile

CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
D.	Recueil Dalloz
DC	Décision du Conseil constitutionnel
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
(dir.)	Sous la direction de
Dr. fam.	Revue droit de la famille
éd.	Édition/éditeur
EDFP	L'Essentiel Droit de la Famille et des Personnes
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
gr. ch.	Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme
<i>Infra</i>	Voir ci-dessous
IR	Informations rapides
JCP (G)	Semaine juridique, édition générale
JCP (N)	Semaine juridique, édition notariale
JO	Journal Officiel
J.-Cl.	Juris-Classeur
LPA	Les Petites Affiches
LGDJ	Librairie générale de Jurisprudence
n°	Numéro
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Précit.	Précité
Procédures	Revue Procédures
PUAM	Presses Universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
PFUSL	Publications des Facultés Universitaires de Saint-Louis
Rappr.	Rapprocher
RCADI	Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye
Rev. crit. DIP	Revue Critique de Droit international privé
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. proc. civ.	Répertoire de procédure civile Dalloz
RJPF	Revue Juridique Personnes et Famille
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé

RRJ	Revue de la Recherche Juridique (droit prospectif)
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit commercial
RTDH	Revue Trimestrielle des droits de l'Homme
S.	Recueil Sirey
s.	Suivant
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Voir ci-dessus
t.	Tome
th. dactyl.	Thèse dactylographiée
TGI	Tribunal de Grande Instance
TI	Tribunal d'Instance
V°	Voir au mot
Vol.	Volume

*« Le droit a à se préoccuper, et c'est là la plus grande partie de son rôle, de la protection des intérêts. Cette mission simple en apparence est extrêmement complexe dans la réalité : les intérêts étant souvent opposés, inconciliables, bien que tous respectables. Le droit est alors obligé de les classer, de dire quelle importance il donnera à celui qui est certain en face d'un autre qui est incertain, à un intérêt personnel, ou à celui d'un groupe en face d'un intérêt dit général, c'est-à-dire visant un grand nombre de personnes (...) »<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. 2001, Paris, La mémoire du droit, p. 202.

# INTRODUCTION

*« Par sa nature, la famille se construit et vit sur des intérêts (...); par sa durée (...), elle confronte à l'intérêt immédiat des intérêts à long terme. C'est une difficulté extrême, dans notre domaine, que de discerner et de peser les intérêts (...). [Lorsqu'] il y a par hypothèse, conflit — soit entre deux intérêts, soit conflit entre deux appréciations du même intérêt, qui sera juge des intérêts, de l'intérêt ? Le juge. Mais, il n'y a pas de droit ici dont il puisse être juge. Il lui faudra essayer de juger des intérêts d'autrui comme si c'étaient les siens — évaluation utilitaire, qui défie toute règle préfixe »<sup>1</sup>.*

**1. La polysémie de l'expression conflit d'intérêts.** — La thématique des conflits d'intérêts est à la mode. Indéniablement, l'expression plaît ; on en use souvent, mais on en abuse parfois. Pas une semaine ne passe sans que des situations de conflits d'intérêts dans le monde politique ne soient projetées sous les feux de l'actualité<sup>2</sup>. Le domaine juridique n'échappe pas non plus au phénomène, puisque la problématique des conflits d'intérêts y est de plus en plus prégnante comme l'attestent les différentes réflexions dont elle est l'objet dans les différentes branches juridiques<sup>3</sup>. Partant du constat d'un intérêt manifeste porté à la thématique des conflits d'intérêts, il convient de déterminer ce que recouvre concrètement cette expression.

À ce propos, il est utile de souligner que le sens attribué par la littérature contemporaine à cette expression s'est considérablement éloigné de son sens traditionnel. En effet, si la littérature juridique contemporaine fait des conflits d'intérêts « une situation dans laquelle une

---

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », rééd. dans, *Jean CARBONNIER, Écrits (textes rassemblés par Raymond VERDIER)*, PUF, 2010, p. 649 à 661, spéc. p. 654.

<sup>2</sup> Se souvenir entre autres des affaires CAHUZAC, WOERTH, PÉROL, BETTENCOURT, BLANC, DRAGHI, MONTEBOURG, et l'affaire du Médiateur (Sur ces différentes affaires, voir par exemple, M. HIRSCH, *Pour en finir avec les conflits d'intérêts*, Stock, 2010. - J. MORET-BAILLY, *Les conflits d'intérêts : définir, gérer, sanctionner*, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.). Pour un auteur (N. MOLFESSIS, *Conflits d'intérêts : vers un changement de culture*, JCP (G), supplément au numéro 52, p. 1.), les conflits d'intérêts aiment la publicité tout simplement parce qu'ils sont source de scandales et d'indignation publique.

<sup>3</sup> Voir par exemple, T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. ALLEAUME, Institut Universitaire Varenne, 2014. - C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, th. dactyl. Saint-Etienne, 2008. - M. EKELMANS (dir.), *Les conflits d'intérêts*, Bruylant, 1997 - D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, Joly, 1<sup>er</sup> éd., 1999 - V. MAGNIER (dir.), *Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?*, PUF, 2006 ; P.-F. CUIF, « Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD Com., 2005, p.1. - B. DONDERO, « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », D. 2012, p. 1686.

personne voit ses intérêts personnels entrer en conflit avec des intérêts dont elle a la charge »<sup>1</sup>, traditionnellement, l'expression conflit d'intérêts renvoyait à une autre signification.

En partant d'une analyse sémantique du mot « conflit », on remarque que les dictionnaires de la langue française visent par ce mot, du moins dans son sens générique, « un choc de gens qui en viennent aux mains »<sup>2</sup>. L'idée que traduit le mot conflit, c'est celle d'une opposition entre deux ou plusieurs personnes. Même si des revendications constituent la cause du conflit, le rapport entre les sujets de droit apparaît comme le critère de reconnaissance des situations conflictuelles<sup>3</sup>. D'ailleurs, l'étymologie du mot conflit<sup>4</sup> renvoie à cette idée de rapport avec autrui. On comprend alors pourquoi le dictionnaire de la culture juridique définit le conflit comme « une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, **entre deux ou plusieurs** groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements »<sup>5</sup>.

Il apparaît ainsi que le conflit nécessite un rapport d'altérité qui se matérialise par un affrontement entre porteurs de revendications ou d'intérêts antagonistes. Dès lors, une tension interne qui se produit dans le chef d'un seul et même sujet ne peut être qualifiée de conflit, sauf à retenir une acception large de ce mot<sup>6</sup>. Ce qui signifie que si on retient une acception

---

<sup>1</sup> P.-F. CUIF, *Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé*, RTD Com., 2005, p.1. Une définition analogue a été reprise par madame OGIER (C. OGIER, *Le conflit d'intérêts*, th. dactyl. Saint-Etienne, 2008, p. 278 ; d'après l'auteur, le conflit d'intérêts est une « situation dans laquelle un intérêt à protéger en vertu d'une mission issue d'une compétence et d'un pouvoir, intérêt objectivement apprécié, est sacrifié au profit d'un intérêt opposé »), puis par monsieur DOUVILLE (T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, op. cit., p. 20, spéc. n° 6 « Le conflit d'intérêts est la situation dans laquelle une personne doit en raison d'un cumul de qualités choisir entre l'intérêt qui lui est confié et un autre intérêt ») dans leur thèse de doctorat. Pour une définition analogue, voir également le rapport SAUVÉ (J.-M. SAUVÉ, D. MIGAUD, J.-C. MAGENDIE, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, La Documentation française, 2011, p. 19-20 ; version numérique : <http://www.conflits-interets.fr/pdf/rapport-commission-conflits-interets-vie-publique.pdf> - D. SCHMIDT, *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme*, op. cit., p. 22.

<sup>2</sup> Voir par exemple, P.-E. LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, t. 2, 1991, V° Conflit.

<sup>3</sup> D'ailleurs, un auteur (G. SIMMEL, *Le conflit*, (trad. S. MULLER), Circé poche, 1995, p. 19) présente le conflit comme une forme de socialisation.

<sup>4</sup> Du latin *conflictus* (choc) dérivé de *confligere* qui signifie heurter, frapper ensemble, lutter, combattre. Voir, J. DUBOIS, H. MITTERAND, A. DAUZAT, *Dictionnaire étymologique*, Larousse, 2007, V° Conflit - O. BLOCH, W. VON WARTBURG, *Dictionnaire étymologique de la langue française*, PUF, 2008, V° Conflit.

<sup>5</sup> D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° Conflit/Litige, spéc. p. 256.

<sup>6</sup> C'est en raison de cette acception large que le terme « conflit » désigne en psychologie une « opposition entre des exigences internes contradictoires » (voir les dictionnaires usuels de la langue française). On retrouve par exemple dans le dictionnaire Hachette, quatre sens différents donnés au conflit. Le conflit est tout d'abord, au sens courant, « un antagonisme », « un choc entre éléments contraires ». Il désigne ensuite, en psychologie, une « opposition entre des exigences internes contradictoires ». Il désigne aussi, dans les relations internationales, une situation de crise, « une opposition entre deux États qui se disputent un droit ». Il désigne enfin, en droit, une contradiction entre plusieurs textes, plusieurs principes ou plusieurs droits et peut trouver une illustration à travers le conflit de juridictions qui n'est rien d'autre qu'une « opposition qui s'élève entre deux tribunaux se prétendant tous deux compétents ou incompétents au sujet de la même affaire ».

étroite du mot « conflit », il convient plutôt de parler d'opposition<sup>1</sup> ou de contrariété d'intérêts<sup>2</sup> lorsqu'on désigne les tensions internes se produisant dans le chef d'un seul et même sujet.

En fin de compte, il convient de retenir que l'expression « conflit d'intérêts » souffre — si on retient une acception large — de la polysémie du mot « conflit » et peut donc désigner un choc d'intérêts se produisant dans le chef d'une personne, ou un choc entre intérêts distincts dont sont titulaires des personnes différentes. Traduisant cette polysémie, des auteurs<sup>3</sup> relevaient à juste titre que le conflit est avant tout externe et traduit « une situation relationnelle structurée autour d'un antagonisme » ; mais, le conflit peut également être interne « lorsqu'un individu est pris entre des valeurs, des pulsions ou des désirs contradictoires et se trouve confronté à sa propre ambivalence ». En dépit du sens donné par la littérature contemporaine à l'expression « conflit d'intérêts », il n'est pas illégitime, à condition de bien le spécifier, de viser par cette expression un affrontement entre deux sujets de droit qui poursuivent des intérêts divergents. Soulignons alors qu'il ne sera pas question dans la présente étude de viser les conflits « internes » d'intérêts, mais bien les conflits « externes » d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

À la suite de cette première approche des conflits d'intérêts qui permet, dès le départ, de clarifier le sens donné à cette expression, il convient de poursuivre l'effort d'analyse des termes du sujet afin de délimiter avec précision le domaine de cette étude.

## **I) Définition des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille**

L'auteur d'une étude est confronté au seuil même de ses premières analyses à la nécessité de circonscrire le champ des investigations en prenant un soin particulier à fixer le sens des termes composants le sujet de son étude. L'étude des conflits d'intérêts en droit de la famille n'échappe pas non plus à une telle démarche et doit nécessairement débiter par un travail liminaire de compréhension des termes composant du sujet.

**2. Le conflit.** — Il a été retenu que le conflit est « une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus, et qui peut connaître une succession d'épisodes, d'actions, d'affrontements »<sup>4</sup>. Il s'agit donc d'une

<sup>1</sup> D'ailleurs, pour désigner toutes les situations d'incompatibilité d'intérêts issues de la représentation, le législateur marque une nette préférence pour l'expression « opposition d'intérêts ». Voir par exemple, les articles 383, 387-1-6°, 388-2, 410, 454, 455, 461, 462, 470, 494-6, 508 du C. civ.

<sup>2</sup> V., S. ZEIDENBERG, « Le droit de la famille face à la contrariété d'intérêts », RRJ, 2003, p. 631 et s., spéc. p. 633.

<sup>3</sup> D. PICARD, E. MARC, *Les conflits relationnels*, coll. Que sais-je ? PUF 2012, p. 7.

<sup>4</sup> A. JEAMMAUD, « Conflit/Litige », in, D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 256.

situation de désaccord, de divergence entre deux sujets de droit qui peut donner lieu à un litige c'est-à-dire à « une opposition de prétentions juridiques soumise à une juridiction civile, pénale, administrative ou arbitrale appelée à la trancher par une décision »<sup>1</sup>. Ce qui signifie que techniquement, le juge dans son activité juridictionnelle n'est pas saisi du conflit, mais d'un litige<sup>2</sup>. Néanmoins, par commodité de langage, qu'il nous soit permis dans le cadre de la présente étude, de ne pas procéder à une distinction entre le conflit, le différend<sup>3</sup> et le litige, afin de pouvoir soumettre à la sagacité des juges les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. La notion de conflit étant ainsi précisée, il convient de s'intéresser à celle d'intérêt qui constitue ici l'objet du conflit.

**3. L'intérêt, une notion imprécise.** — À la question « qu'est-ce qu'un intérêt ? », beaucoup de juristes, et non des moindres, ont renoncé à toute entreprise de définition, qualifiant la notion de floue, vague, et imprécise<sup>4</sup>. Sans prétendre réussir là où d'éminents juristes ont renoncé, il sera simplement question dans les lignes à venir de délimiter un périmètre autour de cette notion jugée évanescence à l'analyse.

La raison souvent avancée pour justifier l'absence de définition générique de l'intérêt réside dans le caractère ubiquitaire de la notion<sup>5</sup>. L'intérêt serait une notion élastique, protéiforme, fuyante et insaisissable lorsqu'on tend à la fixer par le biais d'une définition unitaire. En effet, dérivé du latin « *interest* » qui désigne non seulement le dommage, mais aussi la réparation de celui-ci<sup>6</sup>, le mot « intérêt », depuis son apparition dans les dictionnaires de la langue française n'a cessé de revêtir de multiples acceptions, y compris antinomiques. Ainsi l'intérêt peut désigner tantôt, un comportement noble porté à autrui, tantôt un comportement égoïste dicté

<sup>1</sup> *Ibidem*.

<sup>2</sup> Voir par exemple, A. LEBORGNE, « Plaidoyer en faveur de la médiation familiale pour une justice familiale apaisée », RJPJF 2015, n° 5, p. 7 et s. (sur la distinction entre le conflit et le litige, voir spécialement le point II-B).

<sup>3</sup> Soit le différend est considéré comme « un élément constitutif du litige lui-même », soit il est « entendu comme un désaccord juridique non encore porté, formalisé devant une juridiction par un acte ouvrant une procédure, contentieuse ou gracieuse » (A. JEAMMAUD, « Conflit/Litige », *op. cit.*, p. 256). Ce qui signifie que dans une logique de différenciation, on a le conflit qui est une situation d'opposition non formalisée d'un point de vue juridique. Lorsque la situation d'opposition ou le désaccord est formalisé dans le sens où il fait apparaître une divergence portant sur un point de droit, on parlera de différend si le juge n'a pas encore été saisi et de litige lorsqu'il est saisi par un acte ouvrant une procédure contentieuse ou gracieuse.

<sup>4</sup> Voir par exemple les professeurs CORNU et FOYER pour qui « l'intérêt est une notion fondamentale et négligée que l'on illustre, qu'on qualifie (personnel, légitime), qu'on classe (moral, patrimonial), mais qu'on ne définit pas » ; Voir, G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, Paris, 1958, p. 296.

Le professeur F. OST de son côté renonce à toute entreprise de définition pour caractériser l'intérêt à l'aide de quatre traits que constituent l'imprécision, l'ubiquité, la souplesse et la subversion ; Voir, F. OST, *Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, vol. 2, éd. PFUSL, 1990, p. 9 et s.

<sup>5</sup> Le duc de LA ROCHEFOUCAULD (F. DE LA ROCHEFOUCAULD, *Réflexions ou sentences et maximes morales*, 4<sup>e</sup> éd., P. Compagnon et R. Taillandier, Lyon, 1685, p. 9, Réflexion n° 39.) n'écrivait-il pas que « l'intérêt parle toutes sortes de langues, et joue toutes sortes de personnages, même celui de désintéressé » ?

<sup>6</sup> « Interest » désignait à la fois le dommage et le dédommagement. Voir, F. GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française*, éd., Classiques Garnier numérique, *V<sup>o</sup> Interest*. - G. BRAIVE, « l'historien et l'équivocité du concept d'intérêt », in, P. GÉRARD, F. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 1, PFUSL, 1990, p 27 et s.

par un désir personnel. À cette équivocité du sens courant, correspond une équivocité du sens juridique. Les définitions de l'intérêt rencontrées dans les dictionnaires juridiques vont également du plus large au plus précis. On y apprend que l'intérêt est « ce qui importe (à l'état brut, avant toute qualification), une considération d'ordre moral (affection, bonheur, haine) ou économique (argent, possession d'un bien) qui, dans une affaire (contrat, procès,...), concerne, attire, préoccupe une personne (ce qui lui importe) »<sup>1</sup>.

De ces constatations, il ressort que la notion d'intérêt, peu importe les domaines du savoir dans lesquels elle est usitée répugne à toute systématisation et apparaît davantage comme un appel direct à l'évidence quant à son sens, de la même manière que les juristes au sein d'une même conversation arrivent, sans le spécifier, à passer aisément du sens objectif au sens subjectif du mot « droit ». L'intérêt se présente donc, à l'époque contemporaine comme ce qui importe, ce qui dicte une action ou une abstention<sup>2</sup>. L'intérêt est donc un instrument ajusté vers une fin ; ce qui par conséquent traduit une réalité variable en fonction de la fin visée par le sujet. L'intérêt n'est ni plus ni moins qu'un avantage poursuivi par un sujet de droit. Circonscrire ainsi l'intérêt par l'idée d'avantage permet de réunir sous un seul concept les différentes acceptions que véhicule cette notion.

Ainsi, qu'il constitue le prix de la réparation d'un dommage, un besoin à satisfaire, le but d'une action ou d'une abstention, l'intérêt ne demeure pas moins un avantage dont on poursuit la réalisation. Toute personne intéressée poursuit donc la satisfaction d'un avantage ; poursuivre un intérêt, c'est rechercher un avantage.

Toutefois, il convient de souligner que la circonscription de l'intérêt autour de cette idée d'avantage a pour conséquence de le rapprocher d'autres notions voisines comme la cause et le mobile derrière lesquelles on perçoit également un processus de poursuite d'avantages, de but à atteindre. Il est alors utile, pour la délimitation du sujet d'étude, de tenter une différenciation entre l'intérêt et les notions voisines de cause et de mobile.

<sup>1</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2000, V° *Intérêt*.

<sup>2</sup> « L'intérêt est ce qui nous importe à un moment donné, ce qui a une valeur d'action parce que cela répond à un besoin. L'objet qui est capable de satisfaire le besoin, il nous paraît intéressant de l'atteindre et d'y conformer notre conduite. Nous pouvons donc formuler une loi de l'intérêt (...) : toute conduite est dictée par un intérêt c'est-à-dire : toute action consiste à atteindre la fin qui nous importe à un moment considéré ». E. CLAPARÈDE, cité par P. KAUFMANN, *Intérêt, sciences humaines*, in, *Encyclopaedia universalis*.

Cette « loi de l'intérêt » est également partagée par d'autres auteurs. Ainsi, pour JHERING, « L'intérêt est la condition indispensable de toute action humaine. Agir sans intérêt, est un non-être, au même titre qu'agir sans but. C'est une impossibilité psychologique ». R. Von JHERING, *L'évolution du droit (Zweck im Recht)*, trad. O. de MEULENAERE, éd. A. Marescq, Paris, 1901, p. 36. - Le doyen CARBONNIER note également que « L'action des hommes est soumise à la grande loi de l'intérêt », J. CARBONNIER, « L'hypothèse du non-droit », in, *Archives de philosophie du droit*, n°8, Sirey, 1963, spéc. p. 60. - Voir aussi, X. MARTIN, « De l'incapacité des rédacteurs du Code civil à concevoir le désintéressement », in, L. RICHER (dir.), *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, Economica, 1983, p. 35 et s. - Voir également, J. RIVERO, « Synthèse », in, L. RICHER (dir.), *L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?*, op. cit., p. 137 et s.

Il convient de préciser que pour monsieur RIVERO, toute activité humaine est mue par un intérêt. Cependant, l'activité désintéressée est envisageable si l'on entend par désintéressé, l'absence d'une quête de l'accroissement de son avoir ; ce qui revient à distinguer entre « intérêt avoir » et « intérêt sollicitude » (p. 138 et s.).

**4. Tentative de différenciation entre l'intérêt et la cause.** — La notion de cause partage avec celle de l'intérêt un certain mystère consubstantiel à sa nature polymorphe. En effet, si la cause est la raison, l'élément qui justifie, le pourquoi d'un comportement, il est bien difficile de la fixer par le biais d'une définition unitaire<sup>1</sup> ; la difficulté serait de déterminer là « où s'arrêter dans cette recherche du pourquoi, et du pourquoi des "pourquois" ? »<sup>2</sup>. Partant de cette observation, il convient de relever qu'en droit, l'analyse de la cause procède d'une aventure éminemment périlleuse comme en témoignent les différentes études<sup>3</sup> et controverses doctrinales<sup>4</sup> auxquelles la notion a donné lieu. On renverra simplement à ces études pour une analyse approfondie de la notion de « cause » en droit. En effet, dans le cadre d'une réflexion dont l'objectif sera de déboucher sur une éventuelle distinction entre la notion d'intérêt et de cause, il sera simplement question d'appréhender la cause dans son sens courant et de désigner sous ce mot deux réalités distinctes ; la cause efficiente ou formelle et la cause finale.

Il est relativement établi que la cause efficiente désigne « le phénomène qui en produit un autre »<sup>5</sup>, l'effet mécanique d'un élément sur un autre, le « fait générateur, la cause génératrice au sens donné à ce mot par les sciences physiques »<sup>6</sup> tandis que la cause finale désigne « le but en vue duquel »<sup>7</sup>, « l'intérêt qui détermine »<sup>8</sup>, l'avantage poursuivi.

Il procède de ces remarques que la cause efficiente traduirait simplement « le pourquoi d'un résultat »<sup>9</sup>, en d'autres termes le fait générateur ayant mécaniquement mené à une situation,

<sup>1</sup> « (...), la cause, on le sait désormais, est une notion plurale qui, par conséquent, est rétive à une définition unitaire ». D. MAZEAUD, « La cause », in, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 452.

<sup>2</sup> B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, t. 2, Contrats*, 5<sup>e</sup> éd., Litec 1995, p. 311.

<sup>3</sup> Voir entre autres, J. DABIN, *La théorie de la cause*, éd. Van FLETEREN, Bruxelles, 1919 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz 1927 ; L. JOSSEAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, réédition, Dalloz, 2006 ; G. de BOIS-JUZAN, *De la cause en droit français*, éd. Delmas, Bordeaux 1939 ; A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, PUAM, 2001 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, LGDJ, 1999 ; Ph. REIGNÉ, *La notion de cause efficiente en droit privé français*, th. dactyl. Paris II, 1993 ; J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

<sup>4</sup> Pour une synthèse des controverses théoriques suscitées par cette notion, voir, J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à une théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, 1971, n° 134 et s. - F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957, n° 245 et s. - J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.*, p. 52 et s.

<sup>5</sup> D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2010, V° Cause, p. 173. - F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., p. 343. - J. ROCHFELD, *Rép. civ. Dalloz, V° Cause*, spéc. n° 4. - B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, t. 2, Contrats, op. cit.*, p. 310.

<sup>6</sup> J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, p. 69.

<sup>7</sup> D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 173. - F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations, op. cit.*, p. 343.

<sup>8</sup> J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat, op. cit.*, p. 75. - J. ROCHFELD, *Rép. civ. Dalloz, op. cit.*, spéc. n° 25 et s.

<sup>9</sup> Nous tenons à préciser que la notion de résultat n'entretient pas une parfaite identité avec celle d'avantage par laquelle nous avons défini l'intérêt. Le résultat d'une situation peut correspondre ou non à l'avantage poursuivi, d'où la nécessité de ne pas tenir ces expressions pour équivalentes. Illustrons nos propos par le cas suivant : *Primus* vient d'épouser *Secundus*, mais souhaite déjà mettre fin à cette union. Pour ce faire, *Primus* dépose une requête initiale aux fins de divorce devant le juge aux affaires familiales. *Secundus* par le biais d'une demande reconventionnelle demande la nullité du mariage. Si le juge accède à la demande de *Secundus*, le résultat (la

tandis que la cause finale renverrait plutôt au « pourquoi d'un comportement ayant mené à un résultat », c'est-à-dire l'avantage qui découle de l'adoption d'un type particulier de comportement. On constate alors que la cause efficiente et la cause finale ne se situent pas sur un même plan méthodologique. En analysant la cause efficiente, on procède rétrospectivement au diagnostic de l'élément ayant entraîné une situation donnée, tandis qu'en parlant de cause finale, on procède de manière prospective, en partant du comportement fait générateur au pronostic de l'avantage qu'on pourra retirer de l'adoption d'un tel comportement ; c'est la volonté de tendre vers cet avantage — intérêt ou cause finale — qui va conduire le sujet à adopter un comportement précis — cause efficiente ou fait générateur —<sup>1</sup> plutôt qu'un autre. La démarche analytique n'est donc pas la même. La recherche de la cause efficiente nécessite que l'analyste parte du résultat, de la situation concrète pour remonter la chaîne des éléments mécaniquement causaux vers l'élément déclencheur, le fait générateur. En revanche, la recherche de la cause finale nécessite qu'on parte du fait générateur, qu'on l'analyse, qu'on le dissèque en vue d'expliquer le comportement qui a mené au résultat.

En fin de compte, il n'est pas erroné de maintenir une confusion entre intérêt et cause finale, puisque les deux notions recouvrent indéniablement les mêmes réalités. Cependant, la définition retenue de la cause finale à savoir le « pourquoi d'un comportement ayant mené à un résultat » paraît équivoque et propice à un glissement de sens qui réduirait l'intérêt aux mobiles.

##### **5. Tentative de différenciation entre l'intérêt (cause finale) et le mobile. —**

« Étudier les mobiles, c'est pénétrer jusqu'à l'essence même du droit, jusqu'à la cause profonde des actes juridiques (...) »<sup>2</sup>. Cette mise en garde d'un éminent auteur, qui a mené des recherches d'envergures sur les mobiles dans les actes juridiques en droit privé, a de quoi rebuter toute personne qui s'aventure dans l'étude des mobiles en droit ; il faudra, prévient l'auteur, s'aventurer plus loin, plus profond que la cause qui elle-même se révèle à l'analyse d'une complexité diabolique.

Parler de mobile, c'est scruter le psychisme d'un être pour déterminer la motivation profonde qui a impulsé sa volonté vers la matérialisation d'un comportement précis. On cherche encore une fois le pourquoi d'un comportement, les idées actives qui constituent les ressorts d'une action<sup>3</sup> ; d'où une certaine propension à la confusion du mobile et de la cause, du moins dans

---

disparition du lien conjugal pour le passé et le futur) de cette situation diffère juridiquement de l'avantage initialement poursuivi par *Primus* (la disparition du lien conjugal pour le futur).

<sup>1</sup> À rapprocher des observations du professeur J. GHESTIN qui explique qu'en matière contractuelle, « la cause efficiente justifie l'engagement, la cause finale, l'intérêt, explique celui-ci ». J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, p. 78.

<sup>2</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, *op. cit.*, p. 1.

<sup>3</sup> J. CHAZAL, *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, th. dactyl. Lyon, 1929, p. 12. - G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Mobile.

le vocabulaire courant. Le vocabulaire juridique ne fait pas non plus un départ clair entre ces notions. Le mobile est défini en référence à la cause et réciproquement. Pour dégager une vue claire, il convient de partir des différentes analyses dont la notion de mobile a été l'objet en droit privé.

En examinant la bibliographie juridique relative à cette notion, on prend vite conscience que le droit pénal constitue la terre d'élection des mobiles<sup>1</sup>. Toutefois, il convient de préciser que la notion de mobile n'intéresse pas que le droit pénal ; elle déborde largement les frontières de cette discipline pour innover le droit dans sa diversité comme le souligne le doyen JOSSERAND dont l'œuvre incontournable en la matière constituera le point de départ de nos réflexions sur la différenciation des mobiles de la cause<sup>2</sup>.

Partant des travaux de BARTOLE, le doyen JOSSERAND conclut que l'opposition entre la « *causa impulsiva* », ou « *causa remota* » et la « *causa finalis* » matérialise la distinction entre les mobiles et la cause finale que l'auteur nomme « intention ». Ainsi, l'auteur définit les mobiles comme « les divers sentiments, les intérêts, les innombrables passions dont l'âme humaine est susceptible d'être agitée »<sup>3</sup>. En même temps qu'ils déterminent le comportement, les mobiles touchent à la finalité de l'acte. Toutefois, ce rapport étroit qu'entretiennent les mobiles et l'intention — cause finale —, n'étouffe pas une logique de différenciation. L'intention, nous dit l'auteur, est « le but immédiat de l'acte », tandis que les mobiles évoquent quant à eux « des buts plus lointains, divers comme les désirs qui tendent à eux »<sup>4</sup>. Et c'est pourquoi note l'auteur, « les mobiles sont susceptibles de varier à l'infini pour un même acte donné », tandis que « l'intention — cause finale — est toujours constante pour une même catégorie juridique donnée »<sup>5</sup>. Les mobiles frappés du sceau de la subjectivité font émerger la signification psychologique de l'acte et permettent d'évaluer sa conformité à l'ordre juridique<sup>6</sup>. En d'autres termes, la cause finale constitue le pourquoi objectif du comportement, fait générateur, tandis que les mobiles constituent le pourquoi subjectif du comportement, fait générateur.

Partageant ces critères de différenciation proposés par le doyen JOSSERAND, un auteur propose d'y ajouter la conscience par l'agent des motivations qui ont impulsé son comportement. Les mobiles, nous dit cet auteur, « ne sont toutefois pas forcément conscients ; bien au contraire, ils sont toujours en partie, et souvent même en grande partie, inconscients. En revanche, un

---

<sup>1</sup> Voir entre autres, J. CHAZAL, *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, op. cit. - A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *Les mobiles du délit*, LGDJ, 1974 - P. MIMIN, « *L'intention et le mobile* », in, *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, mélanges M. PATIN*, éd. Cujas, 1965, p. 113 et s. - Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 2004, p. 237 et s. - B. BOULOC, *Droit pénal général*, 22<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 245 et s. - E. DREYER, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2012, p. 581 et s.

<sup>2</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, op. cit., p. 6, spéc. n° 6.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 21.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 19-20.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 22.

but — la fin — inconscient est inconcevable, du point de vue notionnel, étant donné que le but est la représentation du résultat auquel l'auteur tend par son acte »<sup>1</sup>.

Suivant ces différentes opinions, on peut définir l'intérêt ou cause finale comme un avantage qu'on souhaite atteindre ; c'est le but d'un comportement. Le mobile en revanche serait ce qui inspire la volonté d'atteindre cet avantage. Il faut donc cette inspiration pour vouloir réaliser l'avantage. Comme l'a justement souligné le doyen JOSSERAND, « les mobiles et l'intention n'occupent pas la même place dans le temps : chronologiquement, les premiers sont antérieurs à la seconde »<sup>2</sup>.

En résumé, la cause efficiente répondrait au « pourquoi d'un résultat », la cause finale ou intérêt répondrait quant à elle au « pourquoi objectif d'un comportement ayant entraîné le résultat » et enfin les mobiles répondraient au(x) « pourquoi(s) subjectif(s) d'un comportement ayant entraîné le résultat ». Prenons l'exemple d'une parturiente qui demande le secret de son admission pour illustrer nos propos. Le résultat auquel va aboutir une telle situation est l'abandon de l'enfant. À la question du pourquoi objectif de cette forme d'abandon, la réponse est invariablement la même d'une parturiente à une autre : ne jamais être juridiquement rattaché à l'enfant ; c'est là son intérêt. À la question du pourquoi subjectif de cette forme d'abandon, la réponse varie d'une parturiente à une autre : l'impossibilité de subvenir matériellement aux besoins de l'enfant, le refus d'assumer le rôle de mère, la crainte révérencielle à l'égard de ses propres parents pourraient constituer de possibles réponses ; on touche du doigt à ses mobiles.

Finalement, cette tentative de distinction, même si elle peut présenter un intérêt théorique, est dépourvue d'utilité pratique du moment qu'on considère dans le cadre de cette étude l'intérêt comme un avantage dont un sujet de droit souhaite obtenir la satisfaction. Reste alors à déterminer ce qui autorise une personne à satisfaire ses intérêts en droit.

**6. L'acception retenue : l'intérêt, un avantage dont le sujet de droit poursuit la réalisation.** — À la question « qu'est-ce qu'un intérêt ? », un éminent juriste avait pu affirmer que « si l'intérêt n'est pas juridiquement protégé, c'est, en droit, le néant. Et s'il l'est, c'est un droit »<sup>3</sup>. On comprend alors qu'il est difficile de prétendre obtenir du droit, la satisfaction d'un avantage si celui-ci n'est pas jugé légitime. Conscients de cette réalité, d'une part, et, d'autre part, désirant convaincre quant à la supériorité de l'intérêt poursuivi, les individus qui souhaitent satisfaire un intérêt prétendent toujours disposer d'un titre juridique leur permettant sa réalisation<sup>4</sup>. Par exemple, ils ne prétendent pas disposer d'un intérêt à voir

<sup>1</sup> A. YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS, *Les mobiles du délit*, op. cit., p. 23.

<sup>2</sup> L. JOSSERAND, *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, op. cit., p. 22, spéc. n° 6.

<sup>3</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil*, Bruxelles, 1939, t. 3, p. 894.

<sup>4</sup> On touche alors du doigt la fonction rhétorique des prérogatives juridiques. Voir par exemple, M. PICHARD, *Le droit à : Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006, spéc. p. 112 et s. (sur la fonction rhétorique des « droits à » en particulier).

célébrer un mariage malgré le décès d'un des époux, mais d'un droit au mariage ou d'un droit au respect de la vie privée et familiale. De même, ils ne prétendent pas disposer d'un intérêt à changer leur sexe à l'état civil, mais d'un droit au respect de la vie privée ou d'un droit au respect de l'identité. On constate que l'avantage final n'est jamais mis en avant ; c'est la prérogative juridique c'est-à-dire le titre permettant la satisfaction de l'avantage qui l'est. Concrètement, peut constituer un titre permettant la satisfaction juridique d'un intérêt, un jugement reconnaissant sa légitimité ; on parlera d'intérêt légitime<sup>1</sup>. Aussi, sans avoir besoin d'un jugement reconnaissant la légitimité d'un intérêt, il peut exister en droit positif des intérêts dont la protection importe au législateur qui reconnaît *a priori* leur légitimité en les consacrant en liberté civile<sup>2</sup> ou en droit subjectif<sup>3</sup>. Ce qui signifie que la liberté civile ou le droit subjectif constituent également des titres permettant la satisfaction en droit d'un intérêt. De ces constatations, il apparaît qu'en raison des prétentions « qualificatives » des individus, qui systématiquement rattachent à dessein leurs avantages à une famille de prérogatives juridiques, une confusion s'opère entre l'intérêt, avantage poursuivi et le titre permettant la satisfaction juridique de cet avantage. Cependant, il serait juridiquement inexact de réduire les conflits d'intérêts en droit à un affrontement entre intérêts légitimes, libertés civiles, et droits subjectifs. En effet, la question de savoir si un intérêt est juridiquement protégé par le droit n'aura d'importance que dans le traitement du conflit d'intérêts. Ainsi, il y a bien conflit d'intérêts quand la satisfaction d'un avantage prohibé se heurte au respect d'un droit subjectif par exemple. Simplement, le fait pour le juge de constater que le conflit met aux prises un avantage prohibé par le droit et un avantage protégé par le droit ferait, *a priori*, pencher la

---

<sup>1</sup> On peut définir l'intérêt légitime comme un pouvoir permettant de réaliser un avantage non consacré en liberté civile ou en droit subjectif, mais jugé conforme au droit objectif. En raison de ce jugement de légitimité, le droit objectif reconnaît au titulaire d'un intérêt légitime la possibilité de mobiliser des moyens juridiques traditionnels de défense pour en assurer le respect. À propos de l'intérêt légitime comme prérogative, voir par exemple, F. OST, *Droit et intérêts, Entre droit et non-droit : l'intérêt*, PFUSL, Bruxelles, 1990. - T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005.

<sup>2</sup> On peut définir la liberté civile comme un pouvoir d'autodétermination conférant à son titulaire la possibilité de satisfaire dans des conditions plus ou moins déterminées par le droit objectif, des intérêts génériques et d'en exiger d'autrui le respect par la mise en œuvre des moyens juridiques traditionnels de défense. Sur cette notion de liberté civile, voir par exemple, A. BERTAULD, *La liberté civile*, 2<sup>e</sup> éd., Librairies Didier et compagnies, 1864. ; E. POITOU, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France*, Librairies Charpentier et Compagnies, 1869. - J. SIMON, *La liberté civile*, 3<sup>e</sup> éd., Librairies L. Hachette et compagnies, 1867. - A. BENET, *Analyse critique du droit au respect de la vie privée : contribution à l'étude des libertés civiles*, th. dactyl., Paris II, 1985. - F. TERRÉ, *Sur la notion de libertés et droits fondamentaux*, in, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 16<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2010, p. 3. - T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005.

<sup>3</sup> On peut définir le droit subjectif comme un pouvoir, sur une chose ou une personne, conférant à son titulaire la possibilité de satisfaire, dans des conditions déterminées par le droit objectif, des intérêts spécifiques et d'en exiger d'autrui le respect si besoin par le biais d'une action en justice spécifique. Sur cette notion de droit subjectif, voir par exemple, J. DABIN, *Le droit subjectif*, Paris, Dalloz, 1952. - P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963. - O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 1978. - J. HAUSER, *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à une théorie générale de l'acte juridique*, LGDJ, 1971, p. 51 et s. - T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005.

balance judiciaire du côté de ce dernier. Dès lors, il convient de souligner que si par un raccourci de la pensée on réduit souvent en droit l'intérêt à la prérogative permettant sa satisfaction, il sera question dans le cadre de cette étude de donner sa pleine mesure à l'expression « conflit d'intérêts » en visant par « intérêt » tout avantage dont un sujet de droit poursuit la satisfaction, puisque la question du jugement porté par le droit objectif sur la satisfaction d'un des avantages antagonistes n'a aucune incidence au stade de l'identification des conflits d'intérêts.

Le sens de l'intérêt étant ainsi fixé, il convient enfin de déterminer ce qu'on vise à travers la notion de droit extrapatrimonial de la famille.

**7. Le droit extrapatrimonial de la famille.** — Expérience première de socialisation<sup>1</sup>, la famille a constitué à travers les âges un important point d'ancrage dans l'édification de l'individu. Sa conception a certes évolué en fonction des époques et des mœurs<sup>2</sup>, mais elle n'en demeure pas moins l'un des fondements de nos sociétés contemporaines. Pourtant, il est curieux de noter que le législateur — hier comme aujourd'hui — ne s'est jamais risqué à la définir<sup>3</sup>. Cet état de choses s'explique sans doute par la diversité des réalités qui se cachent derrière le concept de famille<sup>4</sup>. En effet, face à la multiplicité des facteurs prenant part au phénomène familial, il est malaisé de vouloir fixer la famille par le biais d'une définition analytique<sup>5</sup>. La seule certitude sur laquelle repose le concept est celle d'un groupe d'individus unis par un lien de sang, de droit ou d'affection<sup>6</sup>. Partant, il est permis de considérer que « la famille est constituée d'un ensemble de personnes unies par un lien biologique ou de communauté de vie qui ont pour but d'assurer le développement dans la durée de leur association, dans le respect des droits et des libertés de chacun et des impératifs de la vie en société »<sup>7</sup>. Il y aurait donc famille en présence d'une communauté de vie stable entre des personnes unies par un lien d'affection filiale ou charnelle. Dès lors, le droit de la famille serait la branche du droit régissant les rapports entre les membres d'un tel groupe. Et,

<sup>1</sup> La famille constitue la première étape d'intégration de l'individu dans le collectif ; elle est partie prenante dans la construction identitaire de tout un chacun. Voir en ce sens, J.-F. SPITZ, « L'État et la famille », *Droits*, 1993, n° 16, p. 59 et s. - F. de SINGLY, *Le soi, le couple et la famille*, éd. Nathan, 1996, pp. 11-13.

<sup>2</sup> V., P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *Droit civil : La famille*, 2<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2006, p. 10.

<sup>3</sup> V., P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz-Action, 2015, p. 3, n° 01.12.

<sup>4</sup> L'époque contemporaine se singularise par une pluralité des types de famille - en mariage ou hors mariage, unies ou désunies, recomposées, monoparentales, unilinéaires - rendant impossible une construction unitaire du concept de famille. V., P. MALAURIE et H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 10 et s.

<sup>5</sup> Comme se demande à juste titre un auteur, « Finalement, existe-t-il encore une définition juridique de la famille ? La définition classique, fondée sur l'alliance et la parenté découlant du mariage, paraît en total décalage avec la réalité qui nous met en présence de familles décomposées, recomposées ou encore monoparentales. Finalement, en une cinquantaine d'années, le droit s'est efforcé de détruire l'édifice familial qu'avait voulu construire le Code civil et qui paraissait être un château fort, tant il paraissait indestructible. La famille contemporaine ressemble plutôt à un ensemble de constructions individuelles pas nécessairement semblables et plus ou moins solides. » X. LABBÉE, « La contractualisation de la famille : et après ? », in *Mélanges C. NEIRINCK*, p. 271.

<sup>6</sup> V., G. CORNU, *Droit civil : La famille*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2006, p. 22 et s.

<sup>7</sup> J. HAUSER, « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in *Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ*, Montchrestien, 2012, p. 161 et s., spéc., p. 164.

lorsqu'il régit le phénomène familial, ce droit s'occupe à la fois des rapports pécuniaires et des rapports non pécuniaires des membres de la famille.

8. Quand le législateur règle les rapports pécuniaires au sein de la famille, on parle de droit patrimonial de la famille<sup>1</sup>. Cette branche du droit de la famille englobe des matières comme les régimes matrimoniaux et « pacsimoniaux », les successions et les libéralités, l'obligation alimentaire, le droit fiscal de la famille. Concrètement, à travers le droit patrimonial, il est question, tout d'abord, d'organiser une solidarité matérielle entre les membres du groupe social qu'est la famille, ensuite, d'organiser la gestion et la transmission du patrimoine familial.

Quand le législateur règle les rapports non pécuniaires au sein de la famille, on parle de droit extrapatrimonial de la famille. Cette branche du droit de la famille se préoccupe de définir les règles permettant la création du lien familial, la dissolution de ce lien ainsi que les conséquences non pécuniaires y afférentes. Ainsi, relèvent du droit extrapatrimonial de la famille, les règles relatives à l'établissement, à la dissolution et aux conséquences de la filiation, la réglementation de la formation, de la dissolution et des conséquences non pécuniaires des liens conjugaux. Néanmoins, parce que l'ensemble des règles et institutions qui gouvernent les personnes envisagées dans leur singularité — personnalité juridique, capacité, nom, état civil, nationalité... — ont des répercussions non négligeables au sein du groupe social qu'est la famille, il sera question d'inclure dans notre champ d'analyse, certaines problématiques relatives au droit des personnes. Le droit extrapatrimonial est entendu ici au sens large puisqu'il englobe en plus de la réglementation relative au lien de famille et à ses conséquences non pécuniaires, la régulation des conséquences de choix individuels d'un membre de la famille sur l'organisation non matérielle du groupe<sup>2</sup>. En sus, il convient de relever que, si en principe le domaine d'investigation est réduit au droit extrapatrimonial de la famille, on sera conduit, à titre exceptionnel, à invoquer certaines règles du droit patrimonial de la famille au secours de certaines démonstrations.

Après avoir donné un sens à chacune des composantes de notre sujet de recherche, il convient de définir concrètement ce qu'on entend par l'expression « les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille ».

**9. Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille : l'acception retenue.** — Au regard du sens attribué à chaque terme de sujet, il convient alors d'entendre

---

<sup>1</sup> Dans ce sens, voir un auteur (F. DOUET, *Le droit patrimonial de la famille*, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999, p. 4). pour qui « le droit patrimonial de la famille est constitué par l'ensemble des règles d'ordre pécuniaire régissant les rapports de famille ».

<sup>2</sup> Par commodité de langage, quand on évoquera dans la présente étude le droit de la famille sans autres précisions, il faudra comprendre qu'est visé exclusivement le droit extrapatrimonial.

par conflit d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille, un conflit opposant des sujets de droit et portant sur la revendication d'avantages non pécuniaires dans le cadre des relations de famille. Toutefois, sans un approfondissement de cette définition, on risque de douter, au regard de ce qu'on traite concrètement, de la légitimité de l'intitulé donné au sujet de recherche. En effet, pourquoi ne pas parler tout simplement de conflits familiaux, de conflits de famille, de contentieux familiaux ?

#### 10. « Conflit d'intérêts en droit de la famille » et « conflits familiaux ». —

Quand on parle de conflits familiaux, de conflits de famille, de contentieux familiaux, on vise la même chose, c'est-à-dire, une situation de crise au sein du groupe familial caractérisée par une opposition entre plusieurs de ses membres<sup>1</sup>. Une comparaison entre cette définition et celle des conflits d'intérêts s'avère nécessaire pour lever le doute portant sur la synonymie de ces différentes expressions.

Si on analyse la définition donnée aux conflits d'intérêts en droit de la famille, il est dit que les sujets de droit constituent les parties au conflit. Certes, l'hypothèse d'un affrontement entre deux personnes unies par un lien de famille s'impose immédiatement à l'esprit et entretient le sentiment de synonymie avec les conflits familiaux. Néanmoins, il convient de préciser que l'existence d'un lien de famille entre les parties au conflit ne constitue pas le critère exclusif de reconnaissance des conflits d'intérêts en droit de la famille. En effet, le conflit d'intérêts peut également opposer un ou plusieurs membres d'une famille d'un côté, et de l'autre, l'État, personne morale, poursuivant en droit de la famille la défense de l'intérêt général. Dans une telle situation d'affrontement entre l'intérêt général et les intérêts privés, il y a bien un « conflit d'intérêts en droit de la famille » ; mais en l'absence de crise au sein de la cellule familiale, il n'y a pas à proprement parler de « contentieux ou de conflit familial ». C'est donc en raison de l'incapacité de l'expression conflits ou contentieux familiaux à rendre compte pleinement de la richesse des affrontements entre intérêts concernés par le phénomène familial que l'expression conflit d'intérêts tire sa légitimité.

À l'issue de ce travail de définition de la thématique, il convient ensuite, toujours dans l'optique d'une meilleure délimitation du champ d'investigation de la présente étude, d'identifier les différentes hypothèses de conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

---

<sup>1</sup> Curieusement on peine à trouver une définition claire pour ces expressions. On considère tellement que leur sens coule de source que même les ouvrages de référence traitant de cette thématique ne jugent pas utile une tentative de définition. Néanmoins, les éléments caractéristiques du conflit familial qui sont mis en exergue ressortent en filigrane des développements de certains auteurs. Voir par exemple, M. DOUCHY-LOUDOT, « L'office du juge dans le contentieux familial », *Procédures* 2015, n° 1, dossier 4. - J. GARRIGUE, *Droit de la famille*, Dalloz, 2015, p. 16, n° 34.

## **II) Identification des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille**

### **11. Identification des intérêts susceptibles de s'affronter en matière familiale.**

— Il est indispensable pour avoir une vue d'ensemble sur les conflits d'intérêts en droit de la famille, d'identifier les différents intérêts susceptibles de s'affronter en la matière. Or, face à la diversité des intérêts, un effort de classement s'avère indispensable. Ainsi, en fonction des bénéficiaires de l'avantage dont la satisfaction est réclamée, il est possible de regrouper les différents intérêts susceptibles de s'affronter en droit de la famille en deux catégories ; une première catégorie qui engloberait les intérêts individuels des membres du groupe familial et une seconde catégorie qui engloberait les intérêts collectifs.

Par intérêt individuel tout d'abord, on désigne un intérêt dont la satisfaction importe à un membre du groupe familial. C'est le cas par exemple des intérêts pour lesquels le bénéficiaire exclusif de l'avantage est précisé ; on pense tout naturellement à la notion d'intérêt de l'enfant, d'intérêt de l'époux, de l'épouse, du père, de la mère, etc.

Par intérêt collectif ensuite, on désigne un intérêt dont la satisfaction importe à tout un groupe. Dans le cadre de la présente étude, ce groupe bénéficiaire peut être la famille ou la société dans son ensemble. Lorsque le groupe bénéficiaire est la famille, on parlera d'intérêt de la famille<sup>1</sup> pour désigner ce qui est bien, opportun au sein d'un groupe familial dans une configuration précise<sup>2</sup>.

Il peut aussi arriver que le bénéficiaire de l'avantage soit la société tout entière qui a un intérêt au respect d'une certaine conception des rapports familiaux<sup>3</sup>. On parlera alors d'intérêt général<sup>4</sup>.

En fin de compte constituent des conflits d'intérêts en droit de la famille des situations de confrontation entre ces différents types d'intérêts.

<sup>1</sup> La notion est souvent utilisée pour désigner les avantages pécuniaires du groupe familial. Néanmoins, comme l'a si bien souligné un auteur (V. FRAISSINIER-AMIOT, « L'intérêt de la famille, une notion standard à contenu variable » LPA 2007, n° 260, p. 4 et s., spéc. I-B), on ne peut limiter l'intérêt de la famille à la dimension patrimoniale de la famille, puisque l'expression englobe également les intérêts moraux de la famille. Sur la notion d'intérêt de la famille, voir aussi, E. ASSI, *L'intérêt de la famille*, th. dactyl. Montpellier, 1993 - R. THÉRY, « L'intérêt de la famille » JCP (G) 1972, I, 2485. - S. GAUDEMET, « "L'intérêt de la famille", élément d'un ordre public familial », in, Mélanges G. CHAMPENOIS, Defrénois, 2012, p. 287 et s.

<sup>2</sup> À ce titre, l'intérêt de la famille ne doit pas être limité à la somme des intérêts individuels de ses membres puisqu'il peut arriver que l'intérêt de la famille coïncide avec l'intérêt d'un membre de la famille. Voir, par exemple, C. VERNIÈRES, « Conditions du changement de régime matrimonial » in, M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz-action, 2014, n° 123.50 et s. - J.-J. LEMOULAND, D. VIGNEAU, Rép. proc. civ. Dalloz, *V° Régimes matrimoniaux*, spéc. n° 133.

<sup>3</sup> Pour distinguer d'une part, les conflits opposant l'intérêt général et les intérêts privés et d'autre part, les conflits opposant les intérêts privés antinomiques, un auteur a pu proposer que les premiers soient qualifiés de conflits indirects, parce qu'ils n'apparaissent qu'avec l'intervention des pouvoirs publics ; par opposition les seconds devaient être qualifiés de conflits directs. M. AFROUKH, « La pertinence discutable du critère exclusif du mode de conflit de droits », in, F. SUDRE (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Nemesis, Anthemis, 2014, p. 37 et s., spéc. p. 63 et s.

<sup>4</sup> Voir par exemple, M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004.

## 12. Identification des différentes configurations conflictuelles. —

Schématiquement, deux sortes de configurations conflictuelles peuvent se rencontrer.

Dans le cadre des conflits d'intérêts en droit de la famille, on peut, tout d'abord, se retrouver en présence d'un conflit « intra-prérogative » qui survient en droit de la famille lorsque les membres du groupe familial invoquent une même prérogative familiale au soutien d'avantages antagonistes ; le conflit porte alors sur le sens ou la portée qu'ils entendent chacun donner à la prérogative invoquée. Dans une telle hypothèse, le conflit d'intérêts se réduit à un conflit d'interprétations. Il suffit de penser aux nombreux conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale pour trouver une illustration des conflits intra-prérogative. Par exemple, il arrive très souvent que les père et mère au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant fassent valoir des prétentions opposées<sup>1</sup>.

Toujours dans le cadre des conflits d'intérêts en droit de la famille, on peut ensuite se retrouver en présence d'un conflit « inter-prérogatives » qui vise en réalité deux situations distinctes. La première est celle dans laquelle l'État poursuivant la défense de l'intérêt général s'oppose aux membres d'une famille qui poursuivent la réalisation d'un avantage antagoniste. La seconde est celle dans laquelle les membres d'une même famille font valoir des prétentions antagonistes en se fondant sur des prérogatives distinctes. Dans de telles situations, le nœud gordien du conflit ne porte plus sur l'interprétation d'une prérogative, mais sur la valeur à attribuer aux intérêts en jeu. La question de l'accès aux origines personnelles<sup>2</sup>, ainsi que les conflits relatifs à la modification de l'état civil<sup>3</sup> pourront servir d'illustration aux conflits inter-prérogatives.

À l'issue de ces développements, on peut retenir que les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille constituent des conflits opposant des sujets de droit et portant sur la revendication d'avantages non pécuniaires dans le cadre des relations de famille. Ces conflits peuvent porter, soit sur l'interprétation d'une prérogative juridique, soit sur la détermination de la valeur des différents intérêts pour la satisfaction desquels leurs porteurs mobilisent différentes prérogatives juridiques. Après ce travail de délimitation du sujet

<sup>1</sup> Voir par exemple, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2008, n° 07-14.301, NP.

<sup>2</sup> Avoir par exemple à l'esprit le cas classique du conflit d'intérêts qui voit un parent opposer le bénéfice de protection des éléments de sa vie privée, au bénéfice de connaissance des origines personnelles dont se prévaut son enfant ; CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326-98 ; RTD civ. 2003, p. 276, obs. J. HAUSER ; Dr. fam. 2003, comm. 58, note P. MURAT ; JCP (G), 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; B. MALLEY-BRICOUT, Droit d'accès aux origines personnelles : l'embarras de la Cour européenne des droits de l'homme, D. 2003. chron. 1240 ; P. MALAURIE, La Cour européenne des droits de l'homme et le « droit » de connaître ses origines, JCP (G), 2003, I, 120.

<sup>3</sup> Voir par exemple dans une affaire récente où le droit au respect de l'identité sexuelle et de la vie privée est opposé par un individu (qui souhaitait obtenir de l'administration le droit de ne pas être rattaché à l'une des deux catégories sexuelles sur les actes de l'état civil), à l'intérêt général qui postule à la cohérence et à la fiabilité du système d'état civil. CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, D. 2016, p. 904, obs. B. MORON-PUECH ; JCP (G) 2016, p. 492, note F. VIALLA, JCP (G) 2016, p. 594, obs. M. JOSEPH-PARMENTIER.

d'étude, il convient ensuite de resituer la thématique des conflits d'intérêts au cœur du phénomène familial.

### III) Genèse de l'étude

**13. La subjectivisation du droit de la famille.** — Autrefois organisée et cordonnée autour de l'autorité du père de famille, la conception patriarcale des rapports familiaux n'a pas survécu au vent des revendications libertaires et égalitaires qu'a fait souffler la Révolution sur l'Ancien Régime. D'ailleurs, la formule utilisée par Honoré de BALZAC pour rendre compte de ce phénomène était tellement forte qu'elle est passée à la postérité<sup>1</sup>. La famille contemporaine s'est donc éloignée du simple « groupement de personnes placées, soit par nature, soit par le droit sous la puissance d'une seule »<sup>2</sup> ; elle s'est démocratisée<sup>3</sup>. La disparition de la puissance maritale puis paternelle, l'assouplissement des conditions du divorce, l'égalité des filiations, la modification des règles de dévolution du nom sont autant de signaux attestant d'un changement de paradigme dans les rapports familiaux. Le modèle hiérarchique et autoritaire a, semble-t-il, vécu ; les rapports familiaux ne se conçoivent plus verticalement et hiérarchiquement, mais horizontalement et égalitairement. Ce changement de perspective dans l'appréhension des rapports familiaux a conduit progressivement le droit de la famille à épouser les contours des droits de l'homme et à recentrer les aspirations individuelles au cœur des préoccupations<sup>4</sup> ; un catalogue plus ou moins cohérent de droits est alors tissé autour de l'individu. Or, il faut avoir à l'esprit qu'en prenant l'individu comme point de départ de toute construction juridique et en mobilisant les forces du droit pour la satisfaction de ses intérêts individuels, le législateur par une telle démarche ne fait que l'enfermer dans sa subjectivité et libère du coup ses instincts, pulsions et phantasmes.

---

<sup>1</sup> « En coupant la tête à Louis XVI, la Révolution a coupé la tête à tous les pères de famille. Il n'y a plus de famille aujourd'hui, il n'y a plus que des individus. (...) En proclamant l'égalité des droits à la succession paternelle, ils ont tué l'esprit de famille (...). Nous sommes entre deux systèmes : ou constituer l'État par la Famille, ou le constituer par l'intérêt personnel : la démocratie ou l'aristocratie, la discussion ou l'obéissance, le catholicisme ou l'indifférence religieuse, voilà la question en peu de mots. (...) Tout pays qui ne prend pas sa base dans le pouvoir paternel est sans existence assurée ». H. de BALZAC, *Mémoires de deux jeunes mariées : La comédie humaine, t. 1, études de mœurs*, éd. Furnes, Paris, 1842, p. 64 (Livre 1 : Scènes de la vie privée, Chapitre XII : De mademoiselle de Chaulieu à mademoiselle de l'Estorade).

<sup>2</sup> ULPEN cité par le doyen CARBONNIER ; J. CARBONNIER, Droit civil, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, PUF, 2002, p. 1.

<sup>3</sup> V. J. HAUSER, « La démocratie dans les rapports familiaux », in, *Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC : démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*, Bruylant 2008, p. 501 et s.

<sup>4</sup> V., J. CARBONNIER, Droit civil, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple, op. cit.*, p. 2. - Pour une étude des causes du développement des droits individuels en matière familiale, voir par exemple, A.-C. AUNE, *Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2007, p. 20 et s.

L'individu devient alors « une mécanique d'appétit et d'intérêts »<sup>1</sup>, un « prédateur solitaire pour qui il n'est plus question d'être, mais d'avoir »<sup>2</sup>.

La rhétorique, à défaut d'être bien huilée, est bien connue. Pour permettre mon accomplissement personnel, le droit doit assurer l'effectivité de mes intérêts, peu importe qu'il faille au passage bafouer ceux d'autrui. Ainsi, par un rapide glissement de pensée, ce qui n'est que mon désir, « mon intérêt à » se transforme en « mon droit à »<sup>3</sup> avec toutes les conséquences découlant d'une telle subjectivisation. Dès lors, le droit devient le théâtre des revendications de toutes sortes : « le droit à l'éducation, à la santé, au logement, à la vie privée, à l'image, à l'honneur, à l'air pur (voire à l'environnement), à l'information, au RMI, au procès équitable, au nom, à ne pas subir de traitement inhumain et dégradant (...) »<sup>4</sup>, à la stupidité<sup>5</sup>, à l'humour<sup>6</sup>, et plus généralement un droit au bonheur<sup>7</sup>. Ces « poussières de droits »<sup>8</sup> soulevées entre autres par le battage médiatique autour de certaines revendications personnelles<sup>9</sup> constituent autant d'outils permettant à l'individu de s'émanciper des rôles prescrits et des statuts traditionnels fixés par le droit objectif<sup>10</sup>. La famille devient alors une somme d'intérêts individuels, un mode de réalisation de soi, une forme d'organisation qui

<sup>1</sup> V. Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 550.

<sup>2</sup> P. DIENER, « Idée nominaliste et déconstruction du droit », in, *Archives de philosophie du droit*, Sirey, 1983, p. 232 ;

<sup>3</sup> Sur la thématique des droits à, voir, D. COHEN, « Le droit à... » in, *Mélanges François TERRÉ*, Dalloz, PUF, éd. Jurisclasseur, 1999, p. 393 et s. - M. PICHARD, *Le droit à : étude de législation française*, préf. M. GOBERT, *op. cit.*

<sup>4</sup> D. COHEN, « Le droit à... », *op. cit.*, p. 393.

<sup>5</sup> « Nous sommes mus par la religion de la liberté et la religion de la tolérance quels que soient la religion, les idées politiques, les points de vue. Certains se sont demandé pourquoi, notre Cour suprême autorise tel ou tel groupe à manifester, même si tel ou tel groupe est porteur d'un message insultant vis-à-vis de tel ou tel autre groupe. La raison à cela est la liberté, la liberté d'expression. En Amérique, vous avez le droit d'être stupide, si vous voulez l'être ». John KERRY, secrétaire d'État des États-Unis d'Amérique.

Consultable à l'URL suivant : [http://www.lemonde.fr/europe/video/2013/02/26/john-kerry-defend-le-droit-a-la-stupidite\\_1839207\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/video/2013/02/26/john-kerry-defend-le-droit-a-la-stupidite_1839207_3214.html)

<sup>6</sup> B. MOUFFE, *Le droit à l'humour*, Larcier, 2011.

<sup>7</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, pp. 171-172. - E. DU PONTAVICE, « Droit de la famille et droit au bonheur », in, *Mélanges Pierre Voirin*, LGDJ 1967, p. 678 et s., spéc. p. 689 : « Le droit au bonheur, l'épanouissement de la personne humaine, le développement harmonieux de la personnalité constituent donc la fin première, la fin la plus haute du droit de la famille ». - Réseau européen de Recherche des droits de l'Homme (dir.), *Le droit au bonheur* (Actes du colloque organisé les 3 et 4 décembre 2014 à la Faculté de droit de Limoges), Institut Universitaire Varenne, 2016.

<sup>8</sup> Expression empruntée au professeur MALAURIE. P. MALAURIE, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », JCP (G) 2002. I. 143, n° 22.

<sup>9</sup> À propos de la grande sensibilité du législateur contemporain aux mouvements d'opinion amplifiés par les médias, voir, J. COMMAILLE, « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus », in, *Des concubinages, Droit interne droit international droit comparé, mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI*, Litec 2002, spéc. p. 24 - J. COMMAILLE, *L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit*, Paris, PUF, 1994.

<sup>10</sup> J. COMMAILLE, « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in, *Mélanges M.-T. MEULDERS-KLEIN*, Bruylant, 1998, p. 83 s.

perdre aussi longtemps qu'elle permet à chacun de vivre sa vision du soi<sup>1</sup>. Pour preuve, les rapports familiaux sont de plus en plus juridiquement saisis à travers le prisme des droits individuels<sup>2</sup>. Toutefois, il convient de constater qu'une telle démarche nombriliste relève du non-sens, car le droit en général, encore plus lorsqu'il prétend régir les rapports familiaux, suppose avant tout la présence de l'autre<sup>3</sup>. Il doit déterminer, ou du moins fixer, les grandes lignes de fonctionnement du groupe familial et non se contenter d'une addition des intérêts individuels égoïstes, puisque la famille est avant tout une communauté dans laquelle les individus vivent les uns avec les autres, les uns pour les autres<sup>4</sup>.

**14. Les conséquences de la subjectivisation du droit de la famille.** — En transformant le droit de la famille en une collection de droits individuels, le législateur multiplie les occasions de conflits d'intérêts. En effet, chaque membre de la famille désirant poursuivre la satisfaction d'un intérêt personnel trouvera toujours dans l'éventail fourni des droits et libertés individuels qui lui sont offerts, une prérogative juridique lui permettant d'exiger du droit, la satisfaction de l'intérêt poursuivi, y compris lorsque cette satisfaction heurte d'autres intérêts individuels ou collectifs. Face à ces situations de conflit d'intérêts, le droit se doit de procéder à une hiérarchisation des valeurs de manière à restaurer entre les intérêts un équilibre éminemment souhaitable<sup>5</sup>. Or, en droit de la famille, le législateur répugne de plus en plus à réaliser un tel équilibre ; pour preuve, il se dote d'une législation sceptique<sup>6</sup> qui se contente de reconnaître la respectabilité de tous les intérêts. On pourrait voir

<sup>1</sup> En ce sens, le doyen CARBONNIER observait déjà que « la famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité ». J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, p. 171

<sup>2</sup> En ce sens, voir, R. FRANK, « Individualisme et droit de la famille », *in*, Annales de Droit de Louvain, vol. 59, 1999, p. 175 et s.

<sup>3</sup> P. JESTAZ, *Le droit*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2002, p. 5.

<sup>4</sup> G. CORNU, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 20. - En des termes voisins, le professeur LEQUETTE souligne que « Jadis, on avait intégré cette vérité élémentaire que la famille n'est pas le foyer d'un seul être mais, par essence, une communauté d'êtres, en sorte qu'elle était perçue comme la meilleure école pour apprendre à passer du moi élémentaire à la reconnaissance des autres. Tout cela a été balayé. Seul compte, dans la logique du droit au bonheur, le rapport à soi. La famille n'est plus qu'un lieu banalisé d'hédonisme personnel. Peu importe, le rapport aux autres et plus encore la considération d'un intérêt collectif. Peu importe que cette libre recherche du bonheur s'édifie sur le malheur d'autrui et laisse dans son sillage un cortège de vies saccagées ». Y. LEQUETTE, « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », *in*, *Mélanges en l'honneur du professeur Gérard CHAMPENOIS*, Defrénois 2012, p. 546. - Voir également, E. PICALET, *La revendication des droits : étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme*, éd. Classiques Garnier, 2011, spéc. pp. 25-26.

<sup>5</sup> D'après le doyen GENY, « L'objet (de l'ordre juridique positif) (...) n'est pas autre chose que de donner la satisfaction la plus adéquate aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité. Le moyen général d'obtenir ce résultat consiste à reconnaître les intérêts en présence, à évaluer leur force respective, à les peser en quelque sorte avec les balances de la justice, en vue d'assurer la prépondérance des plus importants d'après un critérium social, et finalement d'établir entre eux l'équilibre éminemment désirable ». F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, 1<sup>e</sup> éd., n°155 et s.

<sup>6</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois, op. cit.*, p. 175. - J. CARBONNIER, *Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*, *Mc Gill Law Journal* 1968, vol. 14, n° 4, p. 590 et s., spéc. pp. 594-597. - G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, Paris, Les Cours de droit, 1970-1971, p. 124 et s.

dans ce renoncement à réaliser par le truchement de la norme un équilibre entre les intérêts familiaux, la conséquence de l'emprise d'une logique des droits de l'Homme en matière familiale, puisque les juridictions européennes ne se gênent pas pour remettre en cause les arbitrages internes<sup>1</sup> au nom de droits fondamentaux détournés et dévoyés en droits subjectifs par les individus<sup>2</sup>. En définitive, sous l'influence de ces droits fondamentaux, on constate de plus en plus que le traitement des conflits d'intérêts est devenu une affaire de cas puisqu'on cherche à atteindre avant tout l'équilibre du cas concret<sup>3</sup> au détriment d'un équilibre global qui serait déterminé *a priori* par le biais d'une norme.

#### IV) L'ambition de l'étude

**15. Définition de la problématique.** — Pour assurer la continuité et la stabilité des rapports familiaux, il est nécessaire qu'en présence de conflits d'intérêts en droit de la famille, le droit règle la situation conflictuelle en offrant un traitement à ces conflits. Notre étude se propose donc d'analyser les conflits d'intérêts en droit de la famille par le prisme de leur traitement. En effet, ce qui nous intéresse particulièrement, c'est de savoir comment on s'y prend aujourd'hui pour hiérarchiser les valeurs en matière familiale et poser des normes

<sup>1</sup> Voir par exemple la condamnation de la France pour inégalité successorale au détriment de l'enfant adultérin dans l'arrêt *Mazurek* (CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek c. France*, GACEDH, n°51, PUF 2005 ; JCP (G) 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, F. SUDRE ; RTD civ. 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; RTD civ. 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.). Voir aussi des affaires dans lesquelles la France a été condamnée pour atteinte au droit à l'identité (CEDH, 5 déc. 2013, *Henry Kismoun c. France*, n° 32265/10, AJ fam. 2014. 194, obs. C. DOUBLEIN ; RJPF 2014 -2/10, obs. I. CORPART ; RTD civ. 2014, p. 332 obs. J. HAUSER ; JCP (G) 2014, n° 3, p. 106, note F. SUDRE. - CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11 spéc. §-84 ; JCP (G) 2014, p. 877, note A. GOUTTENOIRE, D. 2014, p. 1797, note F. CHÉNEDÉ ; RTD civ. 2014, p. 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2014, p. 616, obs. J. HAUSER).

<sup>2</sup> M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Conclusions générales », in, J.-L. RENCHON (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003, p. 410. « Dans quelle société contentieuse entrons-nous, où chacun pénétrerait dès son plus jeune âge harnaché de ses droits et libertés, front contre front, y compris au sein même de l'espace le plus précieux, celui de la famille ? Je suis personnellement convaincue de la grandeur de cet acquis et de cet idéal de justice que représentent les droits de l'homme. Surtout, de ce que j'appellerai les "grands droits" : le droit à la vie, à la sûreté, à un procès équitable, le droit de n'être pas torturé, exploité, celui de ne pas mourir de faim... Mais je serais navrée de les voir détournés et dévoyés en une poussière de "petits droits" subjectifs dans une société où chacun ne vivrait que replié sur ses désirs, ses fantasmes et ses prérogatives ».

<sup>3</sup> D'ailleurs, un projet de réforme de la Cour de cassation vise à changer la manière de rédiger les arrêts afin de mieux faire apparaître cette recherche de l'équilibre du cas concret. Il semblerait que ce soit le prix à payer pour éviter que notre souveraineté juridictionnelle ne soit remise en cause à travers les condamnations de la Cour de Strasbourg (voir dans ce sens, B. LOUVEL, « Pour une juridiction à l'écoute de son temps », D. 2014, p. 1632. - B. LOUVEL, « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015, p. 1326. - B. LOUVEL, « Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », JCP (G) 2015, p. 1906. Rappr. P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014, p. 2061 et s.). Cependant, une partie de la doctrine ne semble pas partager ce point de vue. Voir par exemple, P. MALAURIE « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne » JCP (G) 2016, n° 12, p. 318. - P.-Y. GAUTIER, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015, p. 2189. - P.-Y. GAUTIER, « Eloge du syllogisme », JCP (G) 2015, p. 1494. - V. REBEYROL, « Une réforme à la Cour de cassation ? », JCP (G) 2015, p. 1583. - S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », D. 2015, p. 278.

générales permettant de résoudre les conflits d'intérêts, alors que notre droit est de plus en plus casuistique, parce que les juridictions extérieures à notre système, en particulier la Cour européenne des droits de l'Homme, l'y poussent. Existe-t-il aujourd'hui, en matière de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, une vision d'ensemble c'est-à-dire des solutions cohérentes et prévisibles permettant d'éviter tout effet de surprise dans le traitement desdits conflits ? En clair, est-il encore possible, dans un ensemble qui pousse à l'émiettement sous l'effet de l'individualisme, d'organiser les différentes prérogatives individuelles en droit objectif, c'est-à-dire en un système rationnel qui aide à la décision ? Il apparaît alors que la problématique du traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille, pour être appréhendée de façon satisfaisante nécessite un dépassement de la dimension purement opératoire du droit de la famille. Dégager une vision ou une cohérence d'ensemble suppose une conscience des forces créatrices et des lignes d'évolution du droit en général et du droit de la famille en particulier. Dès lors, notre réflexion même si elle procède du droit de la famille se place également au croisement des sources du droit et de la théorie des droits subjectifs.

**16. L'énoncé de la thèse.** — La thèse défendue est qu'il est possible de restaurer une vision globale en matière de traitement des conflits d'intérêts en dépit du pullulement des prérogatives individuelles et de l'instrumentalisation des droits fondamentaux. En effet, comme l'a pressenti un auteur « il est bien un moment où le paysage juridique doit se recomposer, où une hiérarchie doit se redessiner et où, par conséquent, le droit objectif reprend le dessus afin de sortir du chaos de l'éclatement du droit objectif en une myriade de droits subjectifs inconciliables »<sup>1</sup>. Dans cette veine, est défendue l'idée selon laquelle « le moment de recomposition du paysage juridique » n'arrivera que par un effort de systématisation du traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. Pour soutenir cette thèse, il ne sera pas question de réaliser un inventaire des conflits d'intérêts en droit de la famille avec l'analyse des régimes spécifiques de traitement. L'approche qui sera privilégiée est une approche globalisante qui consiste à penser les conflits d'intérêts dans leur diversité tout en intégrant leurs spécificités dans un discours d'ensemble. En d'autres termes, dans une approche globalisante, ce ne sera que pour valider des hypothèses de recherche s'inscrivant dans le cadre d'une analyse d'ensemble du sujet d'étude que seront concrètement examinés les traitements apportés par le droit à certains conflits d'intérêts en matière familiale.

**17. Le plan de l'étude.** — Dans un ensemble qui pousse à l'émiettement sous l'effet de l'individualisme, le traitement des conflits d'intérêts est devenu une aventure à

---

<sup>1</sup> P. MURAT, « L'accouchement sous X n'est pas contraire à la Convention européenne des droits de l'Homme » (note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, req. n° 42326/98, Odièvre c/ France), Dr. fam. 2003, comm. 58.

l'issue incertaine, dans la mesure où l'objectif d'adaptation des solutions aux situations individuelles empêche de prévoir de manière raisonnable le départ qui sera fait entre les intérêts en conflit. Certes, il n'y a aucune anomalie à constater que le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille recèle une part d'incertitude ; l'incertitude serait même consubstantielle au droit dans la mesure où « la vérité juridique est rarement incontestable et reste plutôt une recherche perpétuellement recommencée »<sup>1</sup>. Mais, on ne peut nier que le droit en général et le traitement des conflits d'intérêts en particulier ont besoin de cohérence, de reposer sur des certitudes pour permettre aux individus de prévoir de façon raisonnable les conséquences de leurs comportements. Cela ne signifie nullement que le droit doit garantir aux individus la possibilité de prévoir avec certitude l'issue du conflit d'intérêts ; il doit simplement permettre à ces derniers de connaître à l'avance les critères ou valeurs — issus du consensus social — qui permettront la décision judiciaire. Pour ce faire, une trop grande place ne doit pas être laissée à l'incertitude.

Or, on constate que le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts faute de proposer une vision d'ensemble, participe, en la matière, au sentiment de désordre général, d'incertitude. Mais, comme l'a si bien souligné un auteur, malgré le constat d'un désordre, « (...) l'intelligence des juristes doit tendre à apprivoiser l'incertitude et à en réduire les effets »<sup>2</sup>. Dès lors, l'objectif de notre thèse sera d'apprivoiser l'incertitude dont sont empreints les traitements juridictionnels des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

Il sera précisément question de déterminer, voire de proposer des remèdes à cette incertitude juridique. Or, pour proposer des remèdes efficaces, il est impératif de bien connaître les causes d'incertitudes des traitements juridictionnels donnés aux conflits d'intérêts puisque c'est en agissant sur elles qu'on rendra le traitement des conflits d'intérêts moins incertain. Dès lors, il apparaît nécessaire, avant toute réflexion relative aux remèdes de l'incertitude du traitement juridictionnel des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille (Partie II), de commencer par un état des lieux d'une telle incertitude juridique (Partie I).

### ***Partie I : Les causes d'une incertitude juridique***

### ***Partie II : Les remèdes à l'incertitude juridique***

---

<sup>1</sup> M. PRIEUR, « Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement », in, *Incertitude juridique, Incertitude scientifique* (Actes du Séminaire de l'Institut Fédératif Environnement et Eau. Limoges, 5 avril 2000), PULIM, 2001, p. 9 et s., spéc. p. 10.

<sup>2</sup> J. MORAND-DEVILLER, « Plaidoyer pour les docteurs angéliques », Conseil d'État, Études et documents, La Documentation française, 1996, n° 47, p. 522.

## PARTIE I : LES CAUSES D'UNE INCERTITUDE JURIDIQUE

**18. Incertitude juridique et insécurité juridique.** — Une brève incursion dans les dictionnaires de la langue française permet de comprendre que l'incertitude est le « caractère de ce qui n'est pas déterminé, connu à l'avance »<sup>1</sup> parce que demeure une indécision, une hésitation. Transposée au droit, l'incertitude juridique serait la situation dans laquelle la règle de droit manquerait de lisibilité ou serait dépourvue d'effectivité. À ce propos, précisons que la règle de droit manquerait tout d'abord de lisibilité soit parce que son contenu est difficile à discerner, soit parce que ses effets sont difficiles à prévoir. La règle de droit manquerait ensuite d'effectivité parce que son respect n'est jamais garanti à l'avance et dépend des pratiques des acteurs<sup>2</sup>.

Face à l'incertitude juridique, on propose comme antidote le principe de sécurité juridique<sup>3</sup>. Pour autant, doit-on prendre pour synonymes l'incertitude juridique et l'insécurité juridique ?

L'insécurité est le contraire de la sécurité c'est-à-dire un sentiment, bien ou mal fondé, de ne pas être exposé à un danger. Transposé au droit, on retient que la sécurité juridique est un « idéal de fiabilité d'un droit accessible et compréhensible, qui permet aux sujets de droit de prévoir raisonnablement les conséquences juridiques de leurs actes ou comportements, et qui respecte les prévisions légitimes déjà bâties par les sujets de droit dont il favorise la réalisation »<sup>4</sup>. Il y a donc insécurité juridique lorsque l'orientation des comportements ou la réalisation du droit restent incertaines<sup>5</sup>. L'orientation des comportements est incertaine lorsque le sujet de droit ne sait pas à l'avance quel comportement juridique est attendu de lui

<sup>1</sup> Voir par exemple la définition que donne le dictionnaire Larousse.

<sup>2</sup> M. PRIEUR, « Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement », *op. cit.*, pp. 13-14.

<sup>3</sup> Pour un auteur, le besoin de sécurité serait le « plus grand des desiderata de la vie juridique et sociale » (R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé*, rééd. 2001, Paris, La mémoire du droit, p. 63). Rapp. J. STUART MILL, *L'utilitarisme*, trad. P.-L. LEMONNIER, 1925, p. 105 : « Aucun homme ne peut faire la moindre chose sans la sécurité (...) ». Voir aussi, S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, 2001, p. 156, n° 64. - B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 151. - M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 178 - J.-G. HUGLO, « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, n° 11, p. 82.

<sup>4</sup> T. PIAZZON, *La sécurité juridique*, préf. L. LEVENEUR, Defrénois, 2009, p. 62, n° 48. - Rapp. de la définition du Conseil d'État dans son rapport public de 2006, p. 281 : « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ». URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000245.pdf>

<sup>5</sup> Voir, D. SOULAS DE RUSSEL, P. RAIMBAULT, « Nature et racine du principe de sécurité juridique : une mise au point », RIDC 2003, p. 96-97.

parce que la règle de droit fait défaut, ou est difficilement accessible. La réalisation du droit est également incertaine lorsque l'effectivité des normes juridiques n'est pas garantie.

À l'aune de ces définitions, on a du mal à départir l'insécurité juridique de l'incertitude juridique tant dans les deux situations, il est question de difficultés à déterminer à l'avance la règle applicable, la solution à arrêter ainsi que sa portée. Mais sur un plan sémantique, il est tout de même possible de proposer un critère de différenciation entre ces deux notions. Si l'insécurité est un sentiment qu'éprouve le sujet de droit, ce sentiment n'est en réalité que la conséquence de l'incertitude d'un environnement. L'insécurité juridique serait donc la conséquence d'un environnement juridique incertain. Mais à l'inverse, un environnement juridique incertain n'entraîne pas systématiquement une insécurité juridique. En effet, l'incertitude parce qu'elle est consubstantielle au droit peut être maîtrisée, organisée et rendue acceptable sans que le sujet de droit n'éprouve un sentiment d'insécurité. Par exemple, si pour des besoins d'adaptation de la règle de droit aux situations individuelles le législateur introduit au cœur de la règle une notion imprécise qui obéit pour sa concrétisation à des critères bien établis, le sujet de droit ne pourra légitimement se plaindre dans une telle situation d'une insécurité juridique en dépit de l'incertitude affectant le contenu de la règle. On en déduit donc que l'insécurité juridique est la conséquence d'une incertitude jugée déraisonnable.

En fin de compte, il convient de retenir que le traitement des conflits d'intérêts est incertain, d'une part, lorsque le sens de l'arbitrage entre les intérêts est difficilement prévisible, et, d'autre part, lorsque la stabilité de l'arbitrage retenu n'est pas garantie. Et, cette incertitude lorsqu'elle est trop pesante engendre un sentiment d'insécurité juridique. Dès lors, l'insécurité juridique serait le sentiment suivant lequel la détermination des rapports juridiques ne repose sur aucune logique juridique, car abandonnée aux caprices de l'autorité décisionnaire.

**19. L'intérêt de la distinction.** — S'évertuer à faire un départ entre l'incertitude juridique et l'insécurité juridique ne relève pas simplement de la finasserie juridique. La distinction permet surtout, dans notre étude, de réunir sous la bannière d'incertitude juridique les points d'insatisfaction du traitement des conflits d'intérêts sans préjuger d'un sentiment d'insécurité qui pourrait en découler. En effet, comme nous l'avons suggéré, l'incertitude juridique ne dégénère pas systématiquement en insécurité juridique. Dès lors, le but des développements de la présente partie sera précisément, en partant des foyers d'incertitude dans le traitement des conflits d'intérêts, de déterminer si cette incertitude est facteur d'insécurité juridique ou si au contraire, elle est suffisamment encadrée pour ne pas engendrer un sentiment d'insécurité juridique.

**20. L'articulation de la réflexion.** — Pour atteindre le but assigné à cette première partie, il convient d'identifier les sources d'incertitude dans le traitement des conflits

d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. À ce propos, soulignons qu'on discerne, en matière de traitement des conflits d'intérêts, principalement deux foyers d'incertitude ; d'une part, la perturbation de la méthode de traitement des conflits d'intérêts (Titre I), et, d'autre part, la perturbation du résultat issu du traitement des conflits d'intérêts (Titre II).

## TITRE I : LA PERTURBATION DE LA MÉTHODE DE TRAITEMENT

### 21. Explications liminaires relatives à la méthode d'analyse choisie. —

L'objectif du présent titre consiste à démontrer qu'il est devenu complexe, en raison de la perturbation de la méthode de traitement, de prévoir l'issue d'un conflit d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. En effet, parce qu'un consensus social n'est plus systématiquement opéré — *a priori* — entre les différents intérêts familiaux, c'est à travers l'action en justice que les individus sont de plus en plus renseignés — *a posteriori* donc — sur le poids que le droit entend accorder à leurs intérêts. Une telle situation est source d'incertitude parce qu'elle empêche une vue d'ensemble sur un traitement des conflits d'intérêts qui confine de plus en plus à la casuistique. Pour s'en rendre compte, deux voies d'analyse étaient empruntables. La première voie suppose de partir de la solution apportée à différents conflits d'intérêts en droit de la famille pour démontrer qu'à situations analogues, des réponses différentes étaient apportées par le juge. Une telle voie nécessite un travail colossal, si on veut établir un constat valable pour l'ensemble des conflits d'intérêts en la matière. En sus, cette méthode présente peu d'intérêts d'un point de vue scientifique, puisqu'elle se contente de faire un constat, sans jamais proposer d'explications au phénomène constaté.

La seconde voie consiste à cibler directement dans le droit de la famille lui-même, la présence de phénomènes qui dérèglent sa capacité opératoire et *in fine* participent au manque de lisibilité des réponses apportées aux conflits d'intérêts. Cette méthode présente l'avantage de resituer les conflits d'intérêts au cœur de la régulation des rapports familiaux puisqu'elle entend, en plus de la démonstration d'un manque de lisibilité du traitement des conflits d'intérêts, apporter des explications au phénomène constaté. Dans le cadre des présents développements, c'est cette seconde voie qui sera privilégiée.

### 22. La méthode traditionnelle de traitement des conflits en droit de la famille. —

La logique juridique des systèmes romano-germaniques dont est issu notre droit est ancrée dans la construction d'un discours cohérent qui par le truchement de règles générales, permet aux justiciables de situer en amont leur comportement au regard des valeurs fondamentales de la société. Pour ce faire, la loi doit produire du sens et dégager des règles claires de décision permettant de trancher les conflits. Et ces règles claires de décision, qui permettent au droit de jouer sa fonction opératoire, ne sont obtenues que si le droit assure aussi une fonction symbolique.

En matière familiale plus particulièrement, la fonction symbolique<sup>1</sup> nécessite une régulation en amont des rapports familiaux par le jeu de prescriptions et d'interdictions. Le droit fixe « les cadres généraux au phénomène familial en proposant plus ou moins explicitement un ou des modèles qui permettent de s'accorder sur notre volonté de vivre ensemble et le sens de nos gestes »<sup>2</sup>.

Le législateur par le biais de la norme exprime sa conception des rapports familiaux et affiche de manière claire les valeurs qu'il entend protéger. Il détermine pour ainsi dire « ce qui doit être » et partant réalise, selon un auteur, « un formidable effort de structuration sociale »<sup>3</sup> en permettant à chacun d'adopter à l'égard des autres les comportements jugés conformes au regard de la norme.

Cette fonction symbolique du droit permet de placer certaines valeurs sociétales au-dessus des intérêts individuels. Le droit impose ainsi un modèle de comportement à travers des valeurs ou principes qui permettent d'asseoir toute la matière familiale sur des fondations stables.

Ensuite, à travers ce système de valeur qui découle du rôle symbolique du droit, il faut être à même de rendre à chacun ce qui lui est dû, lorsque surviennent des difficultés concrètes posées par la vie en société ; on touche dès lors à la fonction opératoire du droit qui permet de trancher les conflits à l'aide de critères clairs de décision. Par exemple, parce que le législateur ne peut se bercer d'illusions iréniques en ce qui concerne les relations familiales<sup>4</sup>, il doit dégager des règles de conflit qui permettent en toute sécurité de se projeter dans l'avenir.

Il apparaît alors que ces deux fonctions touchent de très près la régulation des conflits d'intérêts. Elles assurent tant leur traitement que la cohérence des arbitrages ainsi réalisés. En effet, le traitement des conflits d'intérêts ne peut, sans manquer de cohérence, se dérouler sur un arrière-fond dogmatique, c'est-à-dire en référence à une échelle de valeurs, à un modèle idéologique<sup>5</sup> permettant de jauger les intérêts en conflit ; il en va de la légitimité de l'arbitrage ainsi réalisé. Ces deux fonctions sont pour ainsi dire intimement liées ; elles se complètent. En

---

<sup>1</sup> Sur la force symbolique du droit en général, voir, P. NOREAU, « De la force symbolique du droit », in, C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant 2009, p. 137 et s.

Bien que présentant la question de la force symbolique du droit comme « un point aveugle de l'univers juridique » (p. 137), l'auteur souligne qu'à travers sa fonction symbolique le droit exprime un devoir être collectif par le biais de grands principes moraux nécessaires à la vie en société (p. 141).

Sur les fonctions symbolique et opératoire en matière familiale en particulier, voir par exemple, P. MURAT, « Introduction », in, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz 2010, p. 10.

<sup>2</sup> P. MURAT, « Introduction », in, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz 2010, p. 10.

<sup>3</sup> P. MURAT, « Introduction », *op. cit.*, p. 10.

<sup>4</sup> D'ailleurs le doyen CARBONNIER faisait remarquer à juste titre que la famille est « un lieu de tensions, voire un nœud de vipères ». J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois 1979, p. 177.

<sup>5</sup> Nous entendons par là un condensé de valeurs et d'héritage historique ayant pour fonction essentielle d'orienter les comportements et d'affirmer le sentiment d'appartenance au groupe. D'ailleurs, le professeur HAUSER a justement fait remarquer à propos du droit de la famille que « la matière a ceci de particulier qu'elle ne peut se passer d'un souffle idéologique parce que la famille n'est pas le commerce ou l'entreprise et qu'elle traduit la façon de fabriquer les futurs citoyens ». Voir, J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », in, *Mélanges JEAN-CLAUDE GAUTRON*, A. Pedone, 2004, p. 116.

effet, c'est grâce à la fonction symbolique que la fonction opératoire peut mener à des arbitrages cohérents, prévisibles et dénués de tout arbitraire. En clair, par méthode traditionnelle de traitement des conflits d'intérêts, on vise une méthode de traitement reposant sur des critères clairs d'arbitrage définis en amont par le législateur et qui permettent avant même la réponse juridictionnelle de renseigner l'individu sur la valeur que le droit accorde à ses intérêts. Et, le juge n'aura plus qu'à appliquer ces critères clairs d'arbitrage pour trancher dans la situation d'espèce le conflit d'intérêts.

**23. La perturbation de la méthode traditionnelle de traitement des conflits en droit de la famille.** — Il semblerait que le droit contemporain de la famille soit en proie à un essoufflement idéologique, une crise des valeurs, à tel point qu'un auteur a pu affirmer que le droit de la famille donne une impression de désordre, un sentiment de voyage sans destination, puisque « le législateur, pas plus que la jurisprudence, ne sait où il veut aller (...) ». C'est la notion même de modèle, avec ce qu'elle comporte de normatif, qui est en crise<sup>1</sup>. Partant, la seule certitude qu'on ait aujourd'hui, en la matière, est celle d'un effacement de l'institution familiale au profit de l'individu<sup>2</sup>. Or, cette « exaltation obsessionnelle pour les droits subjectifs »<sup>3</sup> en matière familiale entraîne fatalement des situations de conflit entre revendications individuelles qu'il faudra bien trancher. Par exemple, en matière d'accouchement sous X, les intérêts de la mère peuvent s'opposer à l'intérêt de l'enfant et aux intérêts du père biologique. Comment trancher de tels conflits lorsque le droit de la famille, d'une part, peine à orienter les comportements individuels et, d'autre part, renonce à fixer un cadre au phénomène familial ?

Pour répondre à cette interrogation, il est impératif de partir du constat suivant : en raison de l'érosion de la force symbolique du droit de la famille, la méthode de traitement de ces conflits ne peut plus reposer, comme jadis, sur une hiérarchie entre intérêts familiaux arrêtée en amont par le législateur. De ce constat, il convient de relever qu'à défaut de pouvoir faire reposer le traitement des conflits d'intérêts sur un arrière-fond dogmatique, un tel traitement ne pourra s'effectuer qu'à travers une approche pragmatique qui ferait nécessairement sombrer dans une casuistique fatale à toute idée de prévisibilité. En effet, le juriste n'en finirait plus de peser, de limiter les intérêts antagonistes en fonction de la particularité de chaque espèce. Dépendant de considérations très subjectives et personnelles, les solutions apportées aux conflits d'intérêts risquent d'être teintées d'arbitraire<sup>4</sup>.

À partir de ces observations, on propose de démontrer dans le présent titre que le rejet des arbitrages législatifs fondés sur la hiérarchie des valeurs familiales (Chapitre I) couplée à

<sup>1</sup> F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », *in*, Mélanges CHRISTIAN MOULY, Litec 1998, p. 298.

<sup>2</sup> D. FENOUILLET, « Le droit civil de la famille hors le Code civil », LPA 2005, n° 188, p. 3 et s. spéc. n° 43 et s.

<sup>3</sup> G. CORNU, « Regard d'un civiliste », *in*, Mélanges Pierre CATALA, Litec, 2001, p. 21 et s.

<sup>4</sup> D. FENOUILLET, « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *op. cit.*, n° 50.

l'expansion des arbitrages juridictionnels fondés sur l'équité familiale (Chapitre II), constituent dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, l'expression d'une perturbation méthodologique néfaste à la prévisibilité des arbitrages entre intérêts conflictuels.

## CHAPITRE I. LA CONTESTATION DES ARBITRAGES LÉGISLATIFS

« Lorsque surgissent des conflits d'intérêts, il faut bien trancher, établir une hiérarchie entre les intérêts en jeu. Or, la décision ne sera acceptable que si elle est rendue au nom de principes supérieurs, de valeurs connues, affichées par le législateur. Ainsi, les justiciables sauront, à l'avance, si leur comportement est conforme ou contraire à la norme. La sécurité juridique l'impose »<sup>1</sup>.

**24. Les valeurs comme moyen de hiérarchisation des intérêts.** — Il est permis de considérer que les valeurs sont des repères destinés à orienter les actions des individus dans un sens conforme aux idéaux collectifs que se fixe une société<sup>2</sup>. Dès lors, du moment que la norme familiale produit un discours cohérent, c'est-à-dire que le droit exerce sa fonction symbolique, l'une des manières simples de trancher un conflit consiste à situer les intérêts antagonistes par rapport à un système de valeurs<sup>3</sup> ; on entend par là, un ensemble de valeurs, de besoins que le législateur juge important de préserver à une époque donnée<sup>4</sup>. En effet, parce que les valeurs dessinent une image de référence, un modèle à suivre porté par une société, elles permettent de hiérarchiser *a priori* divers intérêts<sup>5</sup> et donnent une forte

<sup>1</sup> P. COURBE, A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, Sirey, 2013, p. 15-16, n° 43.

Dans le même ordre d'idées, Paul ROUBIER retenait à juste titre que trancher les conflits, c'est établir « une proportion entre les intérêts en conflit (...). Sur quelles bases s'établira le jeu des différents intérêts ? Cela ne peut être déterminé qu'en tenant compte de toutes les fins poursuivies » P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2005 (rééd.), p. 227.

<sup>2</sup> Les valeurs sont des « idéaux collectifs d'une société, représentant ce qui est de l'ordre du désirable et qui influencent les actions des individus » Y. ALPE (dir.), *Lexique de sociologie*, Dalloz 2010, V° Valeurs.

Abondant dans le même sens, d'autres auteurs notent que « les valeurs ne sont rien de plus que des préférences collectives qui apparaissent dans un contexte institutionnel, et qui par la manière dont elles se forment, contribuent à la régulation de ce contexte » (R. BOUDON, F. BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, PUF 1994, V° Valeurs, spéc. p. 664). Les valeurs exercent donc une fonction normative puisqu'elles prescrivent une orientation générale des conduites (Sur le lien entre valeurs et normes, voir, P. MORCHAIN, *La psychologie sociale des valeurs*, Dunod, 2009, p. 14 et s.).

<sup>3</sup> Un auteur faisait remarquer à juste titre que « les institutions ne sont pas seulement de l'ordre des phénomènes : elles incorporent en même temps des valeurs ». J. STOETZEL, « Les changements dans les fonctions familiales », in, R. PRIGENT (dir.), *Renouveau des idées sur la famille*, Travaux et documents, Cahier n° 8, PUF 1954, p. 343.

<sup>4</sup> En ce sens, un auteur soulignait à juste titre que « le droit (...) est imprégné par des valeurs sociales qui, à un moment donné, prédominent effectivement en société ». V. PETEV, « Temps et transmutation des valeurs en droit », in, F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), *Temps et Droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruylant 1998, p. 179.

<sup>5</sup> Paul ROUBIER voyait aussi dans l'identification des valeurs ou « fins supérieures de l'ordre social » le moyen de hiérarchisation des intérêts. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, Dalloz 2005 (rééd.), spéc. n° 25. Voir aussi, H.A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Éléments d'une introduction à la philosophie du droit*, LGDJ, 1976, spéc. pp. 9 ; 11 ; 21 ; 26.

indication quant à l'issue de la mise en branle du système opératoire. La méthode ainsi usitée est celle d'une hiérarchisation des intérêts autour des valeurs qui soutiennent l'institution familiale. Or, il est courant de constater que la société contemporaine semble traverser une crise de valeurs à laquelle l'institution familiale n'échappe pas ; les valeurs familiales sont remises en cause et la séparation entre le licite et l'illicite est plus que jamais vaporeuse.

En l'absence de valeurs clairement déterminées qui dessineraient en creux un modèle de référence, il est donc difficile, voire impossible de hiérarchiser *a priori* les intérêts familiaux. La politique législative<sup>1</sup> menée en matière familiale en est une parfaite illustration. Elle ne semble plus inspirée par des valeurs stables, clairement exprimées et considérées comme supérieures<sup>2</sup> aux aspirations individuelles ; cela s'explique par le fait que le législateur contemporain « renonce à l'idée de figer *a priori*, une hiérarchie entre des intérêts ou des questions, opération qui suppose nécessairement d'en sacrifier certains »<sup>3</sup>.

**25. Hiérarchisation des intérêts et crise des valeurs.** — Le souci de neutralité semble donc être la préoccupation première du législateur contemporain<sup>4</sup> qui veut tenir compte en même temps de tous les aspects d'un problème à tel point que notre droit de la famille semble marqué par le sceau de l'irrationnel<sup>5</sup>. En matière d'accouchement sous X par exemple, comment peut-on à la fois préserver l'anonymat de la mère, le droit à la connaissance des origines pour l'enfant, et le droit à être parent pour le père ? Aussi, en matière d'aide médicale à la procréation, comment peut-on à la fois préserver l'anonymat des donneurs et le droit à la connaissance des origines pour l'enfant ? Ou encore, comment peut-on à la fois préserver les droits de l'enfant et cautionner les dérives vers un droit à l'enfant<sup>6</sup> ? Bref, il devient difficile de déterminer le ou les intérêts auxquels on devrait donner la primauté puisqu'en partant du présumé selon lequel tous les intérêts sont *a priori*

<sup>1</sup> Politique familiale, politique de la famille ou encore politique législative ; par ces locutions est particulièrement visée l'action des lois orientées en matière familiale vers la satisfaction d'un but social, économique, etc., fixés par les gouvernants. Pour une définition de la politique de la famille, voir, J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, Flammarion, 1996, p. 199 et s.

<sup>2</sup> P. MALAURIE, *Notre droit est-il inspiré ?*, Deffrénois 2002, art. 37545, p. 638 et s.

<sup>3</sup> P. MURAT, « Individualisme, libéralisme, légistique », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 239

<sup>4</sup> L'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme n'y est pas étrangère. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme par sa démarche pragmatique semble faire passer le message suivant lequel, les arbitrages dogmatiques entre intérêts divergents fixés *a priori* par la norme ne constituent pas la meilleure garantie de l'effectivité des droits fondamentaux (voir par exemple, CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19535/08, spéc. §-64 ; JCP (G) 2011, act. 797, obs. L. MILANO. - CEDH, gr. ch., 8 juill. 2003, *Sahin c. Allemagne*, n° 30943/96, spéc. §-87. - CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74, spéc. §-58 ; GACEDH, 2011, n° 51 ; JDI 1982, p. 183, note P. ROLLAND).

<sup>5</sup> Voir, F. TERRÉ, « La crise de la loi », APD 1980, t. 25, p. 17 et s., spéc. p. 23.

<sup>6</sup> Voir par exemple, F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Réflexions à verser au dossier du droit à l'enfant », Rev. Lamy Droit civil 2010, n° 76, p. 65 et s. - J. POUSSON-PETIT, « Chronique de droit belge : le droit de l'enfance ou le droit à l'enfant », Dr. famille 2010, n° 7, p. 20 et s. - C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, 1<sup>re</sup> partie », Dr. Famille 2003, chron. 15 spéc. n° 21 et s.

éminemment respectables, le législateur renonce à faire un choix en amont entre eux et affirme en quelque sorte leur équivalence<sup>1</sup>.

En adoptant une telle démarche, le législateur renvoie aux juges le soin d'arbitrer entre les intérêts en fonction des particularités de chaque espèce. Spectaculaire renversement idéologique auquel nous assistons ! Il fut une époque pas si lointaine, le législateur avait intégré une vérité profonde — ou du moins il en était convaincu — selon laquelle il lui incombait de hiérarchiser par le biais de la norme juridique, les valeurs tant individuelles que collectives<sup>2</sup>, de façon à assurer un ordre symbolique dans la société et donc éviter le désordre qui pourrait découler d'un affrontement non encadré des intérêts. La potentialité des conflits d'intérêts était alors intégrée à l'art législatif de manière à limiter leur réalité. Aujourd'hui, le législateur n'est plus convaincu par l'éminence d'une telle mission qui justifiait la nécessité de « sacrifier le bonheur de l'individu à la prévention d'un danger possible, voire probable, mais non pas certain, pour la société »<sup>3</sup>. Pour preuve, il se dote de plus en plus d'une législation sceptique<sup>4</sup>, expression d'une perte des repères traditionnels en droit de la famille.

Un tel bouleversement s'explique par la réception en droit de la famille des valeurs de liberté et d'égalité. En effet, en érigeant la liberté et l'égalité en valeurs fondamentales, il devient difficile de légitimer une hiérarchie posée *a priori* entre les intérêts familiaux. D'ailleurs, il faut reconnaître que la valeur d'égalité est intrinsèquement incompatible avec l'idée de hiérarchisation *a priori* des intérêts familiaux, et que celle de liberté rend de moins en moins acceptable l'idée d'une régulation contraignante des rapports familiaux.

Dès lors, le droit de la famille n'assure plus sa fonction symbolique puisqu'au modèle de référence imposé par le législateur, succède une pluralité de modèles familiaux dans lesquels la place de chacun se retrouve déterminée *a posteriori* en fonction des particularités de chaque espèce. Cette impossibilité à se référer à une hiérarchie des valeurs familiales, pour situer, dans l'hypothèse d'un conflit, les intérêts antagonistes, a pour conséquence la déconstruction d'une méthode traditionnelle de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

Le présent chapitre se propose d'analyser ce bouleversement méthodologique, auquel on a assisté en droit de la famille, par le prisme de ses causes. Il conviendra donc d'expliquer

---

<sup>1</sup> Un auteur relève à juste titre que cette équivalence des intérêts ou des modèles de vie en famille affichée, loin de traduire systématiquement l'expression d'une conviction législative, constitue souvent un moyen commode pour le législateur de surmonter l'incertitude qui l'anime lorsqu'il est question d'opérer des choix en législation. D. FENOUILLET, « Le droit civil de la famille hors le Code civil », *op. cit.*, n° 34.

<sup>2</sup> Voir par exemple l'ancien article 340 du Code civil qui dans sa version originelle interdisait l'action en recherche de paternité au bénéfice des enfants naturels. L'arbitrage réalisé était très clair. Il était question de protéger la famille « légitime » contre les divers intérêts des enfants naturels.

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit du mariage », in, *Études offertes à G. RIPERT, Le droit privé français au milieu du XXe siècle*, t. 1, LGDJ, 1950, p. 335.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, *op. cit.*, p. 175. - J. CARBONNIER, *Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux*, *Mc Gill Law Journal* 1968, vol. 14, n° 4, p. 590 et s., spéc. pp. 594-597. - G. CORNU, *L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil*, Paris, Les Cours de droit, 1970-1971, p. 124 et s.

pourquoi notre droit contemporain de la famille n'est plus porteur de sens et n'arrive plus à imposer en amont un ensemble de valeurs qui dessinerait en creux un modèle de référence qui serait ô combien utile dans le traitement des conflits d'intérêts. À ce propos, on a pu évoquer la réception des valeurs d'égalité et de liberté en droit de la famille. Mais, pour apporter une réponse complète, il faudrait retenir que ce sont les phénomènes de rejet, à la fois des valeurs traditionnelles du droit de la famille (Section I), et aussi du caractère contraignant des choix législatifs en matière familiale (Section II) qui expliquent cette déconstruction d'une méthode traditionnelle de traitement des conflits fondée sur une hiérarchie des valeurs familiales.

## **SECTION I : LE REJET DES VALEURS TRADITIONNELLES DU DROIT DE LA FAMILLE**

**26.** Jusqu'au début des années soixante, le droit de la famille avait reposé sur un ensemble de valeurs fortes et non contestées. Certains intérêts se trouvaient *a priori* éliminés en raison de leur incompatibilité avec les finalités de l'institution familiale. À la fin des années soixante en revanche, c'est bien à un mouvement de remise en cause des valeurs familiales auquel on assista dans les sociétés occidentales<sup>1</sup>. La révolution des mœurs avait fait souffler un vent d'individualisme sur la société et érigé l'individu en valeur suprême<sup>2</sup> entraînant au passage un rejet par ce dernier des vérités ou valeurs venues d'en haut. Dès lors, on assista à un mouvement de contestation des valeurs traditionnelles, parce que certaines avaient perdu aux yeux du corps social toute légitimité. Pour rendre compte d'un tel phénomène (§-2), il convient de réaliser un travail préalable d'identification des valeurs traditionnellement considérées comme fondatrices de l'institution familiale (§-1).

### **§-1 : L'IDENTIFICATION DES VALEURS TRADITIONNELLES**

**27. La structuration des rapports familiaux autour de certaines valeurs.** — La règle juridique façonne des modèles et pose nécessairement des interdits. Ces interdits et modèles ne sont pas le produit purement arbitraire d'une volonté du législateur, qui au gré de ses envies déciderait n'importe quoi. Ces interdits et modèles reposent sur des valeurs qui

<sup>1</sup> C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, 1<sup>re</sup> partie », Dr. Famille 2003, chron. 15.

<sup>2</sup> P. MARCHAL, « L'individu, devenu valeur suprême ? », R.T.D.F 2008, n° 3, p. 673. Sur l'individualisme et ses dangers, voir, P. ROUBIER, *Théorie générale du droit, op. cit.*, n° 26.

impriment à la règle un certain but à atteindre, une certaine finalité<sup>1</sup>. Ces valeurs à leur tour sont inspirées par des considérations purement techniques ou éthiques.

Si un tel constat est tenu pour vrai en ce qui concerne le droit en général, il doit l'être encore plus en droit de la famille présenté comme un droit internormatif se situant au carrefour de la religion, de la morale et des mœurs<sup>2</sup>. Ainsi, des valeurs stables ont toujours structuré les rapports familiaux.

Au titre de ces valeurs stables, incontestées et tenues pour obligatoires au siècle dernier, on pourrait mentionner le respect et l'obéissance à une autorité, la monogamie et le devoir de fidélité sexuelle, la solidarité, l'exogamie<sup>3</sup>. On pourrait également rajouter, en raison de son importance à l'époque pour la reproduction du corps social, l'altérité sexuelle considérée comme une valeur évidente par le législateur qui n'avait alors pas cru nécessaire de le rappeler explicitement. En revanche, l'affection était considérée comme une valeur non obligatoire, une valeur en option<sup>4</sup> ; il appartenait aux membres de la famille de développer librement des sentiments d'attachement, d'affection et d'amour. Le plus important aux yeux du législateur était de les obliger à assumer un certain nombre de devoirs les uns à l'égard des autres.

Ces valeurs autour desquelles le législateur avait dessiné l'institution familiale étant généralement bien connues<sup>5</sup>, il sera question, dans les lignes à venir de se contenter, à leur propos, de brefs rappels.

**28. Le respect et l'obéissance comme valeurs.** — Le respect et l'obéissance constituent des valeurs relationnelles sans lesquelles l'objectif de cohésion du groupe resterait lettre morte<sup>6</sup>. C'est pourquoi le législateur a assigné à certaines normes le but de promouvoir

<sup>1</sup> Sur ce point, voir les éclairants développements de P. ROUBIER (P. ROUBIER, *Théorie générale du droit*, op. cit., n° 36). Pour l'auteur, le droit repose sur une philosophie de valeurs et la règle n'est que le moyen d'atteindre ces valeurs.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil : La famille, l'enfant, le couple*, t. 2, PUF 2002, p. 23. - C. COLOMBET, *La famille*, PUF 1999, p. 16 et s. - H. BATIFFOL, *Existence et spécificité du droit de la famille*, APD, t. 20, 1975, p. 7 et s. Pour une vision synthétique de l'influence de la morale et des mœurs en droit de la famille, voir, J. FLOUR, *Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil*, Coll. Les cours de droit, Paris 1964, p. 72 et s.

<sup>3</sup> À propos des valeurs traditionnelles ayant soutenu l'institution familiale, voir, D. PICARD, E. MARC, *Les conflits relationnels*, PUF, 2012, p. 91. - J. STOETZEL, « Les changements dans les fonctions familiales », in, R. PRIGENT (dir.), *Renouveau des idées sur la famille*, op. cit., pp. 344-345.

<sup>4</sup> Voir par exemple un arrêt original qui a refusé de prononcer un divorce pour manque d'amour ou défaut de sentiments de l'épouse au jour du mariage (Civ. 2<sup>e</sup>, 2 févr. 1972, Dallier c. Dame Dallier, spéc. 1<sup>er</sup> moyen, D. 1972, p. 295. Rappr. CA Saint-Denis de la Réunion, 8 juill. 2015, n° 15/515, JurisData n° 2015-020779.). Sur le rôle de l'affection en droit de la famille, Voir, A. POUSSON, J. POUSSON-PETIT, *L'affection et le droit*, éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990.

<sup>5</sup> Pour une analyse plus poussée des valeurs dans la famille, voir, J. STOETZEL, *Les valeurs du temps présent : une enquête européenne*, PUF, 1983, p. 121 et s.

<sup>6</sup> Un auteur faisait même de l'obligation de respect, la première des obligations d'ordre personnel entre époux. Voir, V. DEPADT-SEBAG, « L'obligation de respect dans l'article 212 du Code civil », RJPF 2014, n° 1, p. 9 et s.

et de protéger ces valeurs qu'on retrouve converties en devoirs légaux aussi bien dans les relations horizontales que verticales<sup>1</sup>.

Dans les relations horizontales, d'une part, il convient de souligner que l'article 213 du Code civil avant d'être modifié par la loi du 4 juin 1970, imposait à la femme, en raison de son incapacité à protéger ses propres intérêts, un devoir d'obéissance à l'égard de son mari qui, en échange, assurait sa protection. Ce devoir d'obéissance permettait en quelque sorte de réduire les situations de conflits d'intérêts grâce à la magistrature familiale<sup>2</sup> exercée par le père de famille dont l'autorité était reconnue et incontestée. Il s'agissait d'une obligation ancienne qui emportait également pour son débiteur, un devoir implicite de respect envers la personne détentrice de l'autorité.

Ce devoir de respect entre époux a toujours été sanctionné à titre autonome par la jurisprudence qui en faisait un devoir innomé du mariage<sup>3</sup>. Aujourd'hui, cette valeur de respect entre époux, considérée comme indispensable à une vie de couple harmonieuse, a fait une entrée symbolique à l'article 212 du Code civil<sup>4</sup> et est devenue du fait de cette intervention législative, un devoir nommé.

Dans les relations verticales, d'autre part, la notion de respect envers ses auteurs est également très présente. Son importance est rappelée à l'article 371 qui dispose que « l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère » ; si la majorité libère l'enfant de l'autorité de ses parents, il n'en demeure pas moins débiteur d'une obligation d'honneur et de respect à leur égard. D'ailleurs, jusqu'au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'enfant devenu majeur devait essayer d'obtenir l'agrément de ses parents à son projet de mariage<sup>5</sup>. Il s'agit bien là d'une traduction de son devoir de respect et d'honneur<sup>6</sup>.

Il apparaît alors que les valeurs de respect et d'obéissance ont principalement pour mission de préserver l'unité du ménage.

---

<sup>1</sup> Il est devenu courant, de nos jours, de nommer par relation horizontale les rapports au sein du couple et par relation verticale les rapports entre parents et enfants. Certes, de tels qualificatifs affublés aux relations au sein de la famille demeurent contestables si on se réfère à l'époque étudiée. En effet, au siècle dernier, la structure familiale étant fortement hiérarchisée avec à sa tête le père de famille, il serait donc curieux d'envisager une horizontalité des rapports à cette époque. Mais par souci de commodité nous gardons de tels qualificatifs en prenant soin de lever toute ambiguïté quant au sens que nous leur donnons.

<sup>2</sup> À propos de la magistrature familiale, voir, C. POMART, *La magistrature familiale*, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'Harmattan, 2003. - V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010.

<sup>3</sup> Voir par exemple, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juin 1999, n° 97-14812.

<sup>4</sup> Article modifié par la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

<sup>5</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, op. cit., p. 120. - J.-P. LÉVY, A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2010, pp. 109-112

<sup>6</sup> Notons que cette obligation pour l'enfant de solliciter l'autorisation des parents pour son mariage demeure pour le mineur et est exprimée à l'article 148 du Code civil.

**29. La monogamie et le devoir de fidélité sexuelle comme valeurs.** — La monogamie et la fidélité constituent des valeurs siamoises qui, contrairement aux précédentes, sont chargées positivement et négativement.

Négativement, d'une part, elles se présentent comme un devoir de ne pas entretenir des relations sexuelles avec des tiers alors qu'on est engagé dans des liens matrimoniaux ; il s'agit avant tout d'une règle morale<sup>1</sup> liée à une certaine conception des mœurs sexuelles dans un groupe social considéré<sup>2</sup>.

En effet, le mariage est « une promesse : non d'aimer, mais de garder la foi donnée »<sup>3</sup>. C'est un engagement d'exclusivité charnelle et morale<sup>4</sup> que rappelle le législateur aux futurs époux à l'article 212<sup>5</sup> du Code civil et auquel les rédacteurs de 1804 restaient très attachés puisqu'ils ne concevaient pas l'institution familiale dénuée d'une telle valeur<sup>6</sup>. La fidélité des couples mariés était alors considérée comme une valeur familiale fondamentale<sup>7</sup>. D'ailleurs, le doyen CARBONNIER n'affirmait-il pas que « la profondeur de notre civilisation c'est le mariage monogamique (...) »<sup>8</sup> ?

Positivement, d'autre part, les valeurs de monogamie et de fidélité conjugale imposent aux époux l'accomplissement d'un devoir conjugal<sup>9</sup>, sorte de lot de consolation à l'engagement de fidélité sexuelle perpétuellement jurée. Le refus de se soumettre à un tel devoir étant principalement conçu comme un fait féminin<sup>10</sup>, il était reconnu au mari la possibilité de contraindre sa femme à son exécution<sup>11</sup>.

<sup>1</sup> Avant d'être juridiques, ces valeurs étaient avant tout des préceptes moraux exprimés par la religion judéo-chrétienne. Voir par exemple, Exode 20 : 17, Lévitique 18 : 20, Deutéronome 22 : 22, Matthieu 5 : 28.

<sup>2</sup> Sur la relativité de cette obligation dans l'espace parce qu'elle procède de la morale, voir, M. DIAKHATÉ-FAYE, « L'obligation de fidélité », *Revue de droit des pays d'Afrique* 1994, n° 815, p. 162 et s.

<sup>3</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, op. cit., p. 586. - J. CARBONNIER, *Droit civil : La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 471.

<sup>4</sup> Sur l'infidélité morale ou sentimentale, voir, J. CARBONNIER, *Droit civil : La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., pp. 473 ; 477. L'auteur soulève l'existence possible d'une autre forme d'infidélité qu'il appelle l'infidélité artificielle et se demande si on pouvait réellement dans ces cas parler d'infidélité, faute de conjonction des sexes. Voir aussi, Req. 28 mars 1938, S. 1938, 1, 179.

<sup>5</sup> Rappelons également que la bigamie constitue un délit pénal (art. 433-20 du Code pénal) et que l'article 147 du Code civil en fait un empêchement à mariage.

<sup>6</sup> L'infidélité était une cause péremptoire de divorce et l'adultère un délit. C'est la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce qui dépénalisa l'adultère.

<sup>7</sup> À propos des valeurs fondamentales, voir, A. ADAM, « Sur les valeurs juridiques fondamentales », in, *Mélanges Slobodan MILACIC*, Bruylant 2008, p. 25 et s.

<sup>8</sup> J. CARBONNIER, « Terre et ciel dans le droit français du mariage », in, *Mélanges Georges. RIPERT*, op. cit., p. 340.

<sup>9</sup> Pour une étude approfondie de la face positive de ces valeurs, voir, C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La sexualité dans le droit civil contemporain », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 23, 1985, p. 7 et s. - J.-M. BRUGUIÈRE, *Le devoir conjugal, Philosophie du Code et morale du juge*, D. 2000, chr., p. 10 et s.

<sup>10</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Imprécisions de recherche sur les fautes causes de divorce », D. 1985, chr., p. 221.

<sup>11</sup> Soulignons que la position contraire de la Cour européenne des droits de l'Homme qui, par une référence à la « notion civilisée du mariage » avait condamné les relations sexuelles imposées entre époux (CEDH, S. W. c/ Royaume-Uni, 22 nov. 1995, RTD Civ. 1996, p. 512, spéc. n° 4, obs. J.-P. Marguénaud) avait amené le législateur français à revoir sa propre position en admettant la notion de viol entre époux à la suite d'un toilettage de l'article 222-23 du Code pénal qui définit désormais le viol, abstraction faite du lien qui unit l'auteur de l'infraction à la victime. La définition du viol s'est donc polarisée autour de l'absence de consentement.

**30. La solidarité comme valeur.** — La famille conçue comme un groupe uni et poursuivant une certaine finalité, la solidarité comme valeur avait pour mission de cimenter les liens unissant les membres du groupe. On retrouve principalement cette valeur exprimée à travers le devoir d'entretien, d'assistance et de secours<sup>1</sup>.

Dans les relations horizontales, d'une part, l'article 212 du Code civil mentionne expressément un devoir de secours et d'assistance.

Le devoir de secours renvoie à une assistance matérielle qui lorsque les époux vivent ensemble se dissout dans le devoir de contribution aux charges du ménage. Le devoir d'assistance renvoie quant à lui à une assistance morale, un soutien au cours de l'existence, lorsque les coups durs viennent à frapper. L'assistance et le secours constituent un ensemble de comportements qui participent à l'entraide conjugale<sup>2</sup>. C'est ce qu'un auteur traduit élégamment en des termes bien choisis par « le devoir de s'entraider (...), se soutenir mutuellement, dans les difficultés de l'existence ; s'aider à porter le poids de la vie »<sup>3</sup>.

La solidarité entre époux suppose également une solidarité quant aux dettes ménagères<sup>4</sup>, c'est-à-dire les dépenses nécessaires à l'entretien du ménage et à l'éducation des enfants (article 220 du Code civil), et de manière encore plus étendue, une contribution aux charges du mariage, c'est-à-dire l'ensemble des « dépenses d'intérêt commun que fait naître la vie en ménage »<sup>5</sup>. Accentuant encore plus la solidarité, l'article 214 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil prévoit, à défaut d'un autre mode de détermination de la part contributive de chaque époux, une détermination en fonction de la faculté contributive de chacun.

Dans les relations verticales, d'autre part, il convient de rappeler que diverses dispositions du Code civil établissent une solidarité entre les parents et les enfants. Cette solidarité peut être réciproque ou unilatérale au bénéfice des enfants.

<sup>1</sup> On peut également rapprocher la prestation compensatoire des mécanismes de solidarité. Cependant, un tel rattachement ne saurait être exclusif puisqu'il est de jurisprudence constante que « si la prestation compensatoire présente un caractère indemnitaire, elle présente aussi un caractère alimentaire » (Voir par exemple, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 juin 1985, n° 84-14663, D. 1986, IR 112, obs. A. BÉNABENT. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 déc. 1998, n° 96-22313, Dr. fam. 1998, comm. 28, note H. LÉCUYER. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mars 2005, n° 02-14268, AJ fam. 2005, p. 143, obs. S. DAVID ; RJPJF 2005-6, p. 20, obs. T. GARÉ.). En raison de son caractère alimentaire la prestation compensatoire se rapprocherait des mécanismes de responsabilité (compenser un déséquilibre, dans les conditions de vie, issu de la rupture du mariage), tandis que la référence aux besoins et aux ressources des époux dans son mode de calcul (art. 271 du C. civ.) le rapprocherait des mécanismes de solidarité. Pour approfondir la réflexion relative à cette nature hybride de la prestation compensatoire, voir par exemple, S. DAVID, *La prestation compensatoire*, th. dactyl, Paris XII, 2001. - P.-J. CLAUX, S. DAVID (dir.), *Droit et pratique du divorce*, Dalloz référence 2013, n° 213.21.

<sup>2</sup> Pour un approfondissement de l'obligation de secours et d'assistance, voir, C. PHILIPPE, *Le devoir de secours et d'assistance entre époux : essai sur l'entraide conjugale*, LGDJ, 1981. - C. LEFRANC-HAMONIAUX, « L'entraide entre époux à l'épreuve du temps », Dr. famille, 1999, n° 7-8, p. 4.

<sup>3</sup> G. CORNU, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2006, p. 58, n° 30.

<sup>4</sup> Sur cette notion, voir, M. GRIMALDI (dir.), *Droit patrimonial de la famille*, Dalloz action, 2011, p. 11 et s.

<sup>5</sup> G. CORNU, *Droit civil, La famille*, op. cit., p. 69.

Tout d'abord, une solidarité réciproque prenant la forme d'une obligation alimentaire est instituée de manière générale entre les membres d'une famille partageant des rapports étroits. C'est le cas dans les rapports parents-enfants lorsque bien évidemment un lien juridique existe entre eux. Cette obligation qui naît de manière automatique de la réunion des conditions de besoin du créancier, d'existence de ressources suffisantes du débiteur et d'un lien de parenté ou d'alliance, permet de fournir à un membre de la famille, les moyens indispensables à la satisfaction des besoins essentiels de la vie<sup>1</sup>.

Ensuite, une solidarité unilatérale au bénéfice des enfants est prévue aux articles 203, 213, 220, 373-2-5, 1409 et 1448 du Code civil. On parle de charge ou d'obligation imposée aux père et mère de pourvoir à l'entretien et à l'éducation de leurs enfants. En imposant une telle obligation, le droit ne fait que transcrire une valeur morale rendue célèbre par une citation de LOYSEL suivant laquelle « qui fait l'enfant doit le nourrir »<sup>2</sup>. Cette obligation d'entretien qui a pour objet l'éducation de l'enfant n'est que la traduction patrimoniale de la charge éducative pesant sur les parents. On la considère souvent comme une forme particulière de l'obligation alimentaire expliquant son rattachement à la théorie générale de l'obligation alimentaire. Toutefois, il faut rappeler que cette obligation d'entretien pèse sur les parents au-delà de la minorité de l'enfant et permet à l'enfant majeur qui ne peut subvenir lui-même à ses besoins, de solliciter l'aide de ses parents<sup>3</sup>.

Ces quelques brèves remarques témoignent de l'importance que le législateur a toujours attachée à la solidarité dans les rapports de famille en général ; la famille conçue comme valeur refuge ne peut se passer de solidarité.

**31. L'exogamie comme valeur.** — L'exogamie définie comme, une règle contraignant un individu à trouver un partenaire sexuel en dehors du groupe d'appartenance<sup>4</sup>, se présente comme une valeur chargée négativement, car elle prohibe, en dehors du couple fondateur, toute relation sexuelle au sein du groupe familial. Comme l'obligation de fidélité, l'exogamie se présente comme un moyen de moralisation des relations sexuelles. Cette valeur pose l'interdit de l'inceste qui d'après un auteur « est la base absolument fondamentale du

---

<sup>1</sup> Voir les articles 205 et s. du Code civil. Pour aller plus loin sur l'obligation alimentaire, voir, E. ALFANDARI, *Le droit aux aliments en droit privé et en droit public*, th. dactyl. Poitiers, 1958. - J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires, unité ou diversité*, th. dactyl. Lyon, 1961 - A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ 1969. - P. HILBERER-ROUZIC, *L'obligation alimentaire*, MB édition, 2003. - P. BERTHET, *Les obligations alimentaires et les transformations de la famille*, L'Harmattan 2000. - F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille*, Dalloz 2011, p. 32 et s. - P. MURAT (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 968 et s. - P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 659 et s.

<sup>2</sup> A. LOYSEL, *Institutes coutumières*, Paris 1846, p. 91.

<sup>3</sup> Sur l'obligation d'entretien, voir, V. HENRIOD, *L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs*, th. dactyl. Lausanne 1999. - P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.*, p. 677 et s. - F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, La famille, op. cit.*, p. 857 et s. - P. MURAT (dir.), *Droit de la famille, op. cit.*, p. 975 et s.

<sup>4</sup> Cf. la définition du dictionnaire Larousse.

droit de la famille »<sup>1</sup>. Surenchérisant, un auteur va jusqu'à affirmer que « mis à part le parricide, nous ne connaissons pas de forfait qui nous bouleverse d'une horreur plus sacrée que l'inceste »<sup>2</sup>. Les mots sont forts, mais ils traduisent l'attachement viscéral de notre société, aujourd'hui comme hier, au respect de cette valeur. Toutefois, l'importance attachée à cette valeur ne se traduit pas explicitement dans les textes puisqu'aucun article du Code civil ne mentionne directement la prohibition de l'inceste<sup>3</sup>. Sa condamnation ne transparaît que dans la double interdiction du mariage entre personnes déjà unies par un lien de parenté ou d'alliance, d'une part (articles 161, 162 et 163 du Code civil), et dans l'interdiction d'établir un double lien de filiation au bénéfice d'un enfant incestueux, d'autre part (article 310-2 du Code civil).

Même si la prohibition de l'inceste demeure un principe fort, un tabou universel<sup>4</sup> sur lequel s'est construite notre société, les relations incestueuses, du moment qu'elles n'apparaissent pas à la lumière du droit, peuvent être vécues librement sans crainte. Mais l'autre difficulté que pose sa répression s'exprime à travers la détermination de la proximité familiale qui fait basculer dans l'interdit. Ce degré de parenté répréhensible n'a pas toujours été stable. Le droit canonique interdisait les mariages jusqu'au quatorzième degré de parenté et prohibait même des situations anodines comme l'union entre le parrain et la commère, c'est-à-dire celle qui a accompagné avec lui le filleul dans les fonts baptismaux<sup>5</sup>. L'Ancien droit abaissa le degré de prohibition en prohibant l'inceste simplement jusqu'au sixième degré de parenté. Le Code civil quant à lui structura la prohibition en distinguant implicitement — c'est ce qui ressort du régime des dispenses de l'article 164 du Code civil — l'inceste absolu de l'inceste relatif. De façon générale, le Code civil à l'article 161 interdit le mariage en ligne directe — entre un ascendant et sa descendance — quel que soit le degré de parenté, et entre tous les alliés d'une même ligne (un conjoint et la descendance ou les ascendants de la personne épousée). Le mariage est également prohibé en ligne collatérale entre frère et sœur (article 162 du C. civ.), tante et neveu, oncle et nièce (article 163 du C. civ.).

La prohibition de l'inceste continue d'être aujourd'hui une valeur stable de notre droit de la famille. Et, cet interdit a pour finalité la moralisation des relations sexuelles. Cet objectif de moralisation des relations sexuelles est également poursuivi à travers l'altérité sexuelle si on la considère comme une valeur.

---

<sup>1</sup> A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », RTD civ. 2000, p. 759.

<sup>2</sup> J. STOETZEL, « Les changements dans les fonctions familiales », in, R. PRIGENT (dir.), *Renouveau des idées sur la famille*, *op. cit.*, p. 345.

<sup>3</sup> Pour une explication de cette absence d'interdit explicite des relations sexuelles entre proches parents, voir A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*, spéc. p. 759.

<sup>4</sup> A. BATTEUR, « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », *op. cit.*, p. 760.

<sup>5</sup> A. SERIAUX, *Droit canonique*, PUF 1998, p. 577 et s. - E. PIERRAT, *Le sexe et la loi*, éd. La Musardine, 2008, p. 123.

**32. L'altérité sexuelle comme valeur.** — Assignant à la famille une fonction de reproduction du corps social, la différence de sexe comme valeur soutenant l'institution familiale s'imposait comme une évidence aux yeux du législateur qui ne crut pas nécessaire de la poser expressément. Certaines dispositions du Code civil le suggéraient comme l'ancien article 75 qui visait le mari et la femme, l'ancien article 144 du Code civil qui visait l'homme et la femme. Mais, le fait d'ériger l'altérité sexuelle en valeur familiale a souvent été critiqué ; et c'est sans étonnement qu'on assista à sa remise en cause par la loi du 13 mai 2013<sup>1</sup> ouvrant le mariage aux personnes de même sexe.

Les valeurs traditionnelles telles que nous venons de les exposer polarisent l'institution famille autour de l'autorité, du souci de protection et du sexe<sup>2</sup>. Elles étaient jadis considérées comme fondamentales par le législateur. De leur respect dépendait l'unité de la famille elle-même indispensable à l'unité de l'État. Ainsi, les finalités ou buts que poursuivent ces valeurs sont jugés supérieurs aux intérêts individuels expliquant leur imposition aux individus. En d'autres termes, ces valeurs poursuivent un intérêt général transcendant les intérêts individuels.

Aujourd'hui, certaines de ces valeurs ont su, tant bien que mal, résister au temps et aux mœurs. D'autres en revanche ont perdu de leur vigueur. Pour expliquer une telle différence, nous faisons l'hypothèse suivant laquelle la stabilité d'une valeur est tributaire de l'adhésion collective aux finalités qu'elle poursuit. Ainsi, les valeurs perdent toute légitimité, tout fondement objectif lorsque les finalités qu'elles poursuivent ne paraissent plus justifiées aux yeux du corps social.

## §-2 : LA CONTESTATION DES VALEURS TRADITIONNELLES

**33.** Jadis, les valeurs posées par le législateur faisaient l'objet d'une vénération quasi religieuse, car considérées comme étant l'expression d'une volonté générale à laquelle les volontés individuelles devaient révérence. Il était impensable d'envisager que le législateur puisse se tromper dans ses choix. « Aujourd'hui, personne ne considère plus le législateur comme une autorité très efficace »<sup>3</sup>. La question de la légitimité de ses choix est ouvertement posée<sup>4</sup> et certains voient de plus en plus dans la loi tout sauf l'expression d'une

<sup>1</sup> Loi n° 2013-404 du 17 mai 2013.

<sup>2</sup> Voir également les observations concordantes du professeur Hauser qui souligne qu'au XIXe siècle, le législateur avait fait le choix de structurer les rapports familiaux à partir d'un jugement de valeur ayant pour critères de choix la stabilité, l'autorité et le monopole ; J. HAUSER, « L'individu, la famille et le droit », in, G. EID (dir.), *La famille, le lien et la norme*, L'harmattan, 1997, spéc. p. 46.

<sup>3</sup> V. Petev, « Réflexions sur la postmodernité et les limites du législateur », in, C.-A. Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 300.

<sup>4</sup> C. JARROSSON, « Le législateur peut-il avoir tort ? », in, *Mélanges Bruno OPPETIT*, p. 349 et s.

volonté générale<sup>1</sup>. Dans de telles circonstances, les valeurs sur lesquelles l'institution familiale s'était construite ne conservent une certaine légitimité qu'aussi longtemps que les individus restent convaincus par l'éminence des objectifs qu'elles poursuivent ; qu'un doute germe et se propage dans les esprits et c'est l'adhésion à ces valeurs autrefois fondamentales qui est remise en cause.

Il conviendra alors de démontrer que la contestation de certaines valeurs traditionnelles s'explique par un manque de légitimité aux yeux du corps social des fins poursuivies par leur truchement (A). Mais de façon générale, c'est le rejet de la légitimité du législateur en tant qu'autorité créatrice de valeurs (B) qui justifie le retrait des valeurs traditionnelles.

## A — UNE CONTESTATION PORTANT SUR LA LÉGITIMITÉ DES FINALITÉS POURSUIVIES

34. En droit contemporain de la famille, on assiste à un phénomène de remise en cause de la transcendance des valeurs traditionnellement reçues de l'autorité étatique, parce que le corps social rejette l'éminence des raisons qui justifient leur imposition. En effet, pour peu qu'on identifie les raisons justifiant l'imposition de certaines valeurs traditionnelles (1), on se rend bien vite compte qu'à notre époque, certaines justifications sont de moins en moins recevables (2).

### 1) L'appréhension des finalités

35. Présentées comme des idéaux collectifs, les valeurs constituent des repères ou références nécessaires à l'ordonnement des rapports sociaux<sup>2</sup>. Elles sont déterminées en fonction d'un héritage culturel, moral, politique commun dont la préservation préside à leur création<sup>3</sup>.

En clair, les valeurs ne reposent pas sur des choix arbitraires ; au contraire, elles constituent le fruit de réflexions rationnelles, de discussions, ou de compromis opérés par une pluralité

---

<sup>1</sup> F. TERRÉ, « La crise de la loi », APD 1980, t. 25, spéc. pp. 20-21. - Un autre auteur y voit l'expression d'une volonté générale instrumentalisée ; Y. LEQUETTE « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », in, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 9 et s., spéc. p. 23 : « Bien qu'elle reste l'expression de la volonté générale, la loi civile ne participe plus que fort peu du mythe rousseauiste d'un législateur infaillible et nécessairement bienfaisant. Fondamentationalisation et communautarisation de notre droit en font, en effet, une législation doublement dominée ».

<sup>2</sup> Pour un auteur la détermination de repères et de référents ultimes est indispensable à la vie en société et le rôle d'une société démocratique n'est pas d'occulter une telle mission, mais plutôt de la recentrer au cœur du débat. C. LEFORT, « La dissolution des repères et l'enjeu démocratique », in, P. BUHLER et alii, *Humain à l'image de Dieu*, éd. Labor et Fides 1989, p. 89.

<sup>3</sup> Une telle acception des valeurs les ramène aux intérêts socialement reconnus à une époque, et dans une civilisation donnée. Voir, C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, LGDJ 1982, pp. 28-27.

d'acteurs entre diverses contraintes sociales, tendances affectives, morales et religieuses<sup>1</sup>. Ce qui signifie que les valeurs reposent nécessairement sur des fondements<sup>2</sup>, prennent appui sur des supports, c'est-à-dire des motifs par lesquels leur choix et surtout leur imposition trouvent une explication suffisante aux yeux des individus dont elles sont destinées à réguler l'agir.

Schématiquement, les raisons expliquant l'attachement dans une société donnée à certaines valeurs plutôt qu'à d'autres peuvent être classées en deux catégories. La première regrouperait les justifications de nature éthique et morale ; la seconde, des justifications beaucoup plus techniques ou politiques.

Par justifications d'ordre éthique et moral est visé un ensemble d'objectifs reposant sur un idéal de conduite vertueuse. Il s'agit principalement de raisons de nature psychologique puisqu'elles renvoient à l'idée de croyances célestes ou terrestres. Pour dire les choses autrement, sont visés par le terme de justifications d'ordre éthique et moral, les préceptes moraux cristallisés au fil du temps à travers l'héritage culturel et religieux<sup>3</sup>. Ainsi, une valeur reposant sur de telles considérations procède nécessairement à un jugement des comportements en fonction du bien comme unique critère recevable et s'évertue à favoriser les comportements vertueux. Les justifications d'ordre éthique et moral constituent en quelque sorte des instruments d'épuration de l'agir humain.

En revanche, les justifications techniques ou politiques se réduisent au but pratique poursuivi à travers l'orientation de l'agir dans un contexte donné, abstraction faite de tout jugement moral.

Il s'agit donc de l'objectif social directement assigné à la valeur. Très souvent, cet objectif social réside dans l'assignation d'un juste devoir ou dans la détermination de la position sociale ou statutaire de certains membres de la collectivité. En d'autres termes, il s'agit avant tout, par le biais de la valeur, de structurer les rapports sociaux sans pensée moralisatrice, en posant en quelque sorte un minimum comportemental considéré comme juste et nécessaire. On est bien loin de la perfection des comportements poursuivie à travers l'idée du bien qui soutient les considérations morales.

De cette présentation, il appert que les valeurs poursuivent des finalités. Elles sont donc nécessairement fondées.

---

<sup>1</sup> Sur la création des valeurs et notamment pour un aperçu des finalités présidant à leur création, voir, R. POLIN, *La création des valeurs*, Librairie philosophique J. Vrin, Paris 1977, spéc. p. 12 et s. - A. WYLLEMAN, « L'homme et la création des valeurs », *Revue Philosophique de Louvain* 1960, t.58, n° 57, p. 88 et s.

<sup>2</sup> De façon générale, on présente comme fondements des valeurs, les finalités ou buts poursuivis à travers l'affirmation de ce concept. C'est en ce sens que nous parlerons également de fondements pour viser les finalités. Voir par exemple, P. MORCHAIN, *La psychologie sociale des valeurs*, Dunod, 2009, p. 29 et s. - D. CHRISTOFF, *Le temps et les valeurs : essai sur l'idée de finalité*, Neuchâtel, éd. De la Baconnière, 1945, p. 127 et s.

<sup>3</sup> Sur les liens entre morale et religion, un auteur souligne que « la morale se réfugie souvent auprès des religions avec lesquelles elle conserve des liens génétiques ». C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, op. cit., p. 31.

Nous faisons l'hypothèse qu'elles poursuivent au minimum une finalité technique, au maximum des finalités techniques et éthiques. D'ailleurs, l'une des particularités des valeurs familiales traditionnelles résidait dans la concordance des finalités éthiques et techniques<sup>1</sup>.

Par exemple, l'altérité sexuelle comme valeur bien que reposant sur des considérations morales<sup>2</sup> dégagées à travers l'histoire, la tradition ou la culture d'un peuple, poursuit également une finalité technique qui n'est autre que le renouvellement du corps social, finalité compatible avec les considérations morales<sup>3</sup>.

Aussi, à l'analyse de la fidélité sexuelle comme valeur, il apparaît qu'en dehors de sa finalité éthique, elle se justifiait surtout par sa finalité technique. En effet, l'affirmation de la fidélité sexuelle était rendue nécessaire, d'une part, par le rôle d'identification sociale assigné à la filiation et, d'autre part, par l'incertitude inhérente à la paternité. Il apparaissait donc juste au législateur de ne pas faire entrer dans la famille un sang étranger et le moyen pour y arriver était d'imposer aux partenaires une exclusivité sexuelle, comportement considéré comme vertueux.

De même, l'exogamie comme valeur conduisant à l'interdiction de l'inceste, bien que reposant sur des considérations morales vise surtout à prévenir au sein de la famille tout désordre qui pourrait naître de l'indifférenciation des places et rôles de chacun.

Cependant, il convient de constater de nos jours une certaine défiance du corps social en l'absolutisme des finalités poursuivies par les valeurs traditionnelles.

## 2) La délégitimation des valeurs traditionnelles

**36.** La légitimité des valeurs reposant sur l'adhésion du corps social aux finalités poursuivies, il suffit, pour délégitimer ces valeurs de remettre en cause ces finalités qui, rappelons-le, peuvent être d'ordre moral ou technique.

---

<sup>1</sup> En ce sens, un auteur soulignait à propos des valeurs soutenant les obligations familiales qu'elles poursuivent à la fois des finalités juridiques et morales. Voir, J. FLOUR, *Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil*, *op. cit.*, p.73.

<sup>2</sup> Cette pratique sexuelle était considérée comme contraire à la morale sexuelle adéquate selon la religion judéo-chrétienne. « Tu ne coucheras pas avec un homme comme on couche avec une femme. C'est une abomination ». Lévitique 18 : 22.

<sup>3</sup> En effet, les religions judaïques et chrétiennes enseignent qu'après que le mystère de la création fut accompli, Dieu avait assigné au couple originel la mission de perpétuer leur espèce. C'est ce qu'on peut lire dans le livre de la Genèse (« Dieu les bénit, et Dieu leur dit : Soyez féconds, multipliez, remplissez la terre, et l'assujettissez; et dominez sur les poissons de la mer, sur les oiseaux du ciel, et sur tout animal qui se meut sur la terre». Genèse 1 :28). L'enfant apparaît alors comme l'accomplissement du couple. La recherche du plaisir personnel n'étant donc pas la finalité de l'acte sexuel il était exclu d'admettre les relations homosexuelles.

À ce propos, il convient de souligner qu'en droit de la famille, les considérations morales ont toujours occupé une place prépondérante dans la régulation des rapports familiaux<sup>1</sup>. Ainsi, les valeurs traditionnelles reposaient bien trop souvent sur des fondements moraux.

Or, à propos de la morale, il convient de souligner que « depuis plus d'un siècle, le développement de la philosophie, et l'évolution des mentalités, ont détruit son unité en relativisant sa problématique à des individus ou à des groupes sociaux particuliers, et en démontrant que les standards des appréciations morales peuvent être très nombreux, sans qu'il y ait une raison convaincante, susceptible de justifier un choix entre eux »<sup>2</sup>. Partant, il devient difficile dans nos sociétés de convaincre quant à la légitimité de jugements moraux portés de manière générale et abstraite sur des comportements ou situations, puisque de plus en plus, certaines vérités qui en découlent sont battues en brèche à travers une analyse concrète des situations familiales.

Ainsi, pour justifier l'altérité sexuelle comme valeur, il n'est plus tenable d'affirmer que l'homosexualité du couple parental serait, en raison d'une éventuelle dilution des repères moraux, source de perturbation dans la construction de la personnalité des enfants.

Un pareil constat peut être fait à propos des enfants élevés par un couple dont la conjugalité serait moralement interdite du fait de l'existence de liens de parenté. Par exemple, il a été jugé que le fait pour un enfant de vivre avec sa mère qui depuis son divorce entretient une relation amoureuse avec l'ex-compagnon de sa sœur, n'entraîne pas *in concreto* un risque de perte des repères moraux pour cet enfant qui, malgré la relation à connotation incestueuse entretenue par sa mère<sup>3</sup>, mène d'après de nombreuses expertises une vie familiale équilibrée et épanouie<sup>4</sup>. Puisque ni la moralité ni la santé psychologique de l'enfant ne sont menacées, la mère ne pouvait se voir retirer l'exercice de l'autorité parentale.

Cet exemple permet de prouver, si besoin est, la difficulté d'emporter la conviction quant à la transcendance des valeurs qui reposent essentiellement sur des fondements moraux. Dans la même veine, soulignons qu'une certaine tolérance s'affiche désormais vis-à-vis d'atteintes aux interdits fondamentaux comme l'inceste<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> La famille était jadis considérée comme le lieu d'application d'une morale générale et universelle et la régulation des rapports familiaux s'opérait en regard de telles considérations morales. D'ailleurs PORTALIS, dans le discours préliminaire sur le projet de Code civil, n'affirmait-il pas que « notre objet a été de lier les mœurs aux lois et de propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoi qu'on en dise à l'esprit de cité » ? Voir, J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil » in, *Le discours et le Code*, Litec 2004, p. LVI.

<sup>2</sup> C. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, op. cit., p. 29.

<sup>3</sup> En l'espèce on ne pouvait parler que « d'inceste de fait », car il n'existait pas de lien d'alliance empêchant la nouvelle relation amoureuse qui de surcroît était restée au stade du simple concubinage.

<sup>4</sup> CA Paris, 5 avr. 2006, n° 05-16219, RG n° 04/36382 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

<sup>5</sup> Voir par exemple un arrêt de la Cour E.D.H. qui condamne sur le fondement de l'art. 12 de la Convention, le refus du Royaume-Uni d'autoriser un mariage entre beau-père et belle-fille : CEDH, 13 sept. 2005, *B. et L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02 ; Dr. fam. 2006, comm. 234, A. GOUTTENOIRE et M. LAMARCHE ; D. 2006, p. 1418, obs. J.-J. LEMOULAND ; RTD civ. 2005, p. 735, obs. J.-P. MARGUÉNAUD et p. 758, obs. J. HAUSER.

En raison de ce retrait de la morale dans la régulation des rapports familiaux<sup>1</sup>, pour subsister, les valeurs traditionnelles doivent désormais reposer sur des fondements techniques solides. Or, il faut bien constater que certaines finalités techniques ne permettent plus de justifier la transcendance de certaines valeurs traditionnelles, car l'évolution spectaculaire des sciences au cours des deux précédents siècles<sup>2</sup> permet de relativiser le caractère impérieux des objectifs que ces valeurs poursuivent. Par exemple, à propos de l'obligation de fidélité comme valeur structurant les rapports familiaux idéaux, un auteur relevait à juste titre que « pendant des millénaires, l'obligation de fidélité fut liée à la filiation et à l'incertitude de la paternité. Telle est d'ailleurs l'explication de la sévérité des peines qui frappaient la femme adultère et de la différence de traitement, si souvent relevée, entre l'homme et la femme infidèles : en s'offrant à un autre, l'épouse risquait de faire entrer un sang étranger dans la famille. Cette donnée est moins importante aujourd'hui, ne serait-ce que parce que la fiabilité des tests biologiques permet de lever les incertitudes »<sup>3</sup>.

En définitive, l'évolution des mentalités sous l'influence de nouvelles idées philosophiques, cumulée à l'évolution des sciences a œuvré à la délégitimation de certaines valeurs qui n'apparaissent plus fondées aux yeux de leurs destinataires<sup>4</sup>. Après tout, parler de valeur, n'est-ce pas affirmer une croyance en l'existence d'idéaux collectifs transcendant les intérêts individuels ?<sup>5</sup> Ne plus croire en de tels idéaux, c'est-à-dire à l'éminence des finalités poursuivies, ne revient-il pas en quelque sorte à remettre en cause l'absolutisme des valeurs et partant les récuser ? On assiste alors à une transformation de la régulation des rapports familiaux. Plutôt que de subir le choix extérieur à propos des valeurs qui devraient être les siennes, l'individu revendique le droit de se déterminer en fonction des valeurs qu'il juge lui-même bonnes. Pour ce faire, il dénie au législateur le droit de poser en amont des valeurs.

---

Voir aussi un arrêt de la Cour de cassation qui autorise un tel mariage au nom des droits fondamentaux : Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 déc. 2013, n° 12-26066, AJ. fam. 2013, p. 663, obs. F. CHÉNEDÉ ; D. 2014, p. 153 note, H. FULCHIRON, D. 2014, p. 179, obs. F. CHÉNEDÉ ; Defrénois 2014, n° 3, p. 140, note C. BAHUREL.

<sup>1</sup> Si on assiste à un retrait massif de la morale dans la régulation contemporaine des rapports familiaux, il serait pour le moins hasardeux d'affirmer que ce retrait est définitif. L'ordre public et les bonnes mœurs témoignent de la survivance des considérations éthiques et morales dans la régulation de l'univers privé des individus.

<sup>2</sup> Un auteur souligne à propos que la révolution idéologique en droit de la famille qui s'est traduite par une évolution des mœurs et des mentalités ayant abouti aux profonds bouleversements que nous constatons aujourd'hui a été accélérée par les progrès scientifiques et tout particulièrement la connaissance puis la maîtrise du vivant par l'homme. Voir, H. FULCHIRON, « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? » in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté, parentalité*, Dalloz 2009, spéc. p. X.

<sup>3</sup> H. FULCHIRON, « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI<sup>e</sup> siècle », in, *Mélanges JACQUES FOYER*, Economica 2008, pp. 407-408. On pourrait également compléter cette affirmation en relevant qu'un tel danger peut être évité en amont grâce à la maîtrise de la procréation désormais permise par les avancées de la médecine.

<sup>4</sup> Pour des constatations similaires, voir, C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, 1<sup>re</sup> partie », Dr. Famille 2003, chron. 15.

<sup>5</sup> Voir, P. MORCHAIN, *La psychologie sociale des valeurs*, op. cit., pp. 13-14.

## B — UNE CONTESTATION PORTANT SUR LA LÉGITIMITÉ DE L'AUTORITÉ ÉTATIQUE

37. La réception en droit de la famille des valeurs de liberté et d'égalité ayant conduit à la promotion de l'individu et de son accomplissement personnel au détriment de l'idée de groupe (1), on assiste en raison d'un tel individualisme au rejet de la légitimité du législateur à poser des valeurs, puisque l'individu se reconnaît seul compétent pour définir ses propres valeurs (2).

### 1) La promotion de l'individu par le truchement de valeurs nouvelles

38. Le droit de la famille, depuis les années soixante, a été refondu autour des valeurs de liberté et d'égalité. Ces valeurs ici qualifiées de contemporaines ou de nouvelles par opposition aux valeurs traditionnelles ne sont pas si récentes qu'on pourrait le croire. Elles étaient déjà mises en avant dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et avaient servi de repères dans la construction des sociétés démocratiques<sup>1</sup>. La nouveauté réside dans leur redécouverte ou selon les mots d'un auteur, dans leur « seconde réception »<sup>2</sup> au lendemain des deux guerres.

En effet, ces valeurs à l'origine étaient conçues pour gouverner la République et se limitaient au domaine politique ; elles vont, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, irriguer tous les domaines de la vie sociale et s'immiscer dans la sphère privée, puisque leur limitation au domaine politique ne paraît reposer sur aucune justification valable. Comme le souligne un auteur, « l'idée fut la suivante : si effectivement la liberté et l'égalité sont des valeurs universelles, pourquoi seraient-elles limitées au domaine politique ? »<sup>3</sup>. Ainsi, la réception des valeurs de liberté et d'égalité dans la sphère familiale<sup>4</sup> va profondément restructurer les rapports familiaux autour de l'individu au détriment de l'idée de groupe.

La liberté tout d'abord, parce qu'elle postule à un idéal qui est celui de l'être humain exerçant une puissance de volonté<sup>5</sup>, a profondément transformé le droit contemporain de la famille. Elle a surtout permis l'essor de l'autonomie de la volonté en droit extrapatrimonial de la

<sup>1</sup> E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, Dalloz 2005, p. 2.

<sup>2</sup> C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, 1<sup>re</sup> partie », Dr. fam. 2003, op. cit., n° 3.

<sup>3</sup> C. BRUNETTI-PONS, « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille, 1<sup>re</sup> partie », Dr. fam. 2003, op. cit., n° 3.

<sup>4</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, « La réception des principes de liberté et d'égalité, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », *Mélanges CATALA*, Litec, 2001, p. 83 et s.

<sup>5</sup> En ce sens, voir E. DOCKÈS pour qui la liberté est une puissance de la volonté. La puissance renvoyant à une capacité de réaliser ses désirs et la volonté, au contrôle rationnel par un individu de ses actions. E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, op. cit., pp. 5-7.

famille traditionnellement présentée comme un domaine privilégié de l'ordre public<sup>1</sup>. Concrètement, la réception de la liberté en la matière a conduit à considérer les choix familiaux de vie comme une affaire strictement personnelle entraînant une reconnaissance à l'individu du droit de mener librement sa vie de famille en fonction de ses aspirations ou convictions. La preuve en est la diversité des modes contemporains de conjugalité jugée plus compatible avec la valeur de liberté<sup>2</sup>.

L'égalité<sup>3</sup> ensuite, parce qu'elle postule à une certaine vision du monde<sup>4</sup>, induit, au nom de la prohibition d'un traitement différencié, une équivalence de traitement.

Reçue en droit de la famille<sup>5</sup>, cette valeur a conduit à la suppression de toute idée de hiérarchisation au sein du groupe familial qui par nature a toujours été inégalitaire<sup>6</sup>. Ainsi, l'égalité a contribué à repenser, d'une part, la répartition des pouvoirs au sein du couple<sup>7</sup> et, d'autre part, la répartition des droits dans les rapports entre enfants<sup>8</sup>.

Toutefois, il ne faudrait pas oublier que la réception de l'égalité en droit de la famille a aussi conduit à l'affirmation d'une égalité des familles, c'est-à-dire, une équivalence de traitement des choix familiaux. Pour ce faire, il a été exigé du législateur une neutralité à l'égard des choix familiaux.

En fin de compte, la réception de l'égalité et de la liberté en droit de la famille a conduit à la consécration d'un véritable droit à l'autodétermination personnelle, c'est-à-dire, « la capacité ou le pouvoir que l'homme s'est attribué de se déterminer par lui-même sans qu'il n'ait plus à se soumettre aux injonctions qui lui seraient faites par une instance tierce, extérieure à lui-même, qui serait d'origine divine ou qui tiendrait tout le moins à un ordre naturel des choses

<sup>1</sup> Voir, J. MASSIP, *Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille*, Defrénois 1990, n° 3, p. 149 et s. - M. LAMARCHE, « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », *Dr. fam.* 2014, alerte 29.

<sup>2</sup> Voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, « La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz 2009, p. 3 et s.

<sup>3</sup> Pour une analyse approfondie du sens et des implications de cette valeur, voir, E. DOCKÈS, *Valeurs de la démocratie*, op. cit., p. 31 et s. - G. CORNU, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *Travaux Capitants*, t. XIV, 1965, p. 87 et s. - P. JESTAZ, « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in, *La personne humaine, sujet de droit*, 4<sup>e</sup> Journées SAVATIER, 1994, p. 159 et s.

<sup>4</sup> P. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in, *Mélanges F. TERRÉ*, Dalloz 1999, spéc. p. 419.

<sup>5</sup> La réception de l'égalité au sein de la famille pose avant tout un problème de répartition des droits et devoirs. Voir en ce sens, P. JESTAZ, « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », op. cit., p. 418

<sup>6</sup> Voir, A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Homme et femme il les créa », *Retours sur l'égalité dans le droit de la famille*, Dalloz 2008, n° 18, p. 1216 - C. AUDÉOUD, « Nature, liberté, égalité dans la famille », in, J.-L. CHABOT, P. DIDIER, J. FERRAND (dir.), *Le Code civil et les Droits de l'homme*, L'harmattan, 2005, p. 213 et s.

<sup>7</sup> Voir, les réformes CARBONNIER qui ont conduit à substituer les rapports d'égalité aux rapports de soumission au sein du couple. Pour une analyse des réformes CARBONNIER, voir, G. CORNU, « La refonte dans le Code civil du droit des personnes et de la famille », in, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 371 et s. Sur les implications de l'égalité au sein de la famille, voir par exemple J. HAUSER, « La démocratie dans les rapports familiaux », in, *Mélanges Slobodan MILACIC*, Bruylant 2008, spéc. p. 504 et s. - A. CHEYNET DE BEAUPRÉ, « Homme et femme il les créa », *Retours sur l'égalité dans le droit de la famille*, op. cit., spéc. p. 1220 et s.

<sup>8</sup> Sur l'égalité statutaire des enfants, voir par exemple, F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *Droit civil, Les personnes, La famille, les incapacités*, op. cit., n° 660 et s. - P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, op. cit. n° 210.21 et s.

et du monde »<sup>1</sup>. L'individu devient alors la source des valeurs ; ce qui a pour conséquence un certain relativisme des valeurs désastreux à toute idée même de valeur.

## 2) La consécration d'un relativisme des valeurs

39. Le relativisme des valeurs n'est ni plus ni moins qu'une consécration de la subjectivité dans l'ordonnement des valeurs<sup>2</sup>. Il consiste à affirmer l'équivalence des valeurs et la nécessité d'un recours à l'individu pour l'établissement d'une priorité entre elles. Il s'agit en quelque sorte d'un changement de perspective qui fait de l'individu la source des valeurs ; les valeurs ne sont plus imposées aux individus par une autorité supérieure, mais déterminées par eux ou du moins proposées par l'autorité supérieure et adoptées par les individus. Un tel renversement de perspective observé en droit de la famille dès la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, a été principalement le résultat d'une prise en compte de plus en plus systématique des valeurs d'égalité et de liberté dans la sphère privée qui ont abouti à la prévalence des intérêts individuels sur les intérêts collectifs.

En effet, en replaçant l'individu au cœur des préoccupations et en partant du constat d'une diversité des conduites, l'individualisme postule à une impossibilité de trancher *a priori*, de manière absolue et définitive entre différents comportements et aboutit à un certain relativisme des valeurs. Comme le résume un auteur, dans nos sociétés contemporaines « (...) il est impossible de choisir parmi ces possibilités [les différentes valeurs] d'une manière scientifique, démontrable et irréfutable : le choix ne peut se faire que par une décision puisée uniquement dans la conscience individuelle »<sup>3</sup>. Les valeurs fondamentales de notre temps doivent être des valeurs qui laissent à chacun la même parcelle de puissance pour constituer en toute plénitude sa propre hiérarchie des priorités, ses propres valeurs en somme.

Ainsi, en droit des personnes et de la famille, il est reconnu aux individus le droit de choisir et de mener leur vie privée et familiale conformément à leur aspiration. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a fait du droit à l'épanouissement ou à l'autonomie personnelle, « un principe important qui sous-tend l'interprétation du droit à la vie privée et

---

<sup>1</sup> J.-L. RENCHON, « Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'Homme », in, F. KRENC, M. PUÉCHAVY (dir.), *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2008, p. 145 et s. spéc. p. 151.

<sup>2</sup> Un auteur y voit la conséquence de la radicalisation de l'expérience subjective du moi rencontrée dans l'œuvre de DESCARTES. Voir, T. MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in, J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, Bruylant, 2009, p. 19 et s. Pour l'auteur, la pensée occidentale moderne qui place l'individu au cœur des constructions modernes prend sa source dans l'œuvre de DESCARTES qui arrive à une seule vérité indubitable qui est l'expérience subjective du moi. C'est ainsi qu'il affirme que « DESCARTES marque le passage d'une métaphysique fondée sur la nature ou sur le divin, à une métaphysique de la subjectivité où toute représentation du monde se constituera désormais à partir du sujet pensant » (p. 24) ; « cette ère de la subjectivité qui naît avec Descartes ne va cesser de se radicaliser dans les siècles qui suivent » (p. 26).

<sup>3</sup> G. RADBRUCH, *Le relativisme dans la philosophie du droit*, APD 1934, p. 106.

familiale garanti à l'article 8 de la Convention »<sup>1</sup>. Seuls des motifs légitimes peuvent justifier une atteinte à ce droit à l'autodétermination, sans pour autant qu'il soit permis aux législations nationales de les restreindre de manière excessive.

En fin de compte, le droit à l'autodétermination issu de la révolution familiale individualiste conduit à un certain nihilisme des valeurs. En effet, « s'il faut alors nous considérer nous-mêmes comme la source des valeurs, comment penser encore des valeurs ? »<sup>2</sup>. Ce n'est assurément plus au sens de fondement, c'est-à-dire d'idéaux objectifs sur lesquels repose toute une construction contraignante.

Par exemple, la loi qui se veut l'expression d'une volonté générale repose sur des principes ou des valeurs clairement affichées. Choisir ces principes ou valeurs inspiratrices, c'est faire *a priori* un choix au sein de la diversité des valeurs et surtout, affirmer une inégalité entre elles en refoulant celles considérées comme mauvaises<sup>3</sup>. Or, postuler à un certain relativisme de ce choix, c'est nier l'universalisme de la loi<sup>4</sup> et partant, l'absolutisme des valeurs qui l'inspirent. En effet, là où la norme servait à exclure ce qui ne correspond pas à ses valeurs inspiratrices, la liberté et l'égalité apparaissent comme « la norme qui exclut l'exclusion »<sup>5</sup>. La hiérarchie des valeurs autrefois établie est remise en cause au profit d'un relativisme ambiant qui confine à l'équivalence des valeurs. Toutes les valeurs doivent alors être prises en compte<sup>6</sup>. Alors, les symboles d'hier — exogamie, fidélité, altérité sexuelle — s'éclipsent<sup>7</sup> emportant avec eux

<sup>1</sup> CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02 (spéc. §-61), JCP (G) 2002, I, n° 153 et n° 157, obs. F. SUDRE, RJPJF 2002, n° 7 et 8, p. 11, note E. GARAUD. - CEDH, 17 févr. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, n° 42758/98 et 45558/99, spéc. §-83 - CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95 (spéc. §-90), RJPJF 2002, n° 11, p. 14 et s. obs. A. LEBORGNE ; RTD civ. 2002, p. 782 obs. J. HAUSER ; JCP (G) 2003, I, 101, n° 1, Obs. Y. FAVIER.

<sup>2</sup> T. MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in, J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, op. cit., p. 34.

<sup>3</sup> Sur la hiérarchie des valeurs, voir, P. MALAURIE, « Notre droit est-il inspiré ? », *Deffrénois* 2002, art. 37545, p. 638 et s, spéc. n° 15.

<sup>4</sup> Un auteur avait fait constater fort à propos que « l'individualisme porte en germe la destruction de l'universalisme de la loi hérité de la philosophie législative révolutionnaire ». P. MURAT, « Individualisme, libéralisme et légistique », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, op. cit., spéc. p. 238.

<sup>5</sup> Pour un constat similaire à propos de la liberté, voir, T. MACHEFERT, « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in, J.-M. LARRALDE (dir.), *La libre disposition de son corps*, op. cit., p. 22. - Pour un constat similaire à propos de l'égalité, voir, P. MURAT, « Individualisme, libéralisme et légistique », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, op. cit., spéc. p. 238.

<sup>6</sup> « Le respect des libertés individuelles, la protection de la vie privée, le refus des discriminations, réelles ou supposées, conduisent une partie de l'opinion et, par contrecoup, le législateur, à considérer que tout comportement existant doit non seulement être admis socialement, mais encore juridiquement consacré. Le droit devient un instrument au service des aspirations individuelles, fussent-elles contradictoires ». H. FULCHIRON, P. MALAURIE, *Évolutions du droit français de la famille*, *Deffrénois* 2009, n° 13, p. 1347, spéc. n° 18.

<sup>7</sup> Il est à noter que la valeur de respect s'est bilatéralisée par le truchement d'une idéologie égalitaire (J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, op. cit., pp. 170-171). La fidélité sexuelle ne conserve une certaine vigueur qu'aussi longtemps que la liberté n'est pas mise en œuvre. L'exogamie bat en retraite sous les assauts de la liberté à tel point qu'on se demande ce qu'il en reste (C. VAN GYSEL, « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in, N. GALLUS (dir.), *Droit des familles, genre et sexualité*, LGDJ, 2012, p. 261 et s.).

leur cortège d'interdits et d'obligations, mais faisant la part belle à de nouveaux porteurs d'intérêts — enfants incestueux, adultérins, concubine, couple homosexuel... — qui s'empressent de défier ceux d'hier — enfants légitimes, épouse —.

En résumé, il convient de retenir qu'en raison de l'équivalence des valeurs, le législateur n'est plus autorisé à imposer en amont des valeurs qui dessineraient en creux un modèle familial. Il se doit simplement de proposer différents modèles consacrant ainsi, autant de combinaisons possibles dans l'ordonnement des valeurs. Le modèle traditionnel, celui de l'ordonnement unique absolu déterminé *a priori* n'est plus, emportant avec lui la prévisibilité qui découlait de sa mobilisation dans la régulation des comportements individuels. Vive le modèle contemporain celui de l'ordonnement plural et surtout subjectif des valeurs. Partant, le départ entre intérêts antagonistes doit nécessairement se faire *a posteriori*, en fonction des particularités de chaque espèce pour reprendre une formule consacrée, ou alors pour dire abruptement les choses, en fonction de l'ordonnement subjectif des valeurs réalisé par les individus à travers le choix d'un modèle. On voit clairement que les valeurs de liberté et d'égalité portées à leur paroxysme en droit de la famille déconstruisent la méthode de régulation des conflits d'intérêts. De manière générale, elles posent un problème de méthode dans la construction même de ce droit et questionnent sur la possibilité de savoir si un droit de la famille peut encore être construit sur la contrainte, technique qui permettait jadis d'assurer l'effectivité des valeurs symboliquement affichées par le législateur<sup>1</sup>.

## SECTION II : LE REJET D'UNE RÉGULATION CONTRAIGNANTE DES RAPPORTS FAMILIAUX

40. Des auteurs ont fait remarquer qu'au nom de la stabilité sociale, l'organisation des rapports familiaux devrait nécessairement reposer sur la contrainte de manière à faire respecter par tous, les devoirs et les interdits que le législateur pose en la matière<sup>2</sup>. Cependant, l'influence des valeurs d'égalité et de liberté ayant conduit en droit de la famille à la

---

L'altérité sexuelle, sous l'effet combiné des valeurs d'égalité et de liberté, a été enterrée par la loi du 17 mai 2013.

<sup>1</sup> Le professeur MURAT faisait justement remarquer qu'« en fin de compte, au-delà des règles positives, l'individualisme questionne aussi le fondement de la juridicité, car il touche au pouvoir de contraindre au sein du réseau familial ». P. MURAT, « Individualisme, libéralisme et légistique », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, *op. cit.*, p. 238.

<sup>2</sup> A.-M. LEROYER, M. NICOD, « La contrainte en droit de la famille », in, L. GRYNBAUM (dir.), *La contrainte*, Economica, 2007, p. 106 : « Au commencement, tout était contrainte en droit de la famille. Il ne s'agissait nullement d'un droit d'amour et de liberté, mais d'un droit organisationnel qui prescrivait, au nom de la stabilité sociale, des devoirs et des interdits ».

promotion de l'individu au détriment du groupe, s'est développé un phénomène de rejet de toute idée d'imposition des conduites individuelles dans la sphère privée. On a pu parler de « crise de l'autorité » pour traduire ce mouvement général d'émancipation de l'individu face au pouvoir étatique<sup>1</sup>.

Confronté à un tel mouvement de sacralisation des aspirations individuelles, le législateur renonce à construire un droit du modèle et se contente de prendre acte de la diversité des comportements. La loi ne prétend plus fournir une référence unique, dans laquelle devraient se fondre tous les comportements individuels. Ainsi, à côté des modèles traditionnels émergent des modèles concurrents plus souples, moins contraignants. On assiste alors à un essoufflement de la contrainte<sup>2</sup> et *in fine* à une renonciation à l'orientation autoritaire des comportements individuels dans le cadre des relations familiales (§-1). Toutefois, il apparaîtra très rapidement à l'analyse que cet essoufflement apparent de la contrainte n'est pas synonyme de renonciation à toute construction contraignante du droit de la famille. La contrainte juridique en droit de la famille n'a pas disparu ; elle s'est simplement renouvelée (§-2).

### **§-1 : L'ESOUFFLEMENT DE LA CONTRAINTE JURIDIQUE**

**41.** Pour attester d'un essoufflement de la contrainte juridique dans les rapports familiaux, il convient tout d'abord d'identifier les techniques juridiques par lesquelles une telle contrainte s'exprime en droit de la famille (A) afin de démontrer ensuite un reflux du recours à de telles techniques dans la régulation des rapports familiaux (B).

#### **A — IDENTIFICATION DES TECHNIQUES JURIDIQUES DE CONTRAINTE**

**42.** Les normes seraient ineffectives, c'est-à-dire non appliquées<sup>3</sup>, si l'autorité naturelle que leur conférerait le processus de production dont elles sont issues<sup>4</sup> n'était point

<sup>1</sup> À propos de la crise d'autorité que traversent nos sociétés contemporaines, un auteur souligne à juste titre qu'« il s'agit là d'un facteur beaucoup plus profond, qui correspond à une véritable crise de civilisation : de plus en plus se développe chez les individus, dans les sociétés occidentales avancées, la tendance à ne plus accepter d'aliéner leur gouverne, à vouloir être responsables de leur existence et donc à vouloir prendre part chacun à la direction de sa propre conduite ». P. AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », *Revue de droit public et de la science politique*, 1982, n° 98, p. 275 et s., spéc. p. 292.

<sup>2</sup> Un auteur faisait justement remarquer que même sans grand effort de réflexion, un tel constat peut être dressé à partir de l'analyse sémantique des normes contemporaines, tant le reflux du vocabulaire de la contrainte - interdit, discipline, obéissance - est patent. C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », *RTD Civ.* 2003, p. 599 et s. spéc. pp. 600-601.

<sup>3</sup> L'effectivité désigne « le degré de réalisation, dans les pratiques sociales, des règles énoncées par le droit ». A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ 1993, V° Effectivité.

<sup>4</sup> À propos de cette autorité naturelle que confère à la norme son processus d'élaboration, un auteur faisait remarquer qu'elle constitue en fin de compte le facteur déterminant de la contrainte. Voir. P. AMSELEK,

secondée par des techniques de contrainte juridiquement organisées. Ces techniques de contrainte sont multiples, mais peuvent être classées en fonction de l'intensité de la pression qu'elles engendrent à l'égard des destinataires de la norme. Ces pressions peuvent alors être diffuses, ou se manifester avec une particulière intensité, en ne laissant pas aux individus le choix de la conduite à tenir.

Pour exercer une pression diffuse sur les individus quant au choix de la conduite à tenir, le législateur fait appel à la prophylaxie juridique (1) tandis qu'il use de la sanction juridique pour imposer directement des modèles de comportement (2).

### 1) La prophylaxie juridique

#### 43. Mode souple et autoritaire de gouvernement des actions individuelles. —

En droit, ont toujours existé, à côté des règles impératives, des règles dispositives ou supplétives de volonté.

Là où les règles impératives posent des commandements dont l'observance s'impose aux individus, les règles supplétives posent des recommandations, proposent une direction, tracent des lignes de conduite réputées opportunes, mais que les intéressés ne sont pas tenus de suivre ; ce qui implique pour eux une possibilité de s'en détourner. Partant, il faut garder à l'esprit que les règles supplétives, bien qu'étant comme les règles impératives obligatoires — au sens où elles sont, les unes comme les autres, destinées à servir de cadres possibles de référence aux actions —<sup>1</sup>, ne voient leur contenu régir la situation donnée qu'à défaut de manifestation de volonté contraire des individus. Par exemple, à défaut de choix d'un autre régime matrimonial fait par les époux, leur sera appliqué un régime légal qui est celui de la communauté réduite aux acquêts des articles 1400 et suivants du Code civil.

---

« Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », *in*, C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant 2009, p. 3 et s., spéc. p. 9.

<sup>1</sup> Il convient de distinguer la force obligatoire et de la force contraignante. Pour ce faire, nous nous référons à la distinction suivante proposée par un auteur.

D'après monsieur GROULIER (C. GROULIER, « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » *in*, C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept, op. cit.*, p. 199 et s.), la force obligatoire d'une norme (la norme est entendue au sens d'énoncé explicite ou implicite qui exprime une injonction, une prohibition, une habilitation ou une permission) est liée à sa fonction instrumentale c'est-à-dire sa capacité à servir de référence à l'action de ses destinataires « pour toute situation entrant dans le champ de validité de l'ensemble normatif auquel elle appartient » (p. 205). Ainsi, la force obligatoire est conférée aux normes juridiques non pas par le biais d'une adhésion de la part des individus, mais par leur insertion dans l'ordonnement juridique comme cadres possibles de référence à leurs actions. Cette force obligatoire de la norme varie en intensité en fonction de la place occupée par la norme dans l'ordonnement juridique, autrement dit en fonction de la valeur conférée à celle-ci dans cet ordonnement juridique.

En revanche, la force contraignante d'une norme est relative au seul contenu exprimé par cette norme juridique. C'est par ce contenu - injonction, prescription, permission, habilitation - que la norme est susceptible de contraindre. À travers la formulation de ce contenu ainsi que de sa précision, la norme exerce un degré variable de contrainte sur les individus selon qu'elle leur impose son contenu ou leur laisse une latitude d'action.

Les règles impératives et les règles supplétives constituent donc deux modes de gouvernement, des conduites bien distinctes ; l'un autoritaire et l'autre souple. Mais, là où les règles impératives procèdent directement par la contrainte pour assurer leur effectivité, les règles supplétives quant à elles s'assurent de leur application dans la réalité sociale à travers l'utilisation des techniques indirectes de pression ramenant les individus vers les comportements qu'elles proposent.

Ces techniques consistent à mettre l'accent sur les avantages positifs que les individus pourraient retirer d'un respect des comportements jugés opportuns par le législateur ou au contraire à les intimider en mettant en relief les désavantages qui pourraient naître d'une expérimentation de comportements contraires. En ayant recours à de telles techniques, le droit fait œuvre de diplomatie dans nos sociétés contemporaines éprises de liberté, en mobilisant des forces souterraines imperceptibles aux premiers abords, pour imposer indirectement des règles. On parle alors de prophylaxie juridique.

**44. La prophylaxie juridique comme technique indirecte d'imposition des conduites.** — La prophylaxie juridique relève d'une politique législative délibérée qui procède, par un recours à un ensemble de techniques indirectes de pression, à l'orientation des comportements individuels dans un sens déterminé. Le caractère indirect de la pression que crée l'ordre juridique constitue un critère déterminant dans la définition de la prophylaxie juridique. Comme le souligne à juste titre un auteur : « on ne devrait parler d'effet prophylactique que si la loi, indirectement, incite à un comportement déterminé en proposant un avantage ou en menaçant d'un inconvénient ; il rassure ou intimide, mais il n'impose ni n'interdit directement. Il s'oppose à l'effet direct, contraignant et immédiat de la loi »<sup>1</sup>.

Grâce à la prophylaxie juridique, « le droit dirige les comportements des hommes en influençant leurs désirs, et non en leur imposant des ordres ou des interdits »<sup>2</sup>. On en déduit que l'incitation et l'intimidation lorsqu'elles œuvrent de manière indirecte constituent des techniques d'orientation des comportements ; encore faudrait-il savoir les identifier lorsqu'elles sont à l'œuvre en droit de la famille.

À ce propos, il convient de souligner qu'une incitation indirecte peut, tout d'abord, être réalisée lorsqu'on attache à l'observation de certains comportements toute une série d'avantages qu'ils soient juridiques, sociaux ou fiscaux. À ce titre, le seul fait d'enserrer des comportements jugés idoines dans un cadre juridique bien déterminé duquel découle un ensemble structuré de droits et d'obligations, permet d'assurer aux individus une sécurité juridique qui peut influencer leurs désirs et s'avérer déterminante au moment où ils se

---

<sup>1</sup> P. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », in, *Mélanges Jean CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 669 et s., spéc. pp. 670-671.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 671.

retrouveront confrontés au choix entre un cadre déterminé proposé et un cadre incertain issu de l'expérimentation de leur liberté.

En droit de la famille, on retrouve des exemples de prophylaxie juridique en matière de conjugalité. Notre droit actuel, sans l'afficher ostensiblement, pousse au mariage puisqu'il accorde aux époux certains avantages dont les concubins et pacsés restent privés. Sans prétendre à l'exhaustivité, notons qu'en matière d'adoption, une adoption conjointe n'est ouverte qu'aux époux<sup>1</sup>. Également, seuls des époux peuvent user du nom de l'autre<sup>2</sup>, hériter l'un de l'autre<sup>3</sup>. Aussi, seul un conjoint survivant peut prétendre au bénéfice d'une pension de réversion. Soulignons encore qu'en droit des étrangers, seul le mariage permet à l'époux étranger d'obtenir de plein droit une carte de séjour<sup>4</sup>.

En fin de compte, constituent des mesures indirectes d'incitation, des avantages périphériques qui, mis bout à bout, rendent plus attrayante l'observance du comportement jugé idoine par le législateur.

Inversement, on peut également parler d'intimidation indirecte lorsque l'observance du comportement jugé idoine ne fait rien gagner à l'individu, mais que sa non-observance pourrait lui faire craindre une éventuelle exposition à quelques désagréments. Puisque la prophylaxie s'accommode très peu de pressions directes ou explicites, l'intimidation doit être diffuse et avant tout d'ordre psychologique. Elle peut par exemple résider dans la peur d'être mal vu, mal jugé ou tout simplement de se mettre à dos une autorité décisionnaire. Ainsi, lorsqu'est ordonnée une expertise biologique afin de prouver une filiation, est laissé aux juges du fond un pouvoir souverain d'appréciation pour tirer les conséquences du refus de se soumettre à une telle expertise<sup>5</sup>. De même, lorsque le juge propose aux litigants une mesure de médiation familiale, la crainte de se mettre à dos celui-ci en refusant sa proposition pousse les parties à suivre le comportement proposé<sup>6</sup>.

En fin de compte, les pressions indirectes, même si elles sont souvent difficiles à déceler, constituent un moyen non négligeable d'orientation des comportements individuels. Mais le plus souvent, la pression se fait plus vive lorsque le droit use de techniques directes de contrainte telles que la sanction.

---

<sup>1</sup> Article 346 du Code civil.

<sup>2</sup> On retrouve une trace de cette liberté pour chacun des époux d'user du nom de l'autre à l'article 300 du Code civil.

<sup>3</sup> Articles 731 et 732 du Code civil.

<sup>4</sup> Article L 313-11- 4° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

<sup>5</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 2006, pourvoi n° 05-17.814, *Bull.* 2006, I, n° 385 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, pourvoi n° 03-16.204, *Bull.* 2006, I, n° 291 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2009, pourvoi n° 08-10.936.

<sup>6</sup> Articles 255-1° et 373-2-10 du Code civil.

## 2) La sanction juridique

**45. Orientation autoritaire des comportements par la sanction.** — Il arrive souvent à propos de certaines problématiques que le législateur, conscient des limites de l'ouvrage prophylactique décide de ne pas prendre le risque d'un non-respect de la direction tracée aux individus. Dans de telles situations, il commande, impose un modèle de comportement sans laisser aux individus la possibilité de ne pas s'y conformer. Et pour assurer l'effectivité de ce modèle de conduite, il assortit l'obligation de s'y conformer d'une sanction<sup>1</sup>. En d'autres termes, par la sanction, le législateur organise *a priori* une réaction du droit à l'inobservance de la règle qu'il pose. D'ailleurs, comme le souligne à juste titre un auteur : « c'est à l'épreuve de la sanction que l'on voit en vérité se dégager l'importance attachée ou non par la société aux principes qu'elle pose »<sup>2</sup>.

Ainsi, la sanction se présente comme l'ensemble des conséquences juridiques — souvent énergiques — attachées à la violation d'une règle de droit<sup>3</sup>. Il s'agit de « toute réaction du droit à la violation de la règle juridique, que cette réaction vise à punir un coupable, réparer un dommage, ou rétablir la légalité »<sup>4</sup>. De cette définition transparaît une diversité des pratiques de la sanction, poussant un auteur à affirmer qu'« aujourd'hui, la sanction se pense au pluriel »<sup>5</sup> : pénale, administrative, disciplinaire, civile, pécuniaire, privative de droits et de libertés, préventives, curatives ; tout dépend de la fonction assignée à la sanction<sup>6</sup>.

Dans le cadre de ces développements, par sanction seront désignées les mesures de dissuasion visant à éviter la violation d'une norme de conduite ou les mesures destinées à mettre fin à la violation d'une telle norme de conduite. Elle diffère de la prophylaxie juridique en ce sens qu'elle permet d'imposer directement ou explicitement une conduite ou un ensemble de

---

<sup>1</sup> Nous considérons la sanction comme une forme de contrainte sans pour autant aboutir à une synonymie entre ces deux notions. Comme le soulignent de nombreux auteurs, il reste possible de distinguer la contrainte de la sanction même si l'une renvoie à l'autre. La contrainte est généralement considérée comme la mise en œuvre autoritaire de la règle de droit - donc nécessite une violation de la règle de droit à laquelle on met fin par la force étatique -, tandis que la sanction s'entend des conséquences attachées à la règle de droit - donc existe avant même une méconnaissance de la règle, car elle se justifie par la prévision d'une potentialité de méconnaissance de la règle -. Puisque ces conséquences visent *in fine* à obtenir la mise en œuvre de la règle de droit, il appert que la sanction participe à la contrainte. Sur la distinction, Voir, C. THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », RTD Civ. 2003, p. 599 et s. spéc. p. 605 - D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, V° Contrainte.

<sup>2</sup> F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Préface », in, C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, L'Harmattan 2001, p. 9.

<sup>3</sup> « De nombreux juristes devraient accepter de définir la sanction comme l'effet prévu par le droit à la suite de la violation d'un devoir, d'une prescription ». C.-A. MORAND, *La sanction*, APD 1990, p. 304. - Voir aussi, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, th. dactyl. Grenoble, 2012, spéc. p. 13 et s.

<sup>4</sup> C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique : présentation et conclusions de la recherche collective », in, C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. XXII.

<sup>5</sup> P. PONCELA, « Introduction à une approche philosophique de la sanction », in, Archives de politique criminelle, 1984, n° 7, p. 58.

<sup>6</sup> Pour une illustration des différentes formes de sanction, voir, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, PFUSL 2002, p. 235 et s.

conduites, là où par la mise en jeu d'une ou plusieurs autres règles, la technique prophylactique impose implicitement un modèle au départ proposé. *In fine*, la sanction permet de construire un droit de la famille à partir de la contrainte en imposant aux individus certaines conduites ou obligations jugées indispensables au bon fonctionnement des relations de famille.

Si on considère le droit de la famille comme un droit du groupe, et non comme un instrument abandonné à l'accomplissement personnel des individus, alors la sanction s'affirme comme l'outil indispensable d'une telle conception. À travers la palette diversifiée des sanctions en droit de la famille, il semblerait que ce soit cette conception du droit de la famille que consacre le législateur. Ainsi, on rencontre des sanctions spécifiques au droit de la famille telles que le retrait de l'autorité parentale<sup>1</sup>, la suppression des droits de visite et d'hébergement pour motifs graves<sup>2</sup>, la modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>3</sup>, les mesures d'assistance éducative<sup>4</sup>, la révocation judiciaire de l'adoption simple pour motifs graves<sup>5</sup>, le prononcé judiciaire de l'adoption malgré le refus de consentement parental à l'adoption<sup>6</sup>, la limitation des droits de l'enfant incestueux<sup>7</sup> ou de l'enfant issue d'un mode prohibé de conception tel que la gestation pour autrui<sup>8</sup>, les empêchements<sup>9</sup>, l'anéantissement des liens familiaux, etc.

Aussi, le droit de la famille use de sanctions génériques issues du droit commun telles que la nullité, l'exception d'inexécution, l'astreinte souvent destinée à briser la résistance du débiteur d'aliments qui refuse de s'exécuter, et la condamnation à des dommages-intérêts.

En définitive, il convient de souligner que la prophylaxie et la sanction constituent des techniques de contrainte sur lesquelles joue le législateur pour imposer en droit de la famille certains comportements et limiter l'agir des individus. Cependant, il faut remarquer qu'aujourd'hui, en droit de la famille, l'une comme l'autre est en net recul.

## B — L'INFLEXION DES TECHNIQUES JURIDIQUES DE CONTRAINTE

46. Si on affirme aujourd'hui l'existence d'un retrait de la contrainte dans la construction du droit de la famille, il s'agit là d'une tendance générale vérifiable dans

---

<sup>1</sup> Articles 378 et s. du Code civil.

<sup>2</sup> Article 373-2-1 al. 2 du Code civil.

<sup>3</sup> Article 373-2-13 du Code civil.

<sup>4</sup> Article 375 et s. du Code civil.

<sup>5</sup> Article 370 du Code civil.

<sup>6</sup> Article 348-6 du Code civil.

<sup>7</sup> Article 310-2 du Code civil.

<sup>8</sup> Article 16-7 du Code civil.

<sup>9</sup> Pour le mariage, voir les articles 144 et s. du Code civil. Pour le PACS, voir l'article 515-2 du Code civil.

l'ensemble de la matière. La remarque vaut autant pour la prophylaxie juridique que pour la sanction.

**47. Le recul de la prophylaxie juridique.** — Sous l'influence des valeurs nouvelles que constituent l'égalité et la liberté, les techniques indirectes d'orientation des comportements sont en net recul. Dans les rapports de couple par exemple, les règles qui visent à accorder des avantages aux couples mariés et défavoriser les couples non mariés ont, comme le note un auteur, progressivement disparu<sup>1</sup>. Toutefois, le propos ici n'est pas de nier la survivance en droit de la famille de techniques de prophylaxie juridique, car les exemples susmentionnés restent d'actualité. Il sera simplement question de souligner que la prophylaxie juridique est en net recul depuis l'irruption des valeurs nouvelles, comme en témoigne la disparition de bon nombre de corps de règles prophylactiques du droit contemporain de la famille<sup>2</sup>. C'est le cas par exemple des règles établissant une inégalité des filiations. Ces règles qui jadis visaient à inciter la conception des enfants dans le cadre du mariage en favorisant entre autres<sup>3</sup> sur le plan successoral les enfants légitimes ont progressivement disparu<sup>4</sup>. Aussi, les évolutions du droit fiscal illustrent ce mouvement de recul. Aujourd'hui, les pacsés et les mariés bénéficient globalement des mêmes avantages fiscaux et l'option entre le mariage et le PACS est devenue fiscalement neutre<sup>5</sup>. Toutefois, il faut relever que cet alignement n'est que global, car « les époux contrairement aux pacsés (...) sont soumis à un régime matrimonial qui s'accompagne de considérations fiscales propres »<sup>6</sup>. En effet, les époux contrairement aux pacsés ont la possibilité de modifier ou de changer de régime matrimonial pour moduler la

<sup>1</sup> P. MALAURIE, « L'effet prophylactique du droit civil », in, *Mélanges Jean CALAIS-AULOY, op. cit.*, p. 675 et s.

<sup>2</sup> *Ibid.* pp. 675-677.

<sup>3</sup> On peut aussi renvoyer aux modes d'établissement de la filiation qui étaient marqués par la différence de qualification du couple parental (ce n'est que par l'ordonnance du 4 juill. 2005 qu'a été supprimée dans la loi, la distinction des modes d'établissement et de contestation du lien de filiation en fonction de la qualification d'enfant légitime ou naturel), aux règles relatives à l'exercice de l'autorité qui différaient lors de la séparation en fonction de la situation matrimoniale des parents (ce n'est que par la loi du 8 janv. 1993 que l'exercice en commun de l'autorité parentale est devenu la règle, et ce quel que soit le rapport juridique existant entre les parents et même au-delà de leur séparation).

Sur l'évolution du droit de la famille vers une égalité des filiations, voir par exemple, T. VERMOTTE, *L'unification des filiations*, th. dactyl. Pau, 2005.

<sup>4</sup> Suite à la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt Mazurek (CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek c. France*, GACEDH, n°51, PUF 2005 ; JCP (G) 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, F. SUDRE ; RTD civ. 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; RTD civ. 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.), le législateur est intervenu, par la loi du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions du droit successoral, puis par la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, pour parfaire l'égalité entre enfants. Dorénavant, il est prévu à l'article 310 du C. civ. que « tous les enfants dont la filiation est légalement établie ont les mêmes droits et les mêmes devoirs dans leurs rapports avec leur père et mère. Ils entrent dans la famille de chacun d'eux ».

<sup>5</sup> La volonté d'alignement des situations fiscales des mariés et des pacsés a souvent été incomplète, parce que subsistaient des différences de traitement en matière de droits de mutation à titre gratuit. Depuis la loi en faveur de l'emploi, du travail et du pouvoir d'achat du 21 août 2007 (Loi n° 2007-1223), les mêmes avantages en matière de droit de mutation à titre gratuit ont été accordés aux pacsés.

<sup>6</sup> F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille*, LexisNexis 2013, p. 322.

pression fiscale pesant sur eux<sup>1</sup>. En revanche, des disparités sur le plan fiscal demeurent à l'égard des concubins. Et en matière d'impôt sur le revenu par exemple, l'article 6-1 du Code général des impôts rappelle que seules les personnes mariées, à l'exception des pacsés, sont soumises à une imposition commune signifiant *a contrario* que les concubins doivent faire l'objet d'impositions distinctes<sup>2</sup>. De même en matière de droit de mutation à titre gratuit, les pacsés et les époux sont mieux lotis que les concubins pour lesquels le taux des droits de mutation à titre gratuit s'élève à 60%<sup>3</sup>. On voit bien que ces considérations d'ordre fiscal peuvent influencer un choix initial de vie de couple en concubinage, surtout lorsque ce concubinage s'installant dans la durée fait naître la volonté d'assurer l'avenir du survivant dans des conditions fiscalement avantageuses.

Finalement, relevons que si l'ouvrage prophylactique tend à être déconstruit en droit extrapatrimonial de la famille sous l'influence de la liberté et de l'égalité, il ne faut toutefois pas conclure à sa disparition. Il s'agit bien d'un mouvement d'ensemble d'inflexion de la contrainte et non de disparition. Ceci se vérifie également à propos des sanctions des obligations familiales.

**48. Le recul des sanctions en droit de la famille<sup>4</sup>.** — Le recul des sanctions en droit de la famille est la conséquence directe de l'irruption de la liberté et de l'égalité dans les rapports familiaux. Le discours est bien connu et veut qu'au nom de la liberté, il soit interdit d'interdire<sup>5</sup> ; l'individu n'acceptant plus les contraintes venues de l'extérieur, on assiste à un recul des interdits et donc des sanctions qui assuraient leur effectivité. La disparition des limitations des droits de l'enfant adultérin, la disparition des interdictions de remariage et notamment la suppression du délai de viduité de l'ancien article 228 du Code civil par la loi du 26 mai 2004<sup>6</sup>, la suppression de l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe illustrent entre autres ce phénomène.

Globalement, a été observé un recul des sanctions des obligations familiales dans les rapports de couple et un réinvestissement des sanctions au sein de la parenté.

<sup>1</sup> Voir, F. DOUET, *Précis de droit fiscal de la famille, op. cit.*, pp. 323-366.

<sup>2</sup> Pour une illustration jurisprudentielle, voir, CE, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 9 déc. 1981, req. n° 22440. - CE, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ss-sect., 23 avr. 1975, req. n° 92621.

<sup>3</sup> Voir article 777 du Code général des impôts. À noter que pour les époux et pacsés, le taux des droits de mutation à titre gratuit fluctuent entre 5 et 45% en fonction du montant de la donation.

<sup>4</sup> Pour une analyse approfondie, voir, D. FENOUILLET, « Les sanctions en droit de la famille », *in*, C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz 2012, p. 151 et s. - C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, L'Harmattan 2001 - G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, th. dactyl. Grenoble, 2012.

<sup>5</sup> Le slogan « il est interdit d'interdire » a été, d'après un auteur, lancé par dérision en mai 1968 par Jean YANNE dans une émission radiophonique. Voir, X. LABBÉE, « La contractualisation du droit familial : et après ? », *in*, *Mélanges C. NEIRINCK*, LexisNexis, 2015, p. 264, note 13.

<sup>6</sup> Loi n° 2004-439 relative au divorce.

En effet, le recul des sanctions en droit de la famille touche de manière nette les rapports de couple, puisque sous la pression de la liberté et de l'égalité, il est devenu difficile d'asseoir un droit du couple sur la contrainte. Ainsi, l'obligation de fidélité n'est plus autant contraignante comme elle a pu l'être par le passé<sup>1</sup>. Certaines sanctions d'hier telles que les déchéances<sup>2</sup> dans le divorce et en matière d'autorité parentale<sup>3</sup> ont disparu. Les sanctions punitives relevant du droit pénal ont déserté le couple hormis l'abandon de famille, le viol entre époux et la répression des violences conjugales.

En revanche, dans les rapports parent-enfant, le souci de protection de l'enfant a conduit le législateur à construire un droit de la parenté sur la contrainte, comme en témoigne le renforcement des sanctions en la matière. Ainsi, à côté des sanctions civiles des devoirs parentaux — responsabilité civile, suppression des droits de visite et d'hébergement, modification de la résidence de l'enfant, retrait de l'autorité parentale, mesures d'assistance éducative, délégation forcée de l'autorité parentale, etc. —, on assiste à une revitalisation des sanctions non civiles telles que les sanctions punitives — délaissement d'enfant (art. 227-1 du Code pénal), l'abandon de famille (art. 227-3 et 4 du Code pénal), sanctions pénales des atteintes à l'exercice de l'autorité parentale (art. 227-5 à 227-11 du Code pénal), etc. —.

Finalement, on assiste dans le cadre des rapports familiaux non pas à un recul de la sanction, mais à un déplacement de celle-ci, des relations horizontales vers les relations verticales<sup>4</sup>.

En définitive, il faudrait noter que l'effacement continu de l'effet prophylactique du droit contemporain de la famille conjugué au constat d'un reflux des sanctions témoignent de l'essoufflement d'une méthode contraignante de construction du droit de la famille qui

---

<sup>1</sup> Voir M.-C. VILLA-NYS, « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », *Revue Droit et Patrimoine* 2000, n° 85, p. 96 et s.

<sup>2</sup> Pour une étude de cette forme particulière de sanction qu'est la déchéance, voir, F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles*, éd. Panthéon-Assas, 2008.

<sup>3</sup> Par abus de langage, on retrouve encore usitée l'expression déchéance de l'autorité parentale. Or, depuis la loi du 5 juillet 1996, le législateur a supprimé le terme déchéance pour le remplacer par celui de retrait de l'autorité parentale. En procédant ainsi, le législateur tient à souligner « qu'il s'agit avant tout d'une mesure de protection de l'enfant et non d'une sanction infligée aux parents ». P. MALAURIE ET H. FULCHIRON, *La famille, op. cit.* p. 639

<sup>4</sup> Voir D. FENOUILLET, « Les sanctions en droit de la famille », *op. cit.* p. 162 et s. - G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, th. dactyl. Grenoble, 2012, p. 38 ; « La thèse que nous défendons est celle d'un déplacement des sanctions en droit de la famille, de la sphère horizontale vers la sphère verticale. Certaines sanctions résistent malgré les évolutions des mœurs et des attentes des pouvoirs publics – c'est le cas du divorce pour faute comme sanction des devoirs matrimoniaux –, d'autres sanctions voient leur portée atténuée – c'est le cas des sanctions de l'infidélité –, d'autres encore se trouvent renforcées – c'est le cas des sanctions du devoir parental d'éducation. Alors que la poussée individualiste dans le couple conduit à un relatif désengagement du droit, la montée de la fonction éducative dans la parenté entraîne une participation plus forte que jamais des parents au "service public du maintien de l'ordre". Ce sont dans les relations de parenté que se développent des obligations familiales assorties d'une mise sous tutelle et d'une pénalisation des parents.

L'évolution des sanctions des obligations familiales laisse ainsi entrevoir une séparation à venir plus forte que jamais du droit de la famille en un droit horizontal du couple et en un droit vertical des relations parentales. Les deux droits, qui se renforçaient mutuellement auparavant, sont aujourd'hui disjoints et parfois même s'opposent. En matière d'obligation, le droit du couple se fait aujourd'hui symbolique, libéral et minimaliste ».

procédait d'une programmation des comportements individuels. Une telle méthode de construction du droit de la famille n'étant plus en phase avec les réalités de la société contemporaine était appelée à évoluer. Toutefois, l'analyse approfondie de la problématique montre que le législateur n'a pas renoncé à une construction contraignante des rapports familiaux.

## **§-2 : LE RENOUVELLEMENT DE LA CONTRAINTE JURIDIQUE**

**49.** Même si on assiste en droit de la famille à une inflexion des techniques de contrainte, le législateur n'a pas pour autant renoncé à une régulation contraignante des rapports familiaux. Le pouvoir d'imposer aux individus certaines obligations familiales, certains interdits découlant des relations de famille n'a pas disparu. Très souvent, le législateur se veut pédagogue<sup>1</sup> en misant sur une obéissance éclairée des individus à la règle de droit plutôt que sur une obéissance aveugle qui a tendance à marquer le pas en raison de la révolution individualiste en droit de la famille ; la contrainte juridique est alors acceptée par les individus (A). Cependant, à côté de cette pédagogie juridique, survit un autoritarisme juridique puisqu'il arrive au législateur de construire des pans entiers du droit de la famille sur une obéissance aveugle à la règle de droit. La contrainte juridique est alors imposée aux individus (B).

### **A — L'ÉMERGENCE D'UNE CONTRAINTE JURIDIQUE ACCEPTÉE**

**50.** Par l'expression « contrainte juridique acceptée » est visée une acceptation des individus à se soumettre à une construction contraignante des rapports familiaux (1), mais également une possibilité laissée aux individus de participer à l'individualisation de la règle contraignante dans leur cas particulier (2).

#### **1) L'adhésion générale à la contrainte juridique**

**51.** L'irruption des valeurs nouvelles a poussé le législateur à offrir aux individus un droit souple, plus adapté aux transformations de la famille. En effet, le désir d'émancipation de l'individu s'accompagne d'une certaine forme de retrait du droit, d'une dérégulation de la gestion de l'univers privé des individus. Ce retrait du droit implique nécessairement un retrait de la contrainte qui en est la partie intégrante. Sans la contrainte, le droit ne commande plus, il propose, il incite.

---

<sup>1</sup> Sur la loi pédagogue, voir, J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 155 et s.

En droit contemporain de la famille, il est loisible de remarquer que le législateur fait de plus en plus appel à des modes incitatifs de direction des conduites plutôt qu'aux modes impératifs de direction des conduites. La loi formule des objectifs — prendre en compte l'intérêt de l'enfant, de la famille —, des recommandations, mais se garde d'imposer, laissant aux volontés individuelles le droit d'opter entre la diversité des comportements pour ne pas dire le droit pour chacun de faire à sa guise.

Cette remarque est d'autant plus vraie lorsqu'on fait le constat de la difficulté de maintenir des liens de famille par le biais de la contrainte. Ceci se vérifie dans les relations de couples, où l'inobservance du comportement idoine est de moins en moins sanctionnée, si ce n'est par la dissolution du lien. Ceci se vérifie également en partie au sein de la parenté, car même si notre société contemporaine attribue une fonction structurante à l'autorité parentale et fait le pari de l'importance de l'amour parental dans la construction de l'enfant, il ne peut qu'imposer un minimum de conduites aux parents, jamais les obliger au-delà à aimer leur enfant ; la preuve en est le caractère purement déclaratoire de l'article 373-2 al. 2 qui incite les parents à maintenir des relations personnelles avec leur enfant.

De ces constatations, il apparaît que la construction du droit contemporain de la famille se veut résolument participative. Le législateur s'entoure d'experts, consulte les gouvernés à travers les enquêtes d'opinion, se montre réceptif aux évolutions des mœurs, mais se fait très souvent instrumentaliser par les lobbies. Aussi, les individus sont invités à prendre part à l'élaboration des règles de droit qui leur seront applicables. C'est ainsi que l'enfant, selon son âge et sa maturité, est associé aux décisions le concernant<sup>1</sup> ; les époux sont autorisés à régler par conventions les conséquences du divorce<sup>2</sup> et les parents voient dans certaines circonstances leurs accords portant sur l'autorité parentale pris en compte<sup>3</sup>. L'objectif d'un législateur qui opte pour une construction participative du droit est de rechercher l'adhésion des intéressés à l'application contraignante de la règle juridique. En effet, en proposant divers modèles de construction des rapports familiaux, le législateur laisse libre chacun de choisir ce qui lui sied le mieux ; « à chacun sa famille, à chacun son droit » écrivait le doyen CARBONNIER<sup>4</sup>. Toutefois, il faut souligner que si le choix du modèle est libre, le respect des obligations juridiques qui en découlent n'est pas facultatif. La contrainte refait alors surface pour imposer aux individus les conséquences juridiques de leur choix. En d'autres termes, ce qui change par rapport à la construction traditionnelle des relations de famille, c'est la liberté laissée aux individus de se placer, en fonction du modèle choisi, sous l'empire de telles règles contraignantes plutôt que de telles autres. Il apparaît alors que l'un des moyens indirects pour les individus de ne pas subir la construction contraignante du droit consiste à choisir, en

---

<sup>1</sup> Article 371-1 al. 3 du Code civil.

<sup>2</sup> Articles 265-2 et 268 du Code civil.

<sup>3</sup> Article 376-1 du Code civil.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, *Essai sur les lois*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 1995, p. 181.

présence d'une pluralité d'options posées par le législateur, le mode de gouvernement des rapports familiaux qui leur convient. Par un tel choix posé en amont de tout conflit d'intérêts, les individus adhèrent indirectement aux règles juridiques contraignantes découlant du régime juridique choisi. Par exemple, en choisissant le mariage, les individus manifestent leur adhésion aux règles juridiques régulant les rapports entre époux. De même, un couple en mal d'enfant en choisissant l'assistance médicale à la procréation plutôt que l'adoption simple<sup>1</sup>, adhère à l'interdiction qui lui est faite à l'article 311-20 al. 2 du C. civ., de remettre en cause leur lien de filiation établi à l'égard de l'enfant issu d'un tel processus.

À côté de l'adhésion générale à une forme de régulation des rapports familiaux, la faculté pour les individus de participer à l'individualisation de la contrainte juridique traduit également cette influence de plus en plus grande, des volontés sur la contrainte juridique.

## 2) L'individualisation de la contrainte juridique

52. S'il est permis de voir dans l'adhésion générale à un mode de régulation des rapports familiaux un procédé indirect permettant aux individus d'influer sur la contrainte, il existe également un procédé direct qui leur permet, en présence d'un conflit d'intérêts, de ne pas subir une individualisation inopportune de la règle contraignante découlant du régime juridique qu'ils avaient choisi.

Il est alors question de laisser les individus maîtres de la sanction juridique. Pour ce faire, ils vont recourir aux accords de volonté pour choisir la sanction adaptée, ou plus généralement les conséquences juridiques qu'ils jugent adaptées à leur cas d'espèce.

Par exemple, les époux peuvent au moment du divorce se mettre d'accord sur la sanction des fautes commises et soumettre ensuite cette convention à homologation<sup>2</sup>. De même, il est prévu à l'article 373-2-7 du C. civ. que les parents peuvent décider conventionnellement des modalités d'exercice de l'autorité parentale et soumettre cet accord au juge pour homologation<sup>3</sup>.

À travers ces accords de volontés permettant aux individus d'échapper à une individualisation potentiellement inopportune de la contrainte si elle avait émané du juge, un auteur conclut à sa privatisation dans les rapports familiaux<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> En choisissant l'adoption simple, il est possible de demander au TGI, une révocation de l'adoption simple en présence de motifs graves (art. 370 du C. civ.).

<sup>2</sup> À propos des aménagements conventionnels en matière de divorce, voir par exemple, J. HAUSER, P. DELMAS SAINT-HILAIRE, *Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel*, Revue Defrénois 2005, n° 5, p. 357. - F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Divorce et contrat », in, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La Contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 67 et s.

<sup>3</sup> Sur la contractualisation de l'autorité parentale, voir par exemple, A.-M. LEROYER, « Autorité parentale et contrat », in, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La Contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 153 et s.

<sup>4</sup> D. FENOUILLET, « Les sanctions en droit de la famille », *op. cit.* spéc. pp. 161-162.

Toutefois, il convient de préciser tout d'abord qu'en droit de la famille, ce pouvoir d'individualisation de la contrainte laissé aux individus trouve sa source non pas dans le principe de l'autonomie de la volonté, mais dans la loi. En effet, le pouvoir d'individualiser la contrainte juridique n'est pas possible dans tous les secteurs du droit de la famille ; il existe encore des pans du droit de la famille imperméables aux accords de volontés<sup>1</sup>.

Ensuite, il convient de rappeler que le caractère obligatoire de l'individualisation de la contrainte découle à la fois de la force obligatoire des conventions, mais aussi de l'intervention de l'autorité publique. L'exemple le plus topique est fourni par le domaine de l'autorité parentale où l'exécution de la convention par laquelle les parents organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale est soumise à homologation judiciaire. En vertu de son pouvoir d'opportunité fondé sur l'intérêt de l'enfant, le juge peut refuser d'homologuer la convention relative à l'organisation des modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2-7 du C. civ.). En matière de divorce également, un pouvoir similaire permet au juge de rejeter la convention de divorce, s'il lui apparaît qu'elle préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou des époux (art. 232 et 268 du C. civ.).

En fin de compte, le pluralisme familial auquel a conduit l'irruption des valeurs de liberté et d'égalité en droit de la famille n'a pas enterré l'idée de contrainte en droit de la famille, même si les techniques juridiques permettant son expression donnent l'impression d'un retrait dans la construction de ce droit. En réalité, le pluralisme familial n'a eu pour effet qu'un changement de la nature de la sanction ; d'une contrainte imposée par l'autorité étatique, on passe à une contrainte acceptée par les individus. Toutefois, il faut noter que cette diversité du droit contemporain de la famille n'a pas non plus enterré toute idée d'une construction autoritaire du droit de la famille. En effet, il arrive encore en droit de la famille que le législateur impose un modèle de comportement aux individus sans leur laisser la possibilité d'y déroger. Il ne s'agit plus d'un modèle participatif, mais d'un modèle impératif dont l'effectivité est assurée par une contrainte sur laquelle la volonté des parties n'a aucune prise.

## **B — LA SURVIVANCE D'UNE CONTRAINTE JURIDIQUE IMPOSÉE**

**53.** Dans certaines situations, le législateur reste convaincu de la nécessité d'imposer aux individus une renonciation à leurs aspirations personnelles en prescrivant des interdictions. D'ailleurs comme l'avaient très tôt perçus d'éminents juristes, « la famille importe

---

<sup>1</sup> Se référer par exemple aux dispositions de l'article 1388 du C. civ.

trop à l'État pour que celui-ci se désintéresse de ce qui la concerne »<sup>1</sup>, en l'abandonnant complètement au jeu des aspirations individuelles.

Il n'est alors plus question de prévoir une pluralité de comportements pour laisser ensuite les individus libres d'adopter ceux qu'ils estiment compatibles avec leur vision subjective des rapports familiaux. Les raisons d'une telle intervention autoritaire dans la gestion de l'univers privé des individus sont de deux sortes.

D'une part, une construction impérative peut s'expliquer par la nécessité de faire prévaloir l'intérêt de l'institution familiale sur celui des composantes, lorsque le bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité en dépend<sup>2</sup>.

Il est alors question, par la conduite d'une politique normative contraignante, d'assurer de manière autoritaire la primauté d'un modèle familial. On parle alors d'ordre public de direction pour traduire cette volonté du législateur de sauvegarder par le biais de la norme les intérêts supérieurs du groupe social<sup>3</sup>. On retrouve à ce titre, les interdits fondamentaux de notre société tels que l'inceste, la polygamie, la fidélité.

D'autre part, une construction impérative peut également se justifier par la nécessité, non pas de protéger les institutions, mais des intérêts catégoriels jugés plus faibles comme ceux des majeurs incapables et des mineurs par exemple. On touche alors à un ordre public de protection qui érige en impératifs la protection de l'intérêt de l'enfant, de la famille, des consentements.

Toutefois, la distinction « ordre public de direction et de protection » est difficile à mettre en œuvre en pratique<sup>4</sup>, car au-delà de la finalité immédiate de protection d'un intérêt particulier, on touche en fin de compte à l'intérêt social lui-même. Protéger un intérêt particulier, c'est aspirer à une certaine idée de la justice ; or la justice est une valeur chère à la société. Donc, la protection d'un intérêt privé aboutit à la promotion de l'intérêt social ; l'ordre public de protection rencontre alors l'ordre public de direction. Des auteurs font même remarquer que cette « rencontre est inévitable et même, peut-on dire, rassurante »<sup>5</sup>.

Aujourd'hui, en droit contemporain de la famille, malgré l'irruption des valeurs nouvelles d'égalité et de liberté, on retrouve quand même par endroits dans le droit contemporain de la famille, la prégnance d'un ordre public pour le moins directif. On en veut pour preuve

<sup>1</sup> M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, t. II, La famille*, par A. ROUAST, LGDJ, 1952, p. 7.

<sup>2</sup> P. MALAURIE, *L'ordre public et les contrats*, th. dactyl. Paris 1953, p. 69.

<sup>3</sup> J. HAUSER, « Rapport français », in, *L'ordre public*, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1998, p. 475, spéc. 476. - Pour monsieur J.-F. ROMAIN, « l'ordre public est un ensemble de règles fondamentales, assorties de sanctions, et qui gouvernent, en principe sans dérogation possible, la vie dans une société donnée ». J.-F. ROMAIN, « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in, *Les conférences du centre de droit privé et de droit économique*, vol. 3, *L'ordre public ; concept et applications*, Bruylant, 1995, p. 8 et s., spéc. pp. 10-11.

<sup>4</sup> Pour une tentative de distinction, voir infra n°191 et s.

<sup>5</sup> J. HAUSER, J.J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Répertoire civil Dalloz 2013, spéc. Art. 2, Section 2.

l'interdiction d'établissement d'un double lien de filiation en cas d'inceste absolu (art. 310-2 du C. civ.), l'interdiction de contester le lien de filiation de l'enfant issu d'une assistance médicale à la procréation (art. 311-20 al. 2 du C. civ.), l'interdiction de la polygamie par mariage (art. 147 du C. civ.) ou par PACS (art. 515-2 du C. civ.), l'impossibilité pour les époux de déroger par convention aux droits et aux devoirs résultant pour eux du mariage (art. 1388 du C. civ.), l'impossibilité de renoncer aux actions relatives à la filiation (art. 323 du C. civ.).

De ces illustrations, il convient de retenir que la notion d'ordre public exprime une autorité, une contrainte qui s'impose aux destinataires d'une règle de droit sans qu'il leur soit permis d'adopter un comportement différent de celui prescrit autoritairement par la norme. Donc, la démonstration d'une survivance d'un ordre public en droit de la famille<sup>1</sup> emporte *in fine*, la démonstration de la survivance d'une contrainte imposée aux individus dans leurs rapports de famille.

D'ailleurs pour se convaincre de l'intensité de cette contrainte imposée aux individus, il suffit de faire remarquer qu'en droit contemporain de la famille, on assiste à un élargissement du champ d'action du ministère public dans les contentieux familiaux<sup>2</sup> ; un tel élargissement s'explique sans doute par un souci de défense de l'ordre public.

---

<sup>1</sup> Sur l'actualité de l'ordre public en droit de la famille, voir par exemple, C. ROPERS, « Reste-t-il un ordre public familial ? », in, *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Publications de l'université de Rouen 2004, p. 89 et s. - J.-L. RENCHON, « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in, A. WIFFELS (dir.), *Le Code civil entre ius commune et le droit privé européen*, Bruylant 2005, p. 269 et s. - J. LEMOULAND, « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in, *Mélanges J. SAINTE-ROSE*, Bruylant, 2012, spéc. pp. 747-750.

<sup>2</sup> A. LEBORGNE, « Le rôle du ministère public dans le contentieux familial » in, L. WEILLER (dir.), *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, 2012, p. 41 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

54. L'ambition globale du législateur de 1804 était de construire un droit de la famille à partir d'une idée morale selon laquelle, mérite d'être juridiquement protégée la famille fondée sur le mariage. Partant, des valeurs fondamentales telles que la fidélité, la soumission à une autorité, la solidarité, la monogamie, l'exogamie, et l'altérité sexuelle jalonnaient son œuvre. Ces valeurs servaient de repères aux individus et les intérêts individuels n'étaient pris en compte par le législateur que s'ils épousaient ces valeurs clairement affichées. Ainsi, les conflits d'intérêts ne posaient pas de difficultés particulières quant à leur traitement ; il suffisait de se référer à l'échelle des valeurs sociales fixée par le législateur pour les réguler. Il était alors possible de réaliser des projections de traitement puisque le législateur, en affichant clairement les intérêts qui comptent, laissait très peu de place à l'incertitude.

Cette méthode simple de résolution des conflits d'intérêts en droit de la famille va voler en éclats suite à l'irruption des valeurs nouvelles de liberté et d'égalité qui promeuvent les aspirations individuelles aux dépens des considérations collectives. Cette sacralisation de l'individu va conduire le législateur à considérer que tous les comportements se valent ; ce qui aura pour conséquence l'accueil dans le giron du droit de comportements autrefois écartés et partant la prolifération des conflits d'intérêts, car désormais, tous les intérêts sont *a priori* recevables.

Dès lors, c'est toute la politique législative familiale qui devient illisible, incohérente<sup>1</sup>. En estimant *a priori* que tous les comportements peuvent être reçus dans l'ordre juridique, le législateur brouille les pistes et on a du mal à identifier ceux qu'ils pourraient considérer potentiellement dangereux pour la société et surtout au nom de quoi. À ce titre, la contrainte, technique simple permettant jadis de repérer de tels comportements, est aujourd'hui en retrait. La politique souple de construction du droit de la famille usitée à l'époque contemporaine par le législateur ne permet pas toujours d'établir *a priori* les priorités qui se révèlent alors *a posteriori*, c'est-à-dire à la suite du choc des intérêts.

Même si un ordre public continue à se maintenir en la matière, la construction de certains pans du droit de la famille se fait en revanche à l'envers puisque c'est souvent l'issue de la confrontation dans l'espace juridique des intérêts individuels et sociaux qui permet de

---

<sup>1</sup> Même s'il a pu être établi que demeurent des pans du droit de la famille fondés sur une imposition autoritaire des comportements, ces interdits apparaissent instables, tant il est possible de les voir céder sous l'influence des libertés individuelles. Le recul des empêchements à mariage pour cause d'alliance ou de parenté constitue un exemple topique.

reconstruire le sens des priorités. C'est le cas par exemple des affrontements entre l'intérêt général et les intérêts privés en matière de gestation pour autrui qui aboutissent *in fine* à recentrer le droit de la filiation sur l'intérêt de l'enfant.

De manière générale, on assiste à une régression de la fonction symbolique du droit qui emporte des conséquences sur le plan méthodologique. En effet, d'une méthode dogmatique axée sur le sens des priorités autoritairement déterminé par le législateur, on migre de plus en plus vers une méthode empirique qui n'est que la conséquence d'une imprécision de départ quant aux valeurs profondes inspirant l'ordre juridique de référence.

Ainsi, l'apport du présent chapitre réside dans la démonstration suivant laquelle l'anomie du droit de la famille engendre une incertitude juridique qui se traduit par la perte de prévisibilité dans le traitement des conflits d'intérêts. On mesure alors qu'un désordre générique au droit de la famille du point de vue de sa construction — l'absence d'imposition des valeurs familiales —, se répercute sur le traitement des conflits d'intérêts, qui privé d'un arrière-fond dogmatique devient imprévisible. Pour s'en convaincre, il suffit de souligner le rôle grandissant joué par l'équité judiciaire dans la régulation des conflits d'intérêts en matière familiale.

## CHAPITRE II : L'EXPANSION DES TRAITEMENTS EN ÉQUITÉ

« L'équité n'est plus alors, comme dans la pensée de Portalis, cette "béquille de la justice" qui comble l'écart inévitable entre la généralité de la loi et la singularité du fait, elle n'est plus cet *ultimum remedium* qui supplée aux lacunes du législateur. Elle devient en elle-même règle de jugement, principe d'arbitrage, mesure des justes transactions, concessions et distributions »<sup>1</sup>.

**55. Le sens attribué à l'équité.** — Démontrer que le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille repose de plus en plus sur l'équité<sup>2</sup> suppose, logiquement, qu'on commence par déterminer les réalités qu'on cache derrière cette notion.

La définition de l'équité a toujours été source d'hésitations à tel point que les juristes les plus avertis ont renoncé à la définir. Ainsi, dans sa thèse de doctorat, monsieur DE PAGE était arrivé à la conclusion suivante à propos de l'équité : « à moins de se piper des mirages de la métaphysique, l'équité (serait) indéfinissable »<sup>3</sup>. De même, le doyen CARBONNIER a pu dire de l'équité qu'« elle se sent ; elle ne se définit pas »<sup>4</sup>. Face à l'impossibilité de proposer une définition satisfaisante de l'équité<sup>5</sup>, la doctrine l'appréhende à travers une approche

<sup>1</sup> F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, PFUSL, 1990, p. 180.

Se référer aussi aux craintes d'un auteur à propos de la généralisation de l'équité en droit de la famille. J. HAUSER, « Décadences et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in, *Mélanges D. HUET-WEILLER*, LGDJ, 1994, p. 241 : « Formulons alors la question brutalement : veut-on que tout le droit non patrimonial des personnes devienne du fait dont l'appréciation dépendrait du pouvoir souverain des juges du fond ? Le masque de cette démarche est connu : l'intérêt de la famille, l'intérêt de l'enfant (...) ».

<sup>2</sup> Parmi la littérature abondante sur cette notion d'équité, voir par exemple, A. DESSENS, *Essai sur la notion d'équité*, th. dactyl. Toulouse, 1934. - C. ALBIGÈS, *De l'équité en droit français*, Préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000. - A. TUNC, « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in, *L'hypothèse du non-droit : XXX<sup>e</sup> séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977*, Liège, 1978, p. 284 et s. - D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2010, V° Equité. - M.-S. ZAKI, Définir l'équité, A.P.D., t. 35, 1990, p. 87 et s. - H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit*, Sirey-Bruylant, 1931. - C. ALBIGÈS, Répertoire de droit civil, V° Equité.

<sup>3</sup> H. DE PAGE, *A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit*, sirey, 1931, p. 161 et s.

<sup>4</sup> J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », rééd. dans, *Jean CARBONNIER, Écrits (textes rassemblés par Raymond VERDIER)*, PUF, 2010, p. 649 à 661, spéc. p. 656.

<sup>5</sup> Voir dans ce sens, les observations de C. ALBIGÈS, *De l'équité en droit français*, Préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000, n° 3, p. 3.

fonctionnelle. C'est ainsi qu'elle retient généralement que l'équité est susceptible de jouer trois rôles différents<sup>1</sup> en droit.

Tout d'abord, l'équité peut être subversive dans le sens où elle permet au juge d'ignorer la loi et de rendre une décision intuitive suivant ce que sa conscience considère comme juste. Cette forme d'équité conduit à une justice arbitraire puisqu'elle vise à remplacer la règle de droit dont l'essence est d'orienter les comportements dans un souci de sécurité, par l'équité qui opère alors *contra legem*.

Ensuite, l'équité peut être modératrice — on parle aussi d'équité correctrice — dans le sens où elle permet, tout en se brochant sur les règles de droit applicables, d'éviter dans une affaire qu'une application rigoureuse de la loi ne conduise à des conséquences déraisonnables en raison de la particularité de l'espèce. « L'équité est alors la justice exercée, non pas selon la rigueur de la loi, mais avec une modération et un adoucissement raisonnables ; le procédé est légitime parce que l'on sait qu'une règle positive, formulée en termes généraux, ne tombe pas toujours juste »<sup>2</sup>. En présence d'une équité correctrice, seule l'adéquation de la règle générale au cas particulier est abandonnée à la sagesse du juge ; celui-ci reste tenu d'appliquer la règle de droit, mais reçoit simplement le pouvoir de modérer ses effets lorsque la particularité de l'espèce le justifie. Il s'agit donc d'une équité *infra legem* dans le sens où elle est utilisée dans le cadre du droit ; elle n'ambitionne pas à remplacer le droit, mais vise seulement à le seconder afin d'en améliorer la réalisation. En présence d'une équité *infra legem*, la solution retenue repose sur un raisonnement juridique vérifiable ; seuls certains éléments ou composants dudit raisonnement restent flexibles dans leur concrétisation.

Enfin, l'équité peut être créatrice — on parle aussi d'équité supérieure —. Elle constitue alors un moyen permettant de combler les lacunes<sup>3</sup> des règles juridiques en inspirant à l'interprète un ensemble de règles nouvelles conformes à l'esprit du système. L'équité créatrice ne permet pas de s'émanciper du droit, puisque le juge se doit de rester fidèle à l'esprit du système juridique ; sa création destinée à combler les éventuelles lacunes du droit doit nécessairement être compatible avec l'œuvre législative incomplète. Il s'agit donc d'une équité *praeter legem*.

En fin de compte, l'équité jouant ces différents rôles, on a tendance à oublier qu'elle est tout cela à la fois. Elle ne peut donc être réduite à « un blanc-seing donné au juge pour statuer selon ses humeurs ou ses convictions »<sup>4</sup>. On la discerne lorsque le juge décide de trancher de

<sup>1</sup> Sur les fonctions de l'équité, voir par exemple, C. ALBIGÈS, *Rép. civ. Dalloz, V° Équité*, n° 36 et s. - D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2010, V° Équité, p. 636 et s.

<sup>2</sup> D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 635.

<sup>3</sup> Il s'agit de situations dans lesquelles une déficience quelconque affecte la réponse juridique d'une difficulté donnée. Voir par exemple, l'ouvrage de référence en la matière (C. PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968) et plus spécifiquement l'article de monsieur CANARIS (C. W. CANARIS, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », in, C. PERLEMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant 1968, p. 161 et s.).

<sup>4</sup> A. GIRARDET, « Équité du juge : et si on levait le voile ? », revue *Justices* 1998, n° 9, p. 1.

manière intuitive un litige en se référant à des critères tels que la raison et la morale<sup>1</sup>. Elle est également présente lorsque le législateur décide d'humaniser le droit en prévoyant des soupapes d'adaptation dont le juge pourra se servir afin que l'application de la règle tombe toujours juste<sup>2</sup>. On la retrouve enfin lorsque le juge confronté aux incomplétudes du système juridique décide de faire œuvre créatrice afin de rendre justice. Sans précision spécifique relative à un sens particulier à donner à l'équité, il faudra dans les développements à venir entendre par cette notion, une possibilité pour le juge de retenir dans le traitement des conflits d'intérêts ce qui lui paraît juste au regard de la situation particulière à juger.

**56. Le jugement en équité, source d'incertitude.** — Recourir à l'équité pour arbitrer entre des intérêts antagonistes est indéniablement source d'incertitude dans la mesure où l'arbitrage retenu reste imprévisible pour les litigants ; imprévisible soit parce qu'il ne résulte pas de l'application d'une règle de droit prédéterminée soit parce que la concrétisation de la règle de droit reste floue. Pour éviter que cette incertitude juridique ne soit trop importante et ne dégénère en insécurité juridique, le législateur prend le soin d'imposer au juge de trancher les litiges conformément aux règles de droit (art. 12 du CPC). Le traitement en équité des conflits d'intérêts n'est envisageable que si la règle de droit elle-même vient exceptionnellement autoriser le juge à y recourir. Or, on constate au contraire que le juge dispense l'équité dans la régulation des conflits d'intérêts en droit de la famille, alors même que le législateur ne l'y a point invité. En effet, il arrive que même dans les hypothèses où le législateur pose en amont des critères clairs permettant de faire un départ objectif entre les intérêts familiaux en conflit, le juge ne renonce pas pour autant à un arbitrage en équité des intérêts en conflit.

Dès lors, l'objectif assigné aux présents développements consiste à mesurer l'impact, du point de vue de la sécurité juridique, d'une telle généralisation de l'équité sur le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. En d'autres termes, est-ce que l'incertitude qu'engendre le recours à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille dégénère en insécurité juridique ? Pour répondre à cette interrogation, il faudra tout d'abord établir la réalité d'une généralisation de l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts, en démontrant l'importance sur un plan quantitatif de sa mobilisation dans la régulation desdits conflits (Section I) ; une telle entreprise passe nécessairement par une appréhension des manifestations de l'équité. Ce n'est qu'après une telle démonstration qu'on pourra ensuite mesurer l'impact d'une généralisation des traitements en équité sur la sécurité juridique (Section II).

---

<sup>1</sup> Voir le sens 4 de l'équité donné par le Vocabulaire juridique du doyen CORNU.

<sup>2</sup> Voir le sens 3 de l'équité donné par le Vocabulaire juridique du doyen CORNU.

## SECTION I : LA PREUVE D'UNE PRÉPONDÉRANCE DES TRAITEMENTS EN ÉQUITÉ

57. S'il n'est guère étonnant de voir l'équité se manifester dans le traitement des conflits d'intérêts en présence d'une habilitation législative permettant au juge d'y recourir (§-1), il est beaucoup plus surprenant, au regard de la prescription posée au premier alinéa de l'article 12 du Code de procédure civile<sup>1</sup>, de voir le juge en l'absence d'habilitation législative ou de renvoi de la loi, recourir à l'équité dans la régulation des conflits d'intérêts (§-2).

### §-1 : LE RECOURS À L'ÉQUITÉ FAMILIALE SUR RENVOI DE LA LOI

58. En droit extrapatrimonial de la famille, l'hypothèse d'un recours à l'équité familiale sur renvoi de la loi ne peut s'envisager que s'il est admis que les imprécisions des règles de conflit habilite le juge à recourir à l'équité pour faire le départ entre les intérêts antagonistes. Ainsi, après avoir posé le constat général d'un renvoi implicite à l'équité en droit extrapatrimonial de la famille (A), il sera question, à travers nombre d'illustrations, d'établir son importance dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille (B).

#### A — LE CONSTAT D'UN RENVOI IMPLICITE À L'ÉQUITÉ EN DROIT EXTRAPATRIMONIAL DE LA FAMILLE

59. **L'absence de renvoi explicite à l'équité en droit extrapatrimonial de la famille.** — En droit de la famille, ce n'est qu'en matière patrimoniale que le législateur renvoie expressément à un traitement équitable des conflits d'intérêts. Par exemple, il est fait référence à l'équité pour régler les effets patrimoniaux du divorce entre époux (article 270 du C. civ.). De même, le législateur renvoie à l'équité pour réguler les rapports patrimoniaux entre indivisaires, qu'ils soient ou non unis par un lien de famille (815-13 du C. civ.). Autant dire que pour la régulation des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille, qui pour rappel constituent le cadre de cette étude, la loi ne renvoie pas de façon explicite à un traitement équitable.

---

<sup>1</sup> Cinq articles du C. civ autorisent le juge à faire de l'équité un critère de décision. Il s'agit des articles 270, 565, 815-13, 1194, 1579. Rappelons également que l'alinéa 4 de l'article 12 du CPC permet également aux parties de demander au juge de statuer en équité sous réserve du respect des conditions de temps (le litige doit être né), de forme (pour statuer en amiable compositeur, les parties doivent expressément, en vertu d'un accord confier une telle mission au juge), et de fond (les parties doivent avoir la libre disposition de leurs droits).

**60. L'hypothèse d'un renvoi implicite à l'équité.** — Toutefois, en pratique, les normes contemporaines du droit de la famille en replaçant le juge au cœur de la régulation des conflits d'intérêts, favorisent implicitement un recours à l'équité. En effet, en raison de leur imprécision, les règles de conflit en droit de la famille nécessitent pour leur mobilisation un important travail d'interprétation. Faisant le constat suivant lequel il est reconnu au juge un large pouvoir d'appréciation dans la mise en œuvre des règles imprécises, un auteur a pu souligner que la mobilisation de ces règles confine à « une équité de terrain »<sup>1</sup>.

En d'autres termes, à chaque fois que la norme familiale permettant de réguler le conflit est imprécise, il faut y voir avant tout, une invitation par laquelle le législateur demande au juge d'individualiser, au terme d'une appréciation personnelle de la situation, la solution du litige. Il lui demande donc, à partir d'un matériau mou, de moduler la construction du traitement juridique en fonction des particularités de chaque espèce. Reste alors, pour reconnaître une telle invitation, à préciser ce qui est visé par la formule « règle de conflit imprécise ».

Concrètement, on peut considérer qu'une règle de conflit est imprécise lorsqu'on retrouve dans son présupposé — le cas de figure factuel envisagé par le législateur — ou dans son imputation — la solution juridique qu'il convient d'appliquer lorsqu'on reconnaît le cas de figure factuel —, une indétermination. Il peut même arriver que cette imprécision ou indétermination touche à la fois le présupposé de la règle et son imputation. Par exemple, si on analyse brièvement les termes de l'article 220-1 du Code civil, il ressort, d'une part, que le cas de figure factuel envisagé par le législateur ne brille pas par sa précision. L'usage de la notion de « gravité dans le manquement des devoirs conjugaux » nécessite que soit fixé un seuil de gravité<sup>2</sup>, autrement dit un seuil à partir duquel le comportement bascule dans l'hypothèse prévue par le législateur. Puis, complexifiant davantage, il est exigé pour appliquer la règle inscrite à cet article, que de ce manquement découle une « mise en péril des intérêts de la famille », autre notion aux contours plus qu'incertains. D'autre part, il ressort également de l'analyse des termes de cet article que la solution juridique applicable est plus qu'incertaine. Tout d'abord, se déduit de l'usage du verbe pouvoir, l'existence d'une faculté pour le juge d'appliquer la règle. Ensuite, la règle elle-même à savoir « la prescription de mesures urgentes que requièrent les intérêts de la famille » ne précise point la nature des mesures susceptibles d'être prises.

Dès lors, à chaque fois que le législateur ferait usage au sein des règles de conflit, de notions indéterminées, incertaines, vagues, qui affectent son efficacité opérationnelle<sup>3</sup>, une

<sup>1</sup> J. HAUSER, « Dieu nous garde de l'équité des parlements » *in*, Mélanges M. VIDAL, PUB, 2010, p. 594.

<sup>2</sup> Sur la notion de gravité comme critère flou dans les règles juridiques, voir, J.-L. PIOTRAUT, *La notion de gravité dans le Code civil*, Gaz. Pal. 2000, n° 263, p. 4.

<sup>3</sup> Pour saisir la part d'indétermination qui affecte l'efficacité opérationnelle des règles juridiques, la doctrine (Voir par exemple, C. POMART, *La magistrature familiale*, L'Harmattan, 2003, p. 47 et s. - S. FRÉMEAUX, *Les notions indéterminées du droit de la famille*, RRJ 1998, n° 3, p. 865 et s., spéc., p. 867) utilise en fonction du degré ou de la nature de l'imprécision les termes de :

autorisation implicite à recourir à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts doit être reconnue au juge. Abondant dans le même sens, un auteur a pu retenir que l'introduction au sein de la règle de droit de notions au contenu indéterminé constitue autant « de licences concédées au juge de recourir à l'équité »<sup>1</sup>. Ce qui signifie que quand on rencontre dans la règle de conflit des concepts indéterminés comme l'intérêt légitime, l'intérêt de la famille, la bonne foi, les motifs graves, l'intérêt de l'enfant, la mobilisation de telles règles conduit à un jugement sur mesure, un jugement en équité — correctrice —.

Or, en droit des personnes et de la famille, ces notions ou concepts indéterminés ont tendance à pulluler au sein des normes censées faire le départ entre les intérêts familiaux divergents<sup>2</sup>. Ce qui laisse entrevoir un rôle non négligeable joué par l'équité en la matière. Il suffit de recenser les figures de l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts pour s'en convaincre.

---

- **notion à contenu variable** lorsque l'indétermination porte en particulier sur un signe linguistique présent dans la norme

- **disposition à contenu variable** lorsque l'indétermination porte sur l'ensemble de la règle que pose le législateur. Généralement au sein des dispositions à contenu variable on retrouve une faculté laissée au juge d'y substituer une autre règle imprécise comme l'équité.

- **droit mou** lorsque la règle énonce des dispositions non contraignantes

- **polysèmes** lorsque l'indétermination porte sur un sens linguistique particulier susceptible de recevoir des significations diverses, mais prédéterminées. Ce qui différencie aux yeux d'un auteur (C. POMART, *La magistrature familiale, op. cit.*, p. 55 et s.) les polysèmes des notions à contenu variable qui nécessitent une intervention extérieure du juge pour les conduire dans un sens déterminé.

- **standards** lorsque l'indétermination procède de la nécessité, avant toute application de la règle, d'une démarche de comparaison avec une situation ou un comportement considéré comme normal. D'ailleurs, d'après un auteur, « le standard juridique est un pur instrument de mesure des comportements et des situations en termes de normalité » (S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, LGDJ, 1980, p. 61. - Voir aussi, V. FORTIER, *La fonction normative des notions floues*, RRJ 1991, p. 755 et s., spéc. pp. 756-757 ). En ce sens la faute et le concept de bon père de famille renverraient plus aux standards.

*In fine* peu importe le terme employé, on est confronté en raison d'une indétermination, à l'impossibilité d'une application immédiate de la règle c'est-à-dire, à l'impossibilité de mettre en œuvre le syllogisme judiciaire en partant du seul énoncé de la règle. C'est pourquoi nous parlerons simplement de concepts indéterminés.

<sup>1</sup> C. ALBIGÈS, *Rép. civ. Dalloz, V° Équité*, n° 46. - Dans le même sens, un auteur (P. JESTAZ, « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », RTD civ. 1996, p. 299 et s., spéc. III-B-1) reconnaît que « même en France légaliste, la loi utilise à l'occasion des notions souples et non définies pour l'application desquelles elle fait confiance à l'équité du juge ».

<sup>2</sup> Un auteur faisait justement remarquer que « les lois récentes sur la famille ont eu délibérément recours au procédé des notions-cadres, volontairement floues, dont le juge est implicitement chargé de définir le contenu. Les plus caractéristiques sont constituées par la référence à l'intérêt de l'enfant, celui des époux ou celui de la famille (...) ». J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », *in, Les notions à contenu variable en droit*, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruylant 1984, p. 77. Voir également, J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », *in, Les notions à contenu variable en droit, op. cit.*, p. 99 et s. - S. FRÉMEAUX, *Les notions indéterminées du droit de la famille*, RRJ 1998, n° 3, p. 865 et s.

## **B — LES ILLUSTRATIONS DU RECOURS À L'ÉQUITÉ EN RAISON DE L'IMPRÉCISION DES RÈGLES DE CONFLIT**

**61.** Pour débusquer les figures de l'équité familiale, il suffirait de s'intéresser aux conflits d'intérêts pour lesquels le législateur a érigé les concepts indéterminés en critère de solution. Dans un souci de cohérence, les illustrations du recours à l'équité sur renvoi implicite de la loi seront ordonnées autour de deux pôles ; tout d'abord celui des conflits d'intérêts horizontaux, c'est-à-dire ceux survenant dans les rapports de couple (1), et ensuite, celui des conflits d'intérêts verticaux, c'est-à-dire ceux qui font s'opposer d'un côté, l'intérêt de l'enfant, et de l'autre, les intérêts de ses ascendants (2).

### **1) Le recours à l'équité dans les rapports conflictuels au sein du couple**

**62.** Même si en raison de la délimitation du champ d'étude, il sera principalement question de démontrer qu'en droit extrapatrimonial de la famille, l'imprécision des règles de conflit confine à une équité judiciaire, il ne faut pas perdre de vue qu'un tel constat est également vrai en droit patrimonial de la famille. C'est le cas par exemple de la règle de conflit prévu à l'article 217 du C. civ. qui permet aux époux de sortir d'une situation de blocage lorsqu'ils n'arrivent pas à s'accorder sur la réalisation d'actes juridiques nécessitant leurs consentements. Dans une telle situation, il est permis au juge de mettre fin au blocage par une appréciation souveraine<sup>1</sup> de l'opportunité de l'acte projeté, au regard de ce que requiert « l'intérêt de la famille ». De même, en prévoyant à l'article 214 du C. civ. que le juge déterminera, à défaut de convention, la contribution des époux aux charges du mariage à proportion de leurs « facultés respectives », le législateur l'autorise à pratiquer une « équité de terrain ».

Revenant à la matière extrapatrimoniale, on constate que l'équité est présente dans la régulation des rapports conflictuels au sein du couple et permet principalement d'atténuer la rigueur de la règle que ce soit dans la rupture du lien conjugal ou dans ses effets.

#### ***a) L'équité et le principe de la rupture***

**63.** Si on retient, d'une part, que le divorce pour altération définitive du lien conjugal est un divorce faillite dans lequel le juge ne dispose d'aucun pouvoir modérateur<sup>2</sup> lui

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 nov. 2005, D. 2006. Pan. 1421, obs. J.-J. Lemouland, D. Vigneau ; Dr. fam. 2006, comm. n° 21, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 sept. 2009, Dr. fam. 2009, comm. n° 150, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE. RTD civ. 2009, p. 703, obs. J. HAUSER.

<sup>2</sup> Sur le pouvoir modérateur du juge, voir par exemple, J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, préf. P. Le TOURNEAU, PUAM, 2004.

permettant de refuser au nom de l'équité la rupture du lien conjugal sollicité par un époux<sup>1</sup>, et, d'autre part, que le divorce accepté ne lui laisse également aucune marge de manœuvre en ce qui concerne le principe même de la rupture dès qu'il est satisfait aux exigences posées à l'article 234 du C. civ., il ne reste que les divorces pour faute et les divorces par consentement mutuel pour rechercher les traces d'un éventuel pouvoir modérateur du juge lui permettant au nom de l'équité de ne pas prononcer la dissolution du lien conjugal.

**64. L'équité dans le divorce par consentement mutuel<sup>2</sup>.** — La loi subordonne le prononcé du divorce par consentement mutuel à l'existence d'une volonté conjointe des époux, tant sur la dissolution du lien conjugal, que sur les conséquences produites par celle-ci. Pour ce faire, les époux doivent présenter au juge une convention de divorce qui a pour objet de régler l'ensemble des conséquences du divorce sous ses aspects personnels et patrimoniaux. Ainsi, le prononcé du divorce par consentement mutuel est subordonné à l'homologation par le juge de la convention de divorce présentée par les époux. Or, le législateur permet au juge de ne pas homologuer une telle convention lorsqu'il constate qu'elle préserve insuffisamment « les intérêts des enfants ou de l'un des époux » (art. 232 al.2 du C. civ.). En se référant à l'intérêt de l'enfant ou à l'intérêt des époux qui constituent des notions au contenu indéterminé, le législateur laisse au juge le soin de s'opposer au prononcé du divorce projeté lorsque la convention n'est pas conforme à l'idée de justice distributive ; l'issue du conflit est alors abandonnée au pouvoir d'appréciation du juge.

L'équité joue dans cette hypothèse une fonction correctrice puisqu'elle permet au juge, en raison de la particularité de l'espèce, de ne pas prononcer le divorce. Cependant, demeure la question de l'appréciation du caractère équitable de la convention de divorce.

En effet, comment peut-on apprécier le caractère équitable de la convention alors qu'un divorce par consentement mutuel reste un divorce pour cause secrète<sup>3</sup> ? Un auteur faisait d'ailleurs remarquer que le déséquilibre des droits et obligations des époux peut trouver son explication dans la cause du divorce, cause dont le juge n'a pas forcément connaissance<sup>4</sup>. À notre sens, étant donné qu'à l'impossible nul n'est tenu, pour résoudre cette difficulté relative à l'appréciation du caractère équitable de la convention, il suffirait de reconnaître au juge le droit de réaliser une appréciation en fonction de sa connaissance du dossier. Ce qui signifie que, si un élément pouvant justifier le déséquilibre des droits et obligations des parties n'est pas porté à la connaissance du juge et qu'il refuse l'homologation, la partie qui y a intérêt peut

<sup>1</sup> A. BATTEUR, « L'équité a-t-elle sa place dans le droit du divorce ? », in, *Mélanges J. SAINTE-ROSE*, op. cit., p.198, n° 9.

<sup>2</sup> Le divorce par consentement mutuel visé est celui prononcé par le juge et non celui issu de la nouvelle procédure de divorce sans juge (art. 229-1 et s. du C. civ.) instituée par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016.

<sup>3</sup> L'article 1090 du CPC précise que la requête initial ne doit pas indiquer « les faits à l'origine de la demande ».

<sup>4</sup> A. BATTEUR, « L'équité a-t-elle sa place dans le droit du divorce ? », in, *Mélanges J. SAINTE-ROSE*, op. cit., p.201.

librement décider de rompre le mystère qui entoure les motifs de la séparation et porter à sa connaissance, au cours de l'audience, les raisons ou éléments justifiant l'apparent déséquilibre. En revanche, si les parties décident de garder la cause du divorce secrète et refusent de présenter au juge une nouvelle convention rééquilibrant les intérêts en jeu, elles doivent renoncer au divorce par consentement mutuel et opter pour un divorce contentieux plus propice à la prise en compte des circonstances de la rupture. Quoi qu'il en soit, la pluralité des cas de divorce et la multiplication des passerelles entre eux permettront toujours d'aboutir à un divorce à la carte, respectueux des particularités de chaque espèce.

À travers cet exemple, on voit bien qu'en introduisant au cœur de la règle de conflit (art. 232 du C. civ.) l'intérêt de l'enfant ou celui des époux, le législateur invite le juge à garantir en matière de divorce par consentement mutuel, un arbitrage équitable entre les intérêts en présence, même lorsque les parties prétendent réaliser elles-mêmes de manière conventionnelle un tel arbitrage.

La sanction de cette absence de justice distributive est le refus de prononcer la rupture du lien conjugal. Reste alors à envisager si de telles considérations d'équité peuvent également s'opposer à la rupture du lien conjugal dans le cadre d'un divorce pour faute.

**65. L'équité dans le divorce pour faute.** — Dans le cadre d'un divorce pour faute, le législateur en visant à l'article 242 du C. civ. des notions ou concepts vagues, mal circonscrits comme la faute, la gravité, le caractère intolérable du manquement, dote le juge d'un pouvoir d'appréciation assez important qui constitue l'un des moyens d'expression de l'équité.

Tout d'abord, il faut constater que même si l'article 242 du C. civ. définit la faute comme une violation des devoirs et obligations du mariage, il convient de noter que la fluidité des contours de certains devoirs conjugaux, comme le respect ou l'assistance<sup>1</sup>, laisse aux juges du fond une importante liberté dans l'individualisation de la solution surtout qu'en matière de divorce, il leur est reconnu un pouvoir souverain d'appréciation du caractère fautif des griefs allégués<sup>2</sup>.

Ensuite, même si le juge retient l'existence d'une faute, il faut que celle-ci, qu'on définit comme une violation des devoirs et obligations du mariage, soit grave ou renouvelée. Or, si on sait que la notion de renouvellement d'un comportement est potentiellement intelligible, celle de gravité en revanche l'est beaucoup moins. En effet, l'usage de la notion de « gravité » dans le manquement des devoirs conjugaux nécessite que soit fixé un seuil de gravité<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Pour un constat similaire, voir, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz Action, 2013, n° 132.243.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 juill. 2006, n° 05-19080.

<sup>3</sup> Sur la notion de gravité comme critère flou dans les règles juridiques, voir, J.-L. PIOTRAUT, *La notion de gravité dans le Code civil*, Gaz. Pal. 2000, n° 263, p. 4.

autrement dit, un seuil à partir duquel le comportement bascule dans l'hypothèse prévue par le législateur.

Ce seuil est impossible à fixer *in abstracto* à propos des violations des devoirs et obligations découlant du mariage. Il faudrait plutôt, partir de l'importance socio-affective attachée au respect du devoir violé, pour déterminer *in concreto*, le degré d'importance que la victime, en raison de son éducation, son milieu social ou son mode de vie, attache au respect du devoir violé par son conjoint. Autant dire qu'un pouvoir souverain d'appréciation de la gravité de la faute doit être reconnu au juge. Il lui suffirait alors, au prix d'une exigence purement formelle de motivation, de faire triompher sa vision subjective de la gravité du manquement. La casuistique à laquelle on aboutirait serait alors le signe visible de l'équité en la matière.

Aussi, même si la faute est grave ou renouvelée, soulignons qu'il reste possible pour le juge, au regard des circonstances de l'espèce, de retenir des excuses ou faits justificatifs pour atténuer voire annihiler sa gravité. Autrement dit, les torts du conjoint demandeur peuvent atténuer et même effacer les torts de l'autre.

Enfin, il ne suffit pas que la faute existe et qu'elle soit grave ou renouvelée pour emporter le prononcé du divorce. Il faut également d'après la loi qu'elle rende « intolérable le maintien de la vie commune ». Des auteurs soulignent qu'« il revient au juge d'apprécier ce qui est ou non intolérable *in abstracto* — pour tout époux — et *in concreto* — pour les époux divorçant en particulier — »<sup>1</sup>. À première vue, cette dernière condition « n'ajoute pas grand-chose à la condition déjà posée de gravité »<sup>2</sup>. Cependant, comme le soulignent d'autres auteurs, cette condition « ne fait pas double emploi avec la deuxième, mais s'ajoute à celle-ci »<sup>3</sup>.

En effet, si une violation des devoirs et obligations du mariage est répétée, le juge n'a pas besoin à ce stade de s'intéresser à l'importance des manquements. L'exigence d'un caractère intolérable des violations permet en quelque sorte de revenir à l'appréciation de l'importance du manquement. Dans un tel cas, l'appréciation du caractère tolérable ou intolérable du maintien de la vie commune vient compléter en effet le dispositif. En revanche, en présence d'une violation non renouvelée, il est difficile de faire le départ entre ces deux conditions.

Quoi qu'il en soit, il convient de souligner que l'appréciation du caractère intolérable en ce qui concerne le maintien de la vie commune, peut, à des situations analogues, varier d'un juge à l'autre. Si certains magistrats ont pu retenir que la tolérance du conjoint victime de l'infidélité ne rend pas le maintien de la vie commune intolérable<sup>4</sup>, d'autres ont pu retenir le contraire<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, p. 293.

<sup>2</sup> J. HAUSER, D. HUET-WEILLER, *La famille, Dissolution de la famille*, LGDJ, 1991, p. 202.

<sup>3</sup> F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *La famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 276, n° 319.

<sup>4</sup> CA Bordeaux, 19 nov. 1996 (D. 1997, p. 523, note T. GARÉ). En l'espèce des époux s'étaient autorisés pendant le mariage des espaces d'intimité hors du couple. Au moment du divorce, les époux se reprochèrent mutuellement des fautes et principalement l'adultère. Les juges du fond avaient retenu que si l'adultère était bien

En définitive, l'équité est bien présente en matière de divorce et s'exprime également lorsque le juge se prononce sur les effets de la rupture.

### ***b) L'équité et les effets de la rupture***

**66.** Il convient de relever que le législateur renvoie en droit extrapatrimonial de la famille au traitement équitable des effets d'une rupture, que celle-ci découle d'une annulation du mariage ou d'un divorce.

**67. La prise en compte de l'équité dans les effets du mariage annulé.** — Lorsqu'un mariage est annulé, il est censé n'avoir jamais existé de sorte que le juge doit replacer les époux dans la situation personnelle et pécuniaire dans laquelle ils se trouvaient au jour de la célébration de l'union. On parle d'effet rétroactif de la nullité.

En vertu de cet effet rétroactif, l'annulation du mariage emporte disparition, pour le passé et l'avenir, des droits et avantages conférés par l'union conjugale. À propos des droits et avantages extrapatrimoniaux par exemple, il peut être signalé que chaque époux perd l'usage du nom de son conjoint ; aussi les liens d'alliance disparaissent et avec eux les empêchements à mariage. Également, l'époux qui a pu bénéficier de la nationalité française par le truchement de son mariage ou qui a pu bénéficier d'un droit de séjour sur le seul fondement de son mariage perd ces droits.

Cependant, pour tempérer les conséquences déraisonnables que peut entraîner cette fiction de la rétroactivité, le législateur a prévu exceptionnellement un anéantissement du mariage nul uniquement pour l'avenir au profit des époux de bonne foi<sup>2</sup> (art. 201 du C. civ.). Ce qui permet donc à un époux de bonne foi de continuer à bénéficier, malgré l'annulation, des avantages extrapatrimoniaux acquis par le biais du mariage. Or, le recours à la notion imprécise de bonne foi a pour effet de doter le juge d'un pouvoir modérateur dans la mise en œuvre de la règle. En d'autres termes, la théorie du mariage putatif n'est que l'expression d'une équité correctrice. D'ailleurs, le recours à l'équité dans ce domaine est souhaitable

---

une cause de divorce pour faute, le fait que les époux se soient autorisés des relations extraconjugales, atténue l'importance de cette faute qui ne peut plus être regardée comme rendant intolérable le maintien de la vie commune.

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 15 janv. 1997, n° 94-15332. En l'espèce, contrairement à la situation soumise aux magistrats bordelais quelques mois plus tôt, seul l'homme avait été infidèle et la femme s'était montrée tolérante. Au moment du divorce, les juges avaient prononcé un divorce pour faute aux torts exclusifs de l'époux infidèle. Ce dernier s'était pourvu en cassation au motif que la tolérance de sa femme empêchait de considérer son infidélité comme un comportement rendant intolérable le maintien de la vie commune. La Cour de cassation avait rejeté le pourvoi en soulignant d'une part que le comportement tolérant de la femme était surtout dicté par son désir de préserver l'équilibre des enfants communs, et que d'autre part, l'époux par son comportement ambigu avait entretenu du côté d'épouse un espoir d'un retour à la normale.

<sup>2</sup> La bonne foi est l'ignorance par l'un ou les deux époux du vice qui empêchait le mariage. Il peut s'agir d'une erreur de fait, ou d'une erreur de droit. Voir par exemple, P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, p. 147 et s. - F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *La famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 130 et s.

puisqu'elle permet de rendre viable une fiction juridique qui dans sa négation farouche du passé, aurait conduit par sa rigueur à des solutions injustes.

**68. La prise en compte de l'équité dans les effets du divorce.** — Sous l'angle des effets personnels du divorce, l'équité trouve sa place dans les conflits relatifs au nom d'usage. En effet, à la suite du divorce, chaque époux cesse de porter à titre d'usage le nom de l'autre. À défaut d'autorisation donnée par l'époux dont le nom est porté par l'autre, ce dernier peut exceptionnellement être autorisé par le juge à conserver après le divorce l'usage de ce nom, s'il justifie d'un « intérêt particulier » pour lui ou pour les enfants<sup>1</sup> (art. 264 du C. civ.). Toute la difficulté consiste alors à déterminer en quoi consiste cet intérêt particulier. Cette notion vague qui doit être appréhendée *in concreto* conduit dans le traitement des conflits d'intérêts relatifs au nom d'usage, à une casuistique peu satisfaisante. La façon dont cet intérêt particulier pour l'époux demandeur est caractérisé en jurisprudence permet d'avoir un aperçu de cette casuistique.

Pour caractériser l'intérêt particulier de l'époux, la durée du mariage et par conséquent l'usage du nom dans un temps suffisamment long a pu être jugée suffisante dans certaines espèces<sup>2</sup>. Cependant, rien n'est certain en ce qui concerne l'appréhension de la notion de « durée suffisante » de l'union matrimoniale. Des magistrats ont pu retenir qu'au-delà d'une trentaine d'années, l'intérêt particulier à la conservation du nom de l'ex-conjoint à titre d'usage se trouvait caractérisé<sup>3</sup>, tandis que d'autres ont rejeté une telle demande malgré trente et une années de vie commune<sup>4</sup>.

Pour ne pas s'exposer à l'incertitude des appréciations judiciaires, il est possible de renforcer la preuve de l'existence d'un intérêt particulier pour l'époux demandeur en invoquant en plus de la stabilité de l'union dans le temps, d'autres critères comme l'existence d'un intérêt de nature professionnelle à la conservation du nom d'usage<sup>5</sup>. Mais encore une fois, il faut souligner que le pouvoir souverain d'appréciation de la situation des parties ne met pas, dans de tels conflits, le demandeur à l'abri d'une solution déroutante, même si sa situation semble satisfaire aux critères généralement dégagés des précédents. Ainsi, malgré l'invocation d'un intérêt professionnel, il a été refusé à une avocate, le droit de conserver après le divorce le nom d'usage sous lequel elle a exercé pendant vingt ans<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sur la problématique du nom d'usage des époux divorçant, voir par exemple, LE BRIS, *L'effet du divorce sur le nom des époux*, D. 1965, chron. 141. - A. BRETON, *Le nom de l'épouse divorcée*, in, *Études René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 17 et s. - I. CORPART, *Le nom d'usage des époux dans tous ses états*, Dr. fam. 2013, étude 13.

<sup>2</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 nov. 1978, D. 1979, I.R. 199.

<sup>3</sup> CA Paris, 5 nov. 2008, n° 08/01871, RG n° 04/03702 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso). - CA Besançon, 18 oct. 2007, RG n° 03/00651 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

<sup>4</sup> CA Douai, 8 oct. 2009, RG n° 08/07313 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

<sup>5</sup> CA Rennes, 6 mars 2007, n° 06/07971 ; Dr. fam. 2008, comm. 8, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>6</sup> CA Paris, 28 juin 2006, CT0183, n° 110.

Au regard de ces quelques constatations, il peut être retenu dans les rapports de couple que le recours aux notions ou concepts imprécis favorise bien le développement d'une équité judiciaire symbolisée par la casuistique à laquelle la mise en œuvre des règles de conflit contenant de tels concepts aboutit.

Après avoir débusqué l'équité dans les rapports conflictuels au sein du couple, il convient de renouveler cet effort dans les rapports conflictuels concernant l'enfant.

## **2) Le recours à l'équité dans les rapports conflictuels concernant l'enfant**

**69.** Dans les rapports familiaux verticaux plus qu'en aucun autre endroit, le pullulement des notions imprécises — l'intérêt de l'enfant, l'intérêt légitime, le discernement, le désintéret —, permettent de prendre la pleine mesure d'une généralisation de l'équité en la matière puisqu'il a été démontré que ces notions constituent le vêtement de l'équité judiciaire. Par exemple, sur la question des droits procéduraux de l'enfant, on retrouve à l'article 388-1 du C. civ., un renvoi global à une équité judiciaire à travers la référence aux notions de discernement et d'intérêt de l'enfant. Du reste, pour être convaincu de l'importance de l'équité en la matière, il suffit de faire remarquer que depuis la reconnaissance par la Cour de cassation de l'applicabilité directe de l'article 3-1 de la CIDE<sup>1</sup>, l'intérêt supérieur de l'enfant est devenu « un principe matriciel »<sup>2</sup> en droit des personnes et de la famille, puisque pour toutes les décisions concernant l'enfant, son intérêt doit être pris en compte et selon la conception la plus répandue, doit primer tout autre intérêt.

À travers un tel constat, on déduit que le traitement des conflits d'intérêts concernant l'enfant ne devrait pas échapper à l'emprise de l'équité judiciaire. Ceci se vérifie à la fois à propos des conflits d'intérêts relatifs à la filiation (a), mais également à propos des conflits d'intérêts relatifs au gouvernement de la vie de l'enfant (b).

### ***a) L'équité dans le traitement des conflits d'intérêts relatifs à la filiation***

**70.** Pour mesurer la place de l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts relatifs à la filiation, il conviendra de s'intéresser tout d'abord à la place de l'équité dans les contentieux relatifs à l'existence du lien de la filiation, et ensuite à la place de l'équité dans la régulation des conséquences juridiques découlant de l'établissement contentieux ou de l'anéantissement du lien de filiation.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n°02-20613, D. 2005, p. 1909, note V. ÉGÉA ; Dr. fam. 2005, comm. n° 156, note A. GOUTTENOIRE, JCP (G) 2005, p. 1183, note F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER.

<sup>2</sup> A. GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in, Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 147 et s. spéc. p. 148. - C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, th. dactyl. Paris 2, 2000, pp. 22-23.

***α) L'équité dans les contentieux relatifs à l'existence du lien de filiation***

71. À propos des conflits relatifs au lien de filiation, l'équité s'exprime à la fois dans les contentieux portant sur l'établissement ou l'anéantissement du lien de filiation, mais aussi à propos des conflits d'intérêts portant sur la reconnaissance en France de liens de filiation établis à l'étranger.

72. **La place de l'équité dans l'établissement ou dans l'anéantissement de la filiation élective.** — Avant de s'intéresser à la place de l'équité dans l'établissement ou dans la rupture de la filiation par le sang, il convient de rappeler brièvement que l'équité est également à l'œuvre dans les conflits d'intérêts ayant pour finalité l'établissement ou l'anéantissement d'une filiation élective.

Tout d'abord, à propos de l'établissement de la filiation adoptive, il convient de souligner l'existence d'un renvoi implicite à l'équité pour la résolution des conflits entre les adoptants, l'adopté, et la famille d'origine. En effet, lorsque les parents de l'enfant refusent de consentir à l'adoption et bloquent ainsi le processus d'établissement d'une filiation élective, l'article 348-6 du C. civ., en ayant recours aux notions imprécises d'« abus » et de « désintérêt », permet au juge de passer outre le refus du parent pour prononcer l'adoption. Or, il est reconnu au juge un pouvoir souverain d'appréciation dans la mobilisation de ces notions ; ce qui signifie que l'équité judiciaire peut s'exprimer dans les conflits d'intérêts relatifs à l'établissement de la filiation adoptive. Mais, il convient de relever qu'un tel pouvoir d'appréciation reconnu au juge ne lui accorde pas une prérogative discrétionnaire, puisqu'il a été décidé que le refus des parents n'est abusif que lorsqu'est caractérisée l'existence d'un désintérêt volontaire<sup>1</sup> des parents de nature à compromettre sa santé ou sa moralité<sup>2</sup>. Le recours à l'équité en la matière par le truchement de ces notions imprécises se trouve en quelque sorte discipliné.

Ensuite, il convient de relever à propos de l'anéantissement de la filiation adoptive que l'article 370 du C. civ. permet au juge de déconstruire le lien de filiation élective en cas d'adoption simple, lorsqu'il existe des motifs graves justifiant la révocation. Cette notion de motifs graves n'étant pas définie, il est également reconnu au juge un pouvoir souverain d'appréciation quant à sa mobilisation<sup>3</sup>. La place de l'équité dans les conflits d'intérêts relatifs à l'adoption étant ainsi précisée, il convient de réaliser le même effort à propos des conflits d'intérêts relatifs à la filiation biologique.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juill. 1989, JCP (G) 1990, II, 21443, note P. SALVAGE-GEREST, RTD civ., 1990, p. 260, obs. J. Rubellin-Devichi.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 déc. 1980, Bull. civ., I, n° 334. - CA Paris, 10 nov. 1995, D. 1997, somm. 278, obs. F. VAUVILLÉ.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juill. 1973, JCP (G) 1974, II, 17689 (5<sup>e</sup> esp.), note DE LA MARNIÈRE.

**73. La place de l'équité dans l'établissement ou dans l'anéantissement de la filiation biologique.** — À propos des conflits d'intérêts relatifs à la filiation par le sang, l'équité judiciaire est susceptible de s'exprimer par le truchement de la possession d'état ou par le truchement de l'accès à la preuve biologique permettant de faire le départ entre des filiations concurrentes.

**74. L'équité judiciaire dans la mobilisation de la possession d'état.** — Dans les conflits d'intérêts relatifs à la filiation, l'équité judiciaire est susceptible de s'exprimer par le truchement de la notion de possession d'état<sup>1</sup>. En effet, il ressort de l'article 333 du C. civ. que l'existence d'un titre couplée à une possession d'état a des incidences non négligeables sur le régime de l'action en contestation du lien de filiation qui sera dans une telle hypothèse, soit attirée, soit enfermée dans un délai plus court. Or, on sait que la possession d'état est une notion, malléable à souhait, dont l'existence des éléments constitutifs dans une situation déterminée est abandonnée au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond<sup>2</sup>. D'ailleurs, comme le relève à juste titre un auteur, en matière de possession d'état, « on doit bien admettre le risque d'arbitraire ou de flou lié au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond »<sup>3</sup>, même si la Cour de cassation exerce un contrôle rigoureux portant sur les éléments retenus<sup>4</sup>. Par exemple, influencé par leur analyse de l'intérêt de l'enfant, le juge peut trouver dans son pouvoir souverain d'appréciation portant sur l'existence des éléments constitutifs de la possession d'état, le moyen lui permettant de verrouiller la filiation de l'enfant lors d'une action en contestation. À l'inverse, le juge peut profiter de ce pouvoir souverain d'appréciation pour admettre, par faveur au père floué<sup>5</sup> par exemple, la recevabilité de l'action en contestation, alors que les faits conduisent logiquement à retenir l'existence d'une possession d'état conforme au titre. Tel était par exemple le cas dans un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris<sup>6</sup> sous l'empire de la loi de 1972<sup>7</sup>.

Dans cet arrêt, les juges pour permettre la contestation d'une paternité improbable avaient, tout d'abord, limité l'appréciation du *fama* — élément constitutif de la possession d'état — à

<sup>1</sup> M. RÈMOND-GOULLAUD, « La possession d'état d'enfants », RTD civ. 1975, p. 459. - J. LAUTOUR, *La possession d'état*, th. dactyl., Paris II, 1975. - V. MORGAND-CANTÉGRIT, *La possession d'état d'enfant*, th. dactyl. Lille, 1993.

<sup>2</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 sept. 2007, n° 06-21061, D. 2008, p. 1371, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *Defrénois* 2007, n° 22, p. 1637, obs. J. MASSIP.

<sup>3</sup> F. GRANET-LAMBRECHTS, *Jurisqueur civ.*, fasc. Unique : art. 310-3 à 311-2, V° *Filiation*, n° 36

<sup>4</sup> Le rôle de la Cour de cassation consiste à vérifier que les éléments retenus permettent de caractériser l'existence d'une possession d'état au sens de la loi à savoir, le *tractatus*, le *fama* et le *nomen*. Sur le contrôle exercé par la Cour de cassation en matière de possession d'état, voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mars 1985, n° 83-16.858, D. 1986, p. 34, obs. J. MASSIP - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 1990, n° 88-12622 ; Bull. civ. 1990, I, n° 157 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2001, n° 99-14644, Dr. fam. 2002, comm. 56, obs. P. MURAT ; D. 2002, p. 2019, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Defrénois* 2002, p. 188, obs. J. MASSIP.

<sup>5</sup> Au sens de parent dont le doute sur sa paternité avait été soigneusement occulté par la mère.

<sup>6</sup> CA Paris, 13 mars 1992, D. 1993, p. 43, note F. GRANET-LAMBRECHTS.

<sup>7</sup> Cette loi posait comme règle l'irrecevabilité de toute action en contestation du moment que l'enfant dispose depuis dix ans d'une possession d'état conforme à son titre.

l'égard de la mère, de la sœur, et du frère du père complaisant, afin de pouvoir exclure en la matière l'existence d'une réputation d'enfant de l'auteur de la contestation. Ensuite, ils ont soigneusement occulté toute recherche portant sur l'existence d'un *tractatus* continu jusqu'au jour de l'exercice de l'action en contestation par le père. Néanmoins, cela ne les a guère empêchés, à travers une motivation plus que contestable<sup>1</sup>, de conclure à la recevabilité de l'action en contestation. Cet exemple démontre que l'équité judiciaire est susceptible de s'exprimer par le truchement de la mobilisation de la notion de possession d'état.

**75. L'équité judiciaire dans l'accès à la preuve biologique de la filiation.** — Si autrefois, la loi du 3 janvier 1972 avait fait de la « vraisemblance » le principal critère de solution des conflits de filiation<sup>2</sup> laissant ainsi au juge un pouvoir souverain d'appréciation dans la détermination du lien de filiation<sup>3</sup>, la solution aux conflits de filiation de nos jours est plutôt placée sous le signe de la vérité (art. 332 du C. civ.). Et par vérité est principalement visée celle du sang, même si cette vérité biologique ne saurait constituer en la matière un critère exclusif de solution<sup>4</sup>. En effet, il ressort de la règle posée par le législateur, que pour prouver le lien de filiation, il suffit de prouver par tous moyens, y compris par le biais d'une expertise biologique<sup>5</sup>, que la personne qui a sa filiation établie à l'égard de l'enfant n'est pas son véritable parent<sup>6</sup>. On voit mal alors comment l'équité judiciaire pourrait s'exprimer dans les conflits de paternité si la vérité scientifique est érigée en principal critère de solution. Mais, en réalité, c'est dans la mise en œuvre de la règle prétorienne qui veut que l'expertise biologique soit de droit en matière de filiation « sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder », que le pouvoir souverain du juge peut s'exprimer.

En effet, il faut tout d'abord relever, en ce qui concerne le droit d'accès à la preuve biologique, que l'appréciation de la formule « motif légitime » peut faire craindre que les juges, en fonction de leurs convictions personnelles<sup>7</sup>, décident de se priver d'un mode de preuve aussi fiable que l'expertise biologique, en qualifiant l'expertise demandée de

<sup>1</sup> « Considérant, sur la possession d'état d'enfant légitime de Sébastien B... à l'égard de M. B..., que les éléments de la possession d'état tels qu'ils ressortent de l'art. 311-2 c. civ. ne sont pas réunis ; qu'il ressort en effet des attestations versées aux débats de B... Madeleine (mère de M. B...), de L... Claudine (sa soeur), de B... Dominique (son frère), de T... Jacqueline, de G.-G... Esther que Sébastien n'a jamais été reconnu comme le fils de M. B... par la famille de celui-ci et par la société au sens de l'article précité ». Voir également les critiques de F. GRANET-LAMBRECHTS dans sa note sous, CA Paris, 13 mars 1992, D. 1993, p. 43.

<sup>2</sup> Ancien article 311-12 du C. civ., abrogé par l'ordonnance du 4 juillet 2005.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mars 1982, n° 80-16238, Bull. civ. I, n° 94.

<sup>4</sup> Voir par exemple, P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, Defrénois, 2011, p. 377 et s. - A. PASCAL, M. TRAPERO, « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in, *La vérité, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, La documentation française*, 2005, p. 101 et s. - M. MIGNOT, *L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation*, RRJ 2003, p. 667 et s.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 103, p. 69 ; D. 2000, p. 731, note T. GARÉ ; RTD civ. 2000, p. 304, obs. J. HAUSER ; Dr. fam. 2000, comm. n° 72, note P. MURAT.

<sup>6</sup> Sur la preuve en droit de la famille, voir par exemple, G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Préf. P. MURAT, Dalloz, 2008.

<sup>7</sup> Il a pu être jugé que l'intérêt supérieur de l'enfant pouvait constituer un motif légitime de ne pas recourir à l'expertise. Voir, J. HAUSER, *L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli*, RTD civ. 2008, p. 93 et s.

« superfétatoire »<sup>1</sup> pour motiver ainsi leur refus. Dès lors, la volonté de généraliser en matière de filiation l'expertise biologique serait alors significativement bridée par la réserve des motifs légitimes qui à l'origine avait simplement pour ambition d'éviter les recours abusifs à l'expertise biologique.

Toutefois, il serait exagéré de retenir que le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond est venu annihiler le droit de recourir à l'expertise biologique en matière de filiation, puisque la jurisprudence, certes empirique, a tendance à faire droit aux demandes d'expertise lorsqu'en l'absence d'autres moyens de preuve, un doute subsiste sur la filiation. Ce qui signifie qu'*a contrario* la certitude sur la filiation exclut l'expertise. Par exemple, lorsqu'il existe des considérations objectives tenant à l'impossibilité<sup>2</sup> ou à l'inutilité de la mesure d'expertise<sup>3</sup>, les juges refusent de l'ordonner.

Ensuite, il faut relever qu'une fois ordonnée, l'expertise, en raison de l'inviolabilité du corps humain, ne peut avoir lieu que si la personne qui doit s'y soumettre ne s'y oppose pas. Dans l'hypothèse où cette personne refuse de se soumettre à l'expertise, le juge peut, en vertu de l'article 11, alinéa 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile interpréter ce refus contre lui. Il s'agit d'un pouvoir souverain reconnu au juge de tirer toutes les conséquences du refus de se soumettre à l'expertise. Or, on peut légitimement craindre un retour de l'équité en la matière avec une interprétation systématiquement en défaveur de celui qui refuse de se soumettre à l'expertise biologique ordonnée.

Pour éviter que les décisions d'établissement du lien de filiation ne reposent sur de simples interprétations du refus de se soumettre à l'examen biologique, la Cour de cassation en continuant à affirmer que les juges du fond disposent en la matière d'un pouvoir souverain, exige tout de même d'eux, qu'ils se réfèrent à des présomptions ou indices rendant vraisemblable le lien de filiation — correspondances échangées, relations amoureuses prouvées, engagement à participer à l'entretien de l'enfant, existence d'un concubinage pendant la période la grossesse —, pour procéder à son établissement<sup>4</sup>. Alors, même si l'équité judiciaire peut s'exprimer à travers ce pouvoir souverain d'appréciation, il faut reconnaître qu'elle se retrouve disciplinée par ces exigences de motivation posées par la Cour de cassation. Elle ne peut donc conduire à l'arbitraire.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2002, Dr. fam. 2003, comm. 25, obs. P. MURAT ; JCP (G) 2003, II, 10053, note, T. GARÉ.

<sup>2</sup> L'impossibilité peut être matérielle lorsque la personne devant se soumettre au test ne peut être localisée (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 janv. 2006, n° 04-14904) ou juridique lorsque l'expertise est interdite par la loi (voir par exemple art. 16-11 du C. civ.).

<sup>3</sup> L'expertise peut être inutile lorsqu'elle est demandée à des fins purement vexatoires ou dilatoires (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 juin 2005, n° 03-19325), ou encore lorsqu'une précédente expertise suffit à éclairer le juge (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juin 2001, Dr. fam. 2002, comm. 2, obs. P. MURAT), ou enfin lorsqu'il existe suffisamment d'éléments de fait démontrant le lien de filiation (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 févr. 2002, RJPF 2002, n° 5, p. 38, obs. T. GARÉ).

<sup>4</sup> Voir, P. MURAT, note sous trois arrêts, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2006, 25 avr. 2006, 4 juill. 2006, Dr. fam. 2006, comm. n° 185. - Pour un jugement de conformité de ce dispositif par rapport à la Conv. EDH, voir, CEDH, 25 juin 2015, *C. Canonne c. France*, n° 22037/13, spéc. §-31, AJ fam. 2015, p. 499, obs. S. LE GAC-PECH ; EDFP 2015, n° 8, p. 2, obs. J.-M. LARRALDE. - Dr. fam. 2015, Alerte 62, obs. J. COUARD.

En définitive, dans les conflits d'intérêts relatifs à la filiation, l'équité est globalement disciplinée par des exigences légales. Néanmoins, elle continue de s'exprimer de façon ostensible dans des conflits d'intérêts qui visent à la reconnaissance en France d'une filiation établie à l'étranger en méconnaissance des règles françaises du droit de la filiation.

**76. Équité et reconnaissance d'une filiation établie à l'étranger.** — Lorsqu'une filiation a été établie à l'étranger en méconnaissance des règles françaises régissant le droit de la filiation, cette fraude à la loi française interdit la transcription sur les registres de l'état civil français de l'acte de naissance étranger. Mais cette solution rigoriste a pu être jugée inadaptée parce qu'elle conduit à priver un enfant issu de parents français, d'une existence légale sur le sol français et partant de la nationalité française. C'est principalement autour de l'établissement du lien de filiation des enfants issus de gestations pour autrui réalisées à l'étranger, que le débat s'est cristallisé.

En effet, le droit français ayant fait le choix d'une interdiction du recours aux gestations pour autrui<sup>1</sup>, il a fallu trancher la question de la reconnaissance des actes d'état civil étrangers établissant un lien de filiation entre les enfants issus de la gestation pour autrui et leurs parents d'intention. À ce propos, il faut rappeler que la Cour de cassation avait refusé la transcription sur les registres de l'état civil français, des actes de naissance étrangers au nom de l'ordre public international français<sup>2</sup>.

Cette réponse de la Cour de cassation, conforme à la loi, était néanmoins dépourvue d'humanisme puisqu'elle revenait à sanctionner de manière définitive des enfants du simple fait de leur mode de conception. Ce qui expliqua la saisine de la Cour E.D.H. par certains parents d'intention.

Pour trancher ce conflit entre l'intérêt général au respect des choix normatifs en matière familiale et les intérêts privés notamment celui de l'enfant, la Cour E.D.H. décida de vérifier si la position des juridictions françaises était conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant puisqu'un tel intérêt, en vertu de l'article 3-1 de la CIDE, devait être pris en compte dans toute décision concernant l'enfant.

Au terme de ce contrôle, la Cour jugea que le refus de l'État de permettre la transcription des actes de naissance étrangers sur les registres de l'état civil français ne préservait pas

---

<sup>1</sup> Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, D. 1991, p. 417, note D. THOUVENIN ; JCP (G) 1991, II, 21752, note F. TERRÉ.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), D. 2011, p. 1522 note D. Berthiau et L. Brunet ; Rev. crit. DIP 2011, p. 722, note P. HAMMJE ; D. 2012, p. 1228, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; RJP 2011, n°6, p. 14, note M.-C. LE BOURSICOT.

Plus récemment, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), D. 2014, p. 1059, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. DIP 2014, p. 1, note P. CHEVALIER ; JDI 2014, p. 134, note J. GUILLAUMÉ ; RTD civ. 2013, p. 816, obs. J. HAUSER.

suffisamment l'intérêt supérieur de l'enfant au respect de sa vie privée<sup>1</sup>. En d'autres termes, on fait de l'intérêt de l'enfant visé à l'article 3-1 de la CIDE le vêtement permettant un recours à une équité qui a eu pour fonction en l'espèce de corriger la rigueur de la norme interne.

L'État français n'ayant pas déposé un recours devant la Grande chambre, l'arrêt est devenu définitif et les juridictions internes se sont, dans des cas similaires, inspirées de l'intérêt supérieur de l'enfant pour admettre la transcription à l'état civil français des actes de naissance étrangers<sup>2</sup>, sauf si les faits déclarés dans l'acte de naissance étranger, dont on demande la transcription, ne correspondent pas à la réalité<sup>3</sup>.

À travers cet exemple, il apparaît clairement que l'objectif de préservation de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision le concernant, s'il n'est pas assorti de limites, peut permettre au juge de recourir à l'équité, et de revenir par ce biais, sur les options fondamentales posées par le législateur. La méthode a ceci de dangereux qu'elle subvertit toute idée de règle ou d'interdit. Par exemple, il est fort à parier que l'interdiction de l'établissement d'un double lien de filiation au bénéfice de l'enfant incestueux posée à l'article 310-2 du Code civil<sup>4</sup>, ne résistera pas longtemps à une appréciation *in concreto* de l'intérêt supérieur de l'enfant, puisque l'idée qui tend à s'imposer à l'époque contemporaine est qu'on ne saurait imposer à un enfant une discrimination du simple fait des circonstances de sa conception. Néanmoins, même si la propension subversive de ce pédocentrisme juridique peut susciter la critique, il ne faudrait pas oublier que l'équité judiciaire dans les cas évoqués n'est pas *contra legem* ; l'article 3-1 de la CIDE étant d'application directe, c'est tout naturellement qu'il peut être mobilisé pour faire échec aux arbitrages internes qui aboutissent à des solutions contraires à l'intérêt de l'enfant.

<sup>1</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 spéc. §-84 ; JCP (G) 2014, p. 877, note A. GOUTTENOIRE, D. 2014, p. 1797, note F. CHÉNEDÉ ; RTD civ. 2014, p. 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2014, p. 616, obs. J. HAUSER.

<sup>2</sup> Voir un arrêt du Conseil d'État qui avait conclu à la légalité d'une circulaire de la garde des Sceaux prescrivant la délivrance des certificats de nationalité française aux enfants de français, nés par gestation pour autrui à l'étranger. CE, 12 déc. 2014, n° 365779, JCP (G) 2015, p. 32, obs. A. GOUTTENOIRE, RFDA 2015, p. 163, concl. X. DOMINO.

Voir également trois jugements rendus le même jour par le TGI de Nantes qui ordonne au parquet la transcription à l'état civil des actes de naissance d'enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger ; TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07499, Dalloz actualité, 8 juin 2015, obs. T. COUSTET.

<sup>3</sup> C'est le cas par exemple lorsque l'acte de naissance étranger désigne comme parent, le couple commanditaire dans le cadre d'une gestation pour autrui, ou comme parents biologiques des personnes de même sexe. Cette solution a été retenue par l'assemblée plénière sur le fondement de l'art. 47 du C. civ. Voir, Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002, Dr. fam. 2015, repère 8, note J.-R. BINET ; Dr. fam. 2015, comm. 166, note C. NEIRINCK ; JCP (G) 2015, p. 965, note A. GOUTTENOIRE. - Voir aussi, CA Rennes, 28 sept. 2015, n° 14/07321, JurisData n° 2015-021767 et n° 14/05537, JurisData n° 2015-021765, Dr. fam. 2015, comm. 201, note J.-R. BINET.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, D. 2004, p. 362, note J. SAINTE-ROSE ; LPA 2004, n° 71, p. 13, note V. VOISIN ; RTD civ. 2004, p. 76 note J. HAUSER.

Si ces développements ont permis de discerner la présence de l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts relatifs à l'établissement du lien de filiation, il faut aussi souligner que ce besoin d'équité s'impose également lors de la détermination des conséquences juridiques issues de l'établissement d'une filiation nouvelle.

### ***6) L'équité et les conséquences de l'anéantissement du lien de filiation***

**77.** Le succès d'une action en contestation aboutit à la destruction rétroactive du lien de filiation. Ainsi, les effets attachés à l'ancienne filiation sont censés n'avoir jamais existé — obligation alimentaire, vocation successorale, nom, autorité parentale, responsabilité parentale —. Cependant, l'équité permet au juge de tempérer la rigueur de cette rétroactivité. En droit extrapatrimonial, c'est l'intérêt de l'enfant qui sert de vêtement juridique à cette équité correctrice qui s'exprime à la fois, à propos du nom de l'enfant mineur, mais aussi à propos des relations personnelles entre l'enfant mineur et l'auteur de la filiation anéantie.

**78. Le nom de l'enfant mineur dont la filiation est anéantie.** — En cas de succès de l'action en contestation, la filiation est anéantie de manière rétroactive et ceci entraînera de plein droit le changement du nom de famille de l'enfant mineur. Si l'enfant est majeur, l'article 61-3 al. 2 du C. civ. dispose qu'il faut son consentement pour que l'annulation de sa filiation entraîne le changement de son nom. Au regard de la formule employée par le législateur, on en déduit que lorsque l'enfant est mineur, le succès de l'action en contestation de sa filiation entraîne automatiquement son changement de nom. Mais se référant à l'article 3-1 de la CIDE, la Cour de cassation avait laissé entendre dans un arrêt<sup>1</sup> que la nécessité de tenir compte de l'intérêt de l'enfant permet d'atténuer la rigueur de la règle. Elle en a déduit qu'en cas d'anéantissement du lien de filiation, le changement du nom de l'enfant ne pourrait avoir lieu que s'il était conforme à son intérêt, notion dont l'appréciation relève du pouvoir souverain des juges.

Encore une fois, la règle générale qui impose de prendre en compte l'intérêt de l'enfant dans toute décision le concernant permet d'atténuer la rigueur de la solution à laquelle aboutit la mise en œuvre d'une règle spéciale. En déclarant directement applicable l'art 3-1 de la CIDE, une autorisation implicite est alors donnée au juge, dans tous les contentieux relatifs à l'enfant, de recourir à l'équité correctrice au nom de son intérêt supérieur.

**79. Le droit aux relations personnelles avec l'auteur de la filiation anéantie.** — En cas de succès de l'action en contestation, puisque la filiation est anéantie de manière

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2010, Dr. fam. 2010, Comm. 102, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2010, p. 521, obs. J. HAUSER ; RJPF 2010, n° 9, p. 12, obs. I. CORPART.

rétroactive, l'auteur de la filiation d'origine est censé n'avoir jamais exercé l'autorité parentale. L'enfant n'étant juridiquement pas le sien, il n'a plus le droit d'entretenir des relations personnelles avec lui.

Cependant, le législateur est venu par l'article 337 du C. civ. permettre au juge d'accorder un droit de visite ou d'hébergement à la personne dont la filiation est anéantie, afin de ne pas rompre brutalement les liens affectifs l'unissant au mineur qui l'avait toujours considéré comme son parent. L'intérêt de l'enfant sert encore une fois de vêtement à cette équité judiciaire.

Cet intérêt a également permis au juge, par le biais d'une application extensive de l'article 373-3 al. 2 du C. civ., de confier l'enfant à l'homme qui l'a élevé et dont la reconnaissance a été annulée à la suite d'une action en contestation de paternité engagée par la mère, alors même que cette dernière était titulaire de l'exercice de l'autorité parentale<sup>1</sup>.

Ces quelques illustrations mettent en relief la place importante qu'occupe l'équité dans le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts relatifs à la filiation, domaine qu'on aurait pu croire à l'abri de toute subjectivité dans l'application de la règle de droit, puisqu'au-delà des intérêts individuels qui s'y affrontent, on touche à des options fondamentales, à des règles structurant l'organisation de la société en général, et en particulier celle de l'institution familiale dans son ensemble. Alors, nul ne serait surpris de voir l'équité réguler les conflits d'intérêts dont la seule finalité reste l'organisation matérielle des relations personnelles au sein d'une famille en particulier.

### ***b) L'équité dans le traitement des conflits d'intérêts relatifs au gouvernement de la personne de l'enfant***

**80.** Le pouvoir souverain d'appréciation, qui constitue l'un des moyens d'expression de l'équité correctrice, se rencontre dans les contentieux relatifs au gouvernement de la personne de l'enfant puisqu'en ce domaine, l'intérêt de l'enfant a été érigé en critère de décision.

Sans prétendre à l'exhaustivité, il peut être signalé qu'en cas de séparation des parents, même si en principe l'exercice de l'autorité parentale reste conjoint, le juge peut décider de confier un tel exercice à un seul parent lorsque l'intérêt de l'enfant le commande (art. 373-2-1 du C. civ.). Les juges du fond apprécient souverainement<sup>2</sup> la situation de l'enfant ainsi que les

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 févr. 2009, n° 07-14849, JCP (G) 2009, II, 10076 note M. BRUSORIO-AILLAUD, D. 2009, AJ, p. 811, note V. ÉGÉA.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 1995, n° 93-19196, Bull. civ., I, n° 264. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-15165. Toutefois, il faut souligner que la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils motivent particulièrement leurs décisions en exposant les motifs qui justifient selon eux qu'il est plus conforme à l'intérêt de l'enfant, dans l'affaire qui leur est soumise, de fixer un exercice unilatéral de l'autorité parentale. Voir en ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2008, n° 07-19217 et n° 07-19218.

éléments de preuves qui leur sont soumis pour retenir ou non l'existence de circonstances exceptionnelles justifiant l'exercice unilatéral. Souvent, les décisions fixant un exercice unilatéral de l'autorité parentale reposent sur l'idée d'un danger physique ou psychologique pesant sur l'enfant. C'est le cas par exemple si un des parents souffre de troubles psychologiques importants, d'alcoolisme, se montre violent envers les enfants, a une pratique religieuse ou sectaire dangereuse pour les enfants, se désintéresse de l'enfant, se montre incapable de respecter les droits de l'autre.

De même, il peut être relevé que l'effectivité du droit de l'enfant aux relations personnelles avec ses frères et sœurs (art. 371-5 du C. civ.), avec ses ascendants ou avec les tiers parents ou non (art. 371-4 du C. civ.) est conditionnée par son intérêt<sup>1</sup> ; le juge dispose en la matière d'un pouvoir souverain d'appréciation<sup>2</sup>. Toutefois, il convient de souligner que si ce pouvoir souverain d'appréciation a pour avantage de permettre l'individualisation du traitement des conflits d'intérêts, il présente également l'inconvénient de rendre imprévisible un tel traitement. Par exemple, l'existence d'un désintérêt d'un parent<sup>3</sup> a pu conduire certains juges à fixer un exercice unilatéral de l'autorité parentale<sup>4</sup> tandis que d'autres l'ont rejeté, estimant que cette mesure conforterait le parent contre lequel elle est prononcée dans sa tendance à se désengager de l'éducation des enfants<sup>5</sup>.

De même, l'appartenance d'un des parents à la communauté des Témoins de Jéhovah, considérée comme une secte, a pu conduire des juges, au terme d'une appréciation souveraine de l'intérêt de l'enfant, à justifier une modification de sa résidence habituelle<sup>6</sup>, tandis que d'autres ont statué en sens inverse<sup>7</sup>.

En fin de compte, le législateur en introduisant des notions au contenu indéterminé au sein de la règle de conflit donne implicitement au juge, l'autorisation d'individualiser la solution en fonction des particularités de chaque espèce. C'est l'hypothèse du renvoi implicite à l'équité du fait de la loi. Cependant, le recours à l'équité ne se limite pas à la présence de ces notions

Sur la question du contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'appréciation de l'intérêt de l'enfant par les juges du fond, voir, A. GOUTTENOIRE, « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in, Mélanges Françoise DEKEUWER-DÉFOSSÉ, Montchrestien, 2012, p. 147 et s.

<sup>1</sup> À l'analyse de ces deux articles, on peut retenir que pour les ascendants et les frères et sœurs, le maintien des relations personnelles est présumé conforme à l'intérêt de l'enfant alors que les autres tiers, parent ou non, doivent prouver que leur demande de maintien de rapports personnels est conforme à l'intérêt de l'enfant.

<sup>2</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ, 27 mai 2010, n° 09-65838 et Cass. 1<sup>re</sup> civ, 15 févr. 2012, n° 11-10344.

<sup>3</sup> L'article 350 du C. civ. définit le désintérêt parental comme le fait de ne pas entretenir avec l'enfant des relations nécessaires au maintien des liens affectifs.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 avr. 2001, n° 99-19143 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2007, n° 06-18904 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 avr. 2010, n° 09-13689.

<sup>5</sup> CA Nancy, 24 sept. 2010, n° 10/02317, RG n° 09/00509 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso). - CA Lyon, 27 janv. 2015, RG n° 13/09995 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

<sup>6</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2000, n° 98-13673, RTD civ. 2000, p. 822, obs. J. HAUSER.

<sup>7</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 avr. 2002, n° 00-15819, RTD civ. 2002, p. 800, obs. J. HAUSER.

au contenu indéterminé au cœur de la règle de conflit ; l'équité judiciaire peut exister sans ces renvois implicites de la loi.

## §-2 : LE RECOURS À L'ÉQUITÉ FAMILIALE SANS RENVOI DE LA LOI

81. Même lorsque la loi ne renvoie pas implicitement à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts, le juge en fait néanmoins usage, soit pour pallier l'absence de règle de conflit (A), soit pour atténuer les conséquences de l'application de la règle de conflit là où une application déductive aboutirait à un résultat contraire à l'idéal de justice (B).

### A — LE RECOURS À L'ÉQUITÉ EN L'ABSENCE DE RÈGLES DE CONFLIT

82. Même si l'existence de certaines règles du Code civil témoigne de la fertilité de son imagination<sup>1</sup> et d'une volonté de proposer un système opératoire le plus complet possible, il arrive que le législateur n'ait pas prévu certaines situations. D'ailleurs, PORTALIS reconnaissait bien volontiers que l'existence de telles défaillances est consubstantielle à tout système de droit écrit et traduit en fin de compte l'impossibilité matérielle pour le législateur de pourvoir à tout<sup>2</sup>.

Face à l'absence de règle de conflit *ad hoc*, le juge qui est tout de même tenu de statuer sous peine de déni de justice (art. 4 du C. civ.) peut se référer à son sens de l'équité pour trancher le litige.

L'exemple typique, même s'il met en lumière un conflit d'intérêts patrimoniaux, est celui de la rupture du concubinage et de ses conséquences. En effet, même si le législateur a défini<sup>3</sup> ce que recouvrait cette notion pour mieux la départir des autres formes de conjugalité, il n'a en revanche prévu aucun régime juridique applicable aux concubins. Et pour cause, ce *vide voulu* par le législateur correspond en réalité à une hypothèse de non-droit, c'est-à-dire un espace qui n'a pas pour vocation première à être comblé par le droit. Il s'agit d'un espace soumis avant tout à la liberté ; liberté de réguler soi-même en amont d'éventuels conflits d'intérêts ou liberté d'y faire face en aval avec sagesse.

<sup>1</sup> On peut sans doute imaginer que l'importance accordée à la naissance et au décès, qui marquent respectivement le début et la fin de la personnalité juridique, a poussé le législateur à envisager leur survenance dans des lieux peu communs. Voir par exemple les articles 59 et 86 du Code civil qui envisagent respectivement les hypothèses de naissance et de décès sur un navire en mer.

<sup>2</sup> « Les besoins de la société sont si variés, la communication des hommes est si active, leurs intérêts sont si multipliés, et leurs rapports si étendus qu'il est impossible au législateur de pourvoir à tout » J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire du projet de Code civil*. Dans le même ordre d'idées, voir, H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil, t. I*, 1962, n° 214. - C. BEUDANT, *Droit civil, t. I*, p. III, n° 119. - F. LAURENT, *Principes de droit civil, t. I*, n° 254 et s.

<sup>3</sup> Article 515-8 du Code civil.

Cependant, lorsque dans les situations de crise, la sagesse laisse place à l'intempérance et à l'incompréhension, le conflit d'intérêts éclate à la lumière du droit et oblige le système normatif à fixer les limites à la satisfaction des intérêts de tout un chacun. Pour offrir aux litigants une sortie de crise, le juge fait souvent appel à son sens de l'équité. C'est ainsi que dans le contentieux de la rupture du concubinage, les juges se fondant sur les circonstances ou évènements précédents ou suivants la rupture, sanctionnent bien souvent le concubin qui use abusivement de sa liberté de rompre sans aucun respect de l'autre<sup>1</sup>. De même, il fait usage de l'équité dans la liquidation des intérêts patrimoniaux en acceptant des recours fondés, soit sur l'existence d'un devoir moral d'entraide à l'égard du concubin qui se retrouve seul et dans le besoin<sup>2</sup>, soit sur la théorie de la société créée de fait<sup>3</sup>, ou encore sur l'enrichissement sans cause<sup>4</sup>.

En s'intéressant plus spécifiquement au droit extrapatrimonial de la famille qui constitue le cadre de la présente recherche, il convient de souligner que pour trouver l'expression d'une équité dans le traitement des conflits d'intérêts en l'absence d'une règle de conflit, il faudrait circonscrire l'analyse aux conflits d'intérêts dont le traitement n'a aucune incidence sur la situation de l'enfant au sein de sa famille. En effet, en vertu de la règle qui impose une prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision le concernant, le juge aura toujours à disposition, à défaut de règle spécifique, cette directive générale lui permettant de régler le conflit en équité.

Cependant, même en recentrant l'analyse sur les conflits d'intérêts n'ayant pas pour finalité le rattachement à un enfant ou le gouvernement de sa personne, on peine à trouver la trace de l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts pour lesquels le législateur n'a rien prévu. En effet, il ne faut pas oublier que le vide législatif n'est pas systématiquement surmonté par un recours à l'équité. Il peut arriver qu'en cas de silence du législateur, le juge se réfère à l'esprit général de la loi, ou qu'il fasse œuvre de législateur, sans s'inspirer de son sens de l'équité. Par exemple, le législateur n'ayant pas prévu que les revendications individuelles des personnes transsexuelles au changement de leur sexe allaient déboucher à un important contentieux, les juges confrontés à ces situations avaient à l'époque simplement invoqué le principe de l'indisponibilité de l'état des personnes pour trancher le litige<sup>5</sup>. Cette réponse

<sup>1</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avr. 1998, n° 96-10.581, JCP (N) 1998, 921 ; CA Rouen, 29 janv. 2003, Dr. fam. 2003, n° 6, comm. 69, note H. LECUYER ; CA Paris, 14 févr. 2003, D. 2003, Somm. p. 1939, obs. J.-J. LEMOULAND.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 nov. 1999, n° 97-17541, Dr. fam. 2000, comm. n° 19, note H. LECUYER ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 févr. 2002, n° 99-18928, RTD civ. 2002, p. 489, obs. J. HAUSER.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 juin 2001, n° 98-16490, Dr. fam. 2002, comm. n° 28, obs. H. LÉCUYER ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 févr. 1997, n° 95-13029, JCP (G) 1997, II, 22820, note T. GARÉ ; Dr. fam. 1997, comm. n° 56, obs. H. LÉCUYER ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 1989, n° 87-15818, Gaz. Pal., 1989.2.765, obs. J. MASSIP.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2008, n° 06-11294, D. 2008, p. 140, obs. J.-J. LEMOULAND ; AJ fam. 2008, p. 431, obs. F. CHÉNÉDÉ.

<sup>5</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 déc. 1975, n° 73-10615.

prétorienne était inspirée non pas par l'équité, mais par la philosophie générale innervant la matière extrapatrimoniale traditionnellement considérée comme indisponible.

De même, pour trancher entre des héritiers un conflit d'intérêts relatif à la destination des cendres funéraires de leur auteur, des juges du fond<sup>1</sup>, en l'absence de règle juridique déterminant le statut juridique des cendres<sup>2</sup>, s'étaient référés au régime de l'indivision et non à leur sens de l'équité qui aurait plutôt permis d'aboutir en l'espèce à une solution plus satisfaisante<sup>3</sup>.

Aussi, il peut être souligné que confronté à l'absence de règles de conflit pour trancher entre époux un désaccord portant sur le choix de la résidence de famille, le juge, au regard du principe d'égalité entre époux, n'aura d'autres choix que de renvoyer ceux-ci à leur responsabilité en les invitant à trouver par eux-mêmes une solution de compromis, ou le cas échéant à introduire une demande de divorce ou de séparation de corps<sup>4</sup>.

En résumé, lorsque la règle de conflit n'existe pas, le juge peut théoriquement suppléer ce manque en ayant recours à son sens de l'équité. Mais en pratique, le recours à l'équité en l'absence de règle de conflit ne se discerne pas toujours clairement, parce que l'œuvre prétorienne procède souvent de sources d'inspiration multiples. Excepté les situations dans lesquelles la motivation du jugement laisse clairement transparaître une recherche de l'équité par le truchement de notions à forte capacité interprétative comme l'abus, l'anormalité,

---

<sup>1</sup> CA Bordeaux, 14 janv. 2003, n° 99/03465, RJPJ 2003, n° 9, p. 27, note J. CASEY.

La particularité de l'espèce mérite qu'il en soit fait un bref rappel des faits. Lors d'un différend familial relatif au sort des cendres d'une défunte, une de ses filles assigna en justice ses sœurs en vue d'obtenir le transfert de l'urne cinéraire située au centre de la cour commune d'un immeuble en copropriété, au cimetière communal. En l'absence d'une volonté de la défunte quant au lieu de sa sépulture, l'appelant justifiait sa demande par l'impossibilité pour elle de se recueillir librement devant les restes de sa mère en raison du comportement d'une de ses sœurs copropriétaire de l'immeuble qui lui rendait difficile l'accès à la cour commune.

<sup>2</sup> Voir D. DUTRIEUX, *Liberté des funérailles, crémation et destination des cendres*, Droit et patrimoine 2000, n° 79, p. 28 et s. - H. POPU, *La destination des cendres funéraires*, Defrénois, 15 septembre 2007, n° 17, p. 1209 et s. - C. BOURRIER, C. COUTANT, *Le non-respect de la volonté du défunt quant à la destination de ses cendres*, LPA 1999, n° 197, p. 10 et s.

<sup>3</sup> Cette solution était pour le moins insatisfaisante, car elle procède d'une assimilation des cendres funéraires à de vulgaires biens meubles, propriétés des héritiers. En effet les cendres cinéraires constituant le résultat d'une transformation organique du cadavre, elles ne pouvaient être assimilées à un bien susceptible d'appropriation (Dans ce sens, voir, P. BELHASSEN, *La crémation : le cadavre et la loi*, LGDJ, 1997, p. 24. - B. MORY, X. LABBÉE, note sous TGI Lille 23 septembre 1997, LPA, 27 janvier 1999, n° 19, pp. 17-21. - A. PERI, *Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ?*, LPA, 31 août 2007, n° 175, p. 3 et s.).

En sus, dans ce conflit d'intérêts était purement et simplement sacrifiée la liberté de la requérante de se recueillir devant les restes de l'être cher, alors que le transfert au cimetière communal aurait eu vocation à supprimer l'entrave à l'accès des cendres, en plaçant les héritiers sur un même pied d'égalité dans l'exercice de cette liberté. Un auteur soulignait d'ailleurs la faiblesse du fondement juridique de l'indivision (J. CASEY, *Une mère dans l'urne et ses cinq filles au prétoire : une famille en cendres ?*, RJPJ 2003, n° 9, p. 27) en relevant l'incompatibilité du régime juridique de l'indivision avec les règles dégagées par la jurisprudence en la matière notamment celle de l'impossibilité pour un héritier de demander que soit procédé au partage des cendres sauf si ledit partage demeure le seul moyen de respecter la volonté du défunt (CA Paris, 1<sup>er</sup> ch., 27 mars 1998, Cts X / Madame Y et autres, LPA 1999, n° 197, p. 10, note C. BOURRIER, C. COUTANT. - RTD Civ. 1998, p. 655, obs. J. Hauser. - Dr. fam. 1998, n° 6, pp. 23-25, obs. B. BEIGNIER).

<sup>4</sup> Voir par exemple, F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *La famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 150.

l'excès, le déraisonnable ou l'espérance légitime, il est bien souvent difficile de quantifier la part de l'équité dans la création de la règle de conflit par le juge.

En fin de compte, même en l'absence de règle de conflit, on ne peut ignorer la part de l'équité dans l'œuvre prétorienne. Néanmoins, le recours à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts ne se limite pas aux hypothèses de règles de conflits imprécises ou d'absence de règle de conflit. Il faut aussi souligner que l'équité s'immisce dans le traitement des conflits d'intérêts, même en présence d'une règle de conflit renvoyant à des critères clairs et précis de solution.

## B — LE RECOURS À L'ÉQUITÉ EN PRÉSENCE DE RÈGLES DE CONFLIT

**83.** L'interdiction de statuer selon les considérations d'équité en l'absence de texte ouvrant explicitement ou implicitement cette possibilité, rend inenvisageable le jugement d'équité à plus forte raison lorsqu'il existe un arsenal législatif complet. Mais en réalité, les choses sont beaucoup moins tranchées. Il arrive même dans ces situations pour lesquelles le recours à l'équité est en principe proscrit, que le juge s'en inspire en la maquillant en règle de droit positif pour sauver les apparences. L'équité est alors invisible à qui veut la discerner (1). Mais, en dehors de cette hypothèse d'équité invisible, il arrive aussi que le juge ait recours à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts pour annihiler une règle de conflit législative jugée inadaptée au regard de l'évolution des mœurs sociétales. Il s'agit d'une équité subversive en ce sens qu'elle entraîne la violation d'une règle de conflit préexistante alors même que le législateur n'a pas prévu que ce soit de manière explicite ou implicite — par le biais de notions imprécises — la possibilité d'en limiter l'application (2).

### 1) L'équité invisible

**84.** Malgré l'existence de règles claires et précises, un auteur a pu relever que « les juges du fond ont un moyen indirect et plus ou moins secret de faire cependant de l'équité ; je veux dire qu'ils interprètent souverainement les faits de la cause, et qu'ils peuvent, en vue d'aboutir au résultat qu'ils estiment juste, adopter l'interprétation nécessaire »<sup>1</sup>. On parle de syllogisme régressif ou ascendant<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> P. BELLET, « Le juge et l'équité », in, *Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 9 et s., spéc. p. 11.

<sup>2</sup> Voir par exemple, J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 1996, p. 42, n° 55 - J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction...*, PUF, 2004, p. 24, n° 9. - H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2003, p. 22, n° 55.

Voir également F. RIGAUX, *La loi des Juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 66 (l'auteur ne nie pas la réalité du recours au syllogisme déductif, mais y voit un phénomène marginal). - L. CADDIET, *L'équité dans l'office du juge civil*, Justices 1998, n° 9, p. 87 et s., spéc. pp. 91-92. - F. OST, J. LENOBLE, *Les implicites de la théorie du juge raisonnable*, Annales de droit de Louvain, 1976, p. 321 et s., spéc. p. 333.

À l'inverse du syllogisme classique, le juge pour trancher le conflit d'intérêts va partir de la solution qui intuitivement, au regard de l'espèce, lui apparaît comme juste. Puis, il va chercher dans l'arsenal législatif une règle permettant de motiver en droit cette solution pour maquiller ainsi les considérations d'équité qui ont dès le début présidé à la solution<sup>1</sup>. Il semblerait que « les choses ont toujours dû se passer ainsi, depuis des millénaires qu'il y a des juges, et qui pensent »<sup>2</sup>.

Cependant, il faut souligner que même si d'après certaines confidences de juges, l'idée d'une équité invisible contient une très forte part de vérité<sup>3</sup>, il est difficile de quantifier en pratique cette forme d'équité dans le traitement des conflits d'intérêts.

De toute façon, peu importe son ampleur, parce qu'il s'agit d'un recours à l'équité respectueux de l'ordonnement juridique, on ne peut que voir par là une habileté permise. Ce qui n'est en revanche pas le cas lorsque le recours à l'équité emporte une violation du droit préexistant.

## 2) L'équité subversive

**85.** Il arrive souvent que la règle de conflit, bien que claire et précise, ne soit pas fidèlement appliquée par le juge chargé de trancher le litige. En effet, le juge peut décider d'écarter la règle de conflit au nom de l'équité, alors que le législateur lui-même n'a prévu aucun tempérament à sa mise en œuvre. Pour ce faire, il peut décider de minorer la teneur de la règle en écartant volontairement certaines conditions qu'elle exige<sup>4</sup>, parce que les retenir l'obligerait à consacrer en bout de raisonnement, une solution considérée comme moins humaine.

Il peut également de manière ostensible pratiquer l'équité en ignorant purement et simplement les prescriptions de la règle juridique normalement applicable ; pour motiver la sentence, il insistera sur les particularités de l'espèce<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Un auteur soutient au contraire que le syllogisme régressif ne traduit pas forcément un recours à l'équité. Il s'agirait selon lui d'un simple raccourci de la pensée. Voir, V. BOLARD, *L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé*, th. dactyl. Paris 1, 2006, p. 146.

<sup>2</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction...*, op. cit., p. 24, n° 9.

<sup>3</sup> M. TOPORKOFF, *Les droits reposant sur la common law permettent-ils une meilleure prévision judiciaire que ceux reposant sur le droit écrit ?*, Les Annonces de la Seine, supplément au n° 35 du 18 mai 2000, n° 6.1.1.3. - F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, t. 2, LGDJ, rééd. 1995, p. 376, note de bas de page n° 3.

<sup>4</sup> « La preuve est que les tribunaux pratiquent l'équité en recourant à deux procédés différents : en gauchissant la teneur de la loi, en altérant les qualifications, dans la volonté d'aboutir à une sentence juridiquement fondée (...) ». E. AGOSTINI, *L'équité*, D. 1978, chron. 2, p. 7 et s., spéc. p. 11.

<sup>5</sup> Contrairement à la situation de l'équité invisible où il existe dans l'ordonnement juridique une autre règle susceptible d'atteindre les fins équitables voulues par le juge, dans l'hypothèse d'une équité subversive, une telle règle secondaire n'existe pas. Mais, le juge va quand même consacrer sa vision subjective du juste en tordant le cadre général de la seule règle de conflit applicable.

Qu'il recoure à l'un ou l'autre de ces procédés, la solution obtenue emporte nécessairement une violation de la loi. On parlera alors d'équité *contra legem* dans le sens où les considérations d'équité se montrent plus puissantes que la volonté du législateur. Pour mieux saisir la réalité du phénomène, analysons les arrêts suivants.

**86.** Avant l'ordonnance de 2005 portant réforme de la filiation, le Code civil à l'article 331-1 prévoyait la possibilité pour l'enfant naturel dont l'une des filiations paternelle ou maternelle aurait été établie postérieurement au mariage de ses parents, de demander au juge sa légitimation. Le législateur était très clair et la règle exigeait qu'il soit constaté l'existence d'une possession d'état d'enfant commun du couple depuis la célébration du mariage<sup>1</sup>. Or, dans un conflit d'intérêts opposant d'un côté une requérante, et de l'autre, son père et à sa belle-mère, parce que ces derniers avaient demandé et obtenu la légitimation de sa demi-sœur décédée — cette dernière était décédée avant que sa mère n'épouse le père de la requérante —, la Cour de cassation pour des raisons d'équité s'était affranchie de la règle de conflit posée par le législateur, ou pour être plus précis, en avait modifié la teneur.

En effet, elle avait retenu que pour la légitimation *post nuptias* d'un enfant naturel décédé avant le mariage de ses parents et qui avait laissé une descendance, la preuve de l'existence d'une possession d'état d'enfant commun du couple n'était pas nécessaire<sup>2</sup>.

De cette solution, on retient avant tout l'existence d'une volonté des juges de ne pas défavoriser les enfants adultérins et de faire primer l'humain sur la rigueur de la règle. Toutefois, dans un système de droit écrit, on ne peut que critiquer ce procédé qui *in fine* permet au juge de s'ériger en législateur.

**87.** Un autre arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 4 décembre 2013<sup>3</sup> permet également d'illustrer le recours à l'équité *contra legem* dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

En l'espèce, une femme avait épousé en secondes noces le père de son ex-mari. Ce dernier n'a jamais invoqué l'empêchement à mariage pour alliance prévu à l'article 161 du Code civil pour s'opposer à la célébration de cette union incestueuse. Cependant, au décès de son père, il découvre que celui-ci avait fait de son épouse la légataire universelle des biens de sa succession, et ce en concurrence de ses propres intérêts successoraux. Il décide alors de demander l'annulation du mariage pour cause d'inceste.

---

<sup>1</sup> Ancien article 331-1 « Quand la filiation d'un enfant naturel n'a été établie à l'égard de ses père et mère ou de l'un d'eux que postérieurement à leur mariage, la légitimation ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un jugement. Ce jugement doit constater que l'enfant a eu, depuis la célébration du mariage, la possession d'état d'enfant commun ».

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 9 déc. 1980, n° 79-12236, D. 1981, Jurisprudence, p. 136, note H. MAZEAUD.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 déc. 2013, n° 12-26066, AJ. fam. 2013, p. 663, obs. F. CHÉNEDÉ ; D. 2014, p. 153 note, H. FULCHIRON, D. 2014, p. 179, obs. F. CHÉNEDÉ ; Defrénois 2014, n° 3, p. 140, note C. BAHUREL.

La Cour d'appel fit droit à ses prétentions et décida de prononcer la nullité d'un mariage qui avait pourtant duré 22 ans. La veuve se pourvut alors en cassation en invoquant une violation par les juges du fond de l'article 8 de la Conv. EDH. Contre toute attente, la Cour de cassation, prétexte pris de la durée du mariage incestueux et de la nature de l'inceste — il s'agissait en l'espèce d'un inceste relatif — avait écarté l'arbitrage législatif réalisé à travers l'article 161 du C. civ au profit d'une appréciation personnelle de la situation d'espèce. Même si la haute juridiction prit le soin de préciser, à travers un communiqué publié sur son site internet<sup>1</sup>, qu'il s'agissait d'un arrêt d'espèce et qu'elle n'avait nullement l'intention d'écarter définitivement l'arbitrage législatif contenu dans les dispositions de l'article 161 du C. civ, sur un plan méthodologique, le raisonnement suivi revient à généraliser la pesée judiciaire des intérêts et à conférer aux arbitrages législatifs une valeur indicative.

En d'autres termes, s'il découle de la pesée concrète des intérêts qu'une application rigide de l'arbitrage législatif aboutirait dans le cas d'espèce à une solution inopportune, car injuste, le juge se réserve le droit de l'écarter quitte à prendre le soin de signifier ensuite à l'envi que la solution à laquelle elle aboutit dans le cas singulier n'est pas généralisable. Mais, ce serait ignorer que si la solution n'est pas généralisable, la séduction théorique de la méthode tournée vers la réalisation du dessein de justice risque quant à elle de l'être. D'ailleurs, certains appellent de leurs vœux, sous couvert d'intégration du contrôle de proportionnalité, à la généralisation de l'équité judiciaire dans le traitement des contentieux<sup>2</sup> ; la consubstantialité entre l'équité et la proportionnalité apparaît alors clairement. « Dans un rapport contentieux, la recherche de la proportionnalité s'identifie à celle de l'équité, en tant qu'elle est la fin principale du droit dans la consécration de la justice »<sup>3</sup>. Pour être plus précis, l'équité correspondrait à la proportionnalité au sens strict<sup>4</sup>, c'est-à-dire à la mise en balance concrète des intérêts en jeu.

Reprenant l'analyse de cet arrêt du 4 décembre 2013<sup>5</sup>, il convient de faire remarquer aussi que le recours à l'appréciation équitable de la solution est d'autant plus surprenant en l'espèce, parce que l'interdiction posée à l'article 161 du C. civ. protège avant tout les intérêts collectifs de la société, comme l'avait soigneusement rappelé la Cour d'appel dont l'arrêt a été censuré. Dans de précédents conflits opposant les intérêts individuels aux intérêts collectifs, la Haute

<sup>1</sup> [https://www.courdecassation.fr/IMG///Communique\\_civ1\\_arret1389\\_131204.pdf](https://www.courdecassation.fr/IMG///Communique_civ1_arret1389_131204.pdf)

<sup>2</sup> B. LOUVEL, *Pour une juridiction à l'écoute de son temps*, D. 2014, p. 1632. - B. LOUVEL, *Réflexions à la Cour de cassation*, D. 2015, p. 1326. - B. LOUVEL, *Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle*, JCP (G) 2015, p. 1906. Voir aussi les développements et références cités à infra n°359 et s.

<sup>3</sup> P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. SUDRE, PUAM, 2005, t. 1, p. 170. Voir les lumineux développements de l'auteur sur le lien entre équité et proportionnalité (P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., t. 1, n° 216-219).

<sup>4</sup> Sur la notion de proportionnalité au sens strict, voir infra n°375 et s.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 déc. 2013, n° 12-26066, précit.

juridiction avait pourtant fait montre d'une constante rigueur en rappelant que l'appréciation concrète des conséquences inopportunes qu'engendrerait une application stricte des arbitrages législatifs ne pouvait en aucun cas justifier l'éviction des règles juridiques<sup>1</sup>. Deux poids, deux mesures ? Il semblerait qu'en l'espèce, la solution de la Cour de cassation ait été avant tout dictée par le désir de se mettre en conformité avec la jurisprudence de la Cour EDH qui dans une affaire similaire avait considéré la prohibition de cette forme d'inceste relatif comme contraire au droit de se marier protégé à l'article 12 de la Conv. EDH<sup>2</sup>.

En résumé, cet arrêt du 4 décembre 2013 rendu par la Cour de cassation éclaire d'une franche lumière l'importance qu'il revient d'accorder à la juste proportion dans le traitement des conflits d'intérêts. Dans les contentieux familiaux qui ne peuvent plus être traités sur un arrière-fond dogmatique en raison de l'impossibilité d'imposer un modèle de référence, le juge est avant tout un arbitre de l'équilibre concret entre intérêts.

**88.** Une décision du Conseil d'État rendu le 31 mai 2016<sup>3</sup> permet aussi d'illustrer le recours à l'équité *contra legem* dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. La configuration factuelle était la suivante. Avant de subir un traitement médical susceptible de le rendre stérile, un homme marié qui résidait en France avec son épouse avait procédé, à titre préventif, à un dépôt de gamète. Désirant concrétiser leur projet parental, le couple décida de recourir à une insémination artificielle. Mais avant la réalisation d'une telle insémination, le mari décéda et conformément aux règles françaises prohibant l'insémination *post-mortem*, le projet parental n'a pu être mené à terme (art. L. 2141-2 du CSP). La veuve, souhaitant néanmoins poursuivre ce projet, sollicita le transfert des gamètes de son défunt mari en Espagne où elle réside. Contrairement à la France, l'Espagne autorisait les inséminations *post-mortem*. L'Agence de la biomédecine invoquant la prohibition légale des exportations de gamètes aux fins d'insémination *post-mortem* (art. L. 2141-11-1 du CSP) s'opposa à cette demande. La veuve saisit en référé le juge administratif pour contester ce refus. Au soutien de sa demande, elle invoqua une atteinte à son droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Conv. E.D.H. Débouté de sa demande, sa nouvelle requête aboutie devant le Conseil d'État. Il revenait à celui-ci de déterminer si l'exportation des gamètes d'un homme décédé vers un pays étranger en vue d'une insémination *post-mortem* pouvait être autorisée.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 sept. 2013, n° 12-18315 et Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 sept. 2013, n° 12-30138 ; RTD civ. 2013, p. 816 note J. HAUSER ; RJPF 2013, n° 10, p. 20, obs. I. CORPART, LPA 2013, n° 196, p. 7, note V. LEGRAND. - Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 avril 2011, arrêts n° 09-66486, n° 09-17130 et n° 10-19053, D. 2011, p. 1995, Panorama Droits de l'enfant, obs. A. GOUTTENOIRE et P. BONFILS. - Cass. 1<sup>re</sup> civ, 6 janv. 2004, n° 01-01600, D. 2004, p. 362, note J. SAINTE-ROSE ; LPA 2004, n° 71, p. 13, note V. VOISIN ; RTD civ. 2004, p. 76 note J. HAUSER.

<sup>2</sup> CEDH, 13 sept. 2005, B.L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, D. 2006, p. 1418, obs. J.-J. LEMOULAND, D. Vigneau ; RTD civ. 2005, p. 735, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2005, p. 758, obs. J. HAUSER.

<sup>3</sup> CE, 31 mai 2016, n° 396848, D. 2016, p. 1472, note H. FULCHIRON. - Dr. fam. 2016, n° 9, étude 15, note J.-R. BINET - AJ. Fam. 2016, p. 439, obs. C. SIFFREIN-BLANC.

Les règles françaises applicables étaient très claires ; elles ordonnaient la destruction des gamètes après la mort de l'auteur du dépôt. Mais le Conseil d'État va contre toute attente autoriser le transfert des gamètes au nom de l'équité. En effet, après avoir reconnu la conformité des règles françaises en cause avec l'article 8 de la Conv. E.D.H., le Conseil d'État va considérer qu'une application rigoureuse de cette règle aboutirait à un jugement dépourvu d'humanité dans les circonstances d'espèce. Dès lors, il va écarter les règles françaises et justifier sa décision en s'appuyant, d'une part, sur le fait que le mari de son vivant avait manifesté sans équivoque le désir d'une poursuite du processus d'insémination après son décès, et, d'autre part, sur l'absence d'intention frauduleuse de la veuve dont le retour en Espagne, pays dont elle était ressortissante, était justifié par la volonté de vivre auprès de sa famille. Au regard des particularités de l'espèce, le Conseil d'État arrive à la conclusion suivante ; dans l'absolu, les règles françaises prohibitives n'étaient pas contraires à l'article 8 de la Conv. E.D.H., dans la situation particulière, leur application stricte aboutirait à une atteinte grave et manifestement excessive du droit au respect de la vie privée et familiale de la veuve. Encore une fois, si cette décision d'équité n'a pas vocation à devenir la nouvelle norme en matière d'insémination artificielle, on ne peut ignorer que cette aptitude de l'équité à écarter les règles juridiques claires parmi les mieux inspirées est source d'incertitude juridique dans la réalisation du droit.

**89.** En définitive, cette première section a été l'occasion de démontrer que la généralisation de l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts se fait majoritairement par le biais des notions imprécises au cœur des règles de conflit. La présence de ces notions imprécises au cœur de la règle de conflit ne constitue cependant pas une nouveauté ; elle a toujours existé. Que l'on songe à la notion de faute, cause de divorce, de bon père de famille, de discernement, d'intérêt de l'enfant, de bonne foi, de bonnes mœurs, et l'on touche du doigt des éléments générateurs d'imprécision au sein de la norme. La particularité de notre époque réside dans leur pullulement au sein de l'ouvrage législatif ou pour être plus précis, dans l'abus qui est fait par le législateur de leur utilisation<sup>1</sup> au sein des règles de conflit. La preuve de la place prépondérante de l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille ainsi rapportée, il faut maintenant s'intéresser à ses conséquences du point de vue de la sécurité juridique des traitements. En d'autres termes, il convient de déterminer si l'incertitude juridique que causent les traitements en équité est à un degré raisonnable permettant tout de même de garantir une sécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

---

<sup>1</sup> C. LABRUSSE-RIOU, « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in, M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), *Familles et justice : justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 28 et s. spéc. pp. 39-42.

## SECTION II : L'IMPACT D'UNE PRÉPONDÉRANCE DES TRAITEMENTS EN ÉQUITÉ

90. L'hypothèse qui est faite et qu'il faudra démontrer dans la présente section est celle d'une généralisation des traitements en équité désastreuse pour la certitude juridique sans être vecteur d'insécurité juridique. En effet, s'il est incontestable qu'une généralisation des traitements en équité fait peser une incertitude sur le traitement des conflits d'intérêts (§-1), il serait toutefois excessif de retenir que cette incertitude juridique crée une insécurité juridique en la matière tant cette incertitude reste cantonnée à des proportions raisonnables (§-2).

### §-1 : UNE INCERTITUDE JURIDIQUE INCONTESTABLE

91. Laisser une place importante à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, c'est se priver de repères fixes à propos dudit traitement qui se trouve abandonné au pouvoir d'appréciation du juge. Il est donc impossible pour les parties de prévoir de façon raisonnable l'issue du conflit. Faute de prévisibilité, les traitements en équité engendrent une incertitude juridique. L'idée a constitué une hypothèse de départ que nous n'avons pas eu l'occasion de démontrer. Mais, avant d'en faire la démonstration, commençons par préciser ce concept de prévisibilité du traitement des conflits d'intérêts.

92. **Le concept de prévisibilité des traitements.** — D'après le doyen CORNU, la prévisibilité, c'est le caractère de ce « que l'on peut *normalement* prévoir et qui doit donc être *raisonnablement* prévu »<sup>1</sup>. Autrement dit, la prévisibilité n'est rien d'autre que le résultat d'une mise en mouvement d'une volonté, propre au genre humain, de bâtir dans chaque situation des prévisions raisonnables. En droit, il s'agira de discerner un avenir juridique probable à un comportement, à une situation, de manière à pouvoir agir en connaissance de cause.

D'ailleurs, parce que le droit organise la vie des hommes en société, il est même indispensable qu'il énonce au préalable ses attentes afin de permettre aux individus d'y conformer leurs comportements<sup>2</sup> ; la prévisibilité serait l'essence même du droit<sup>1</sup>. En d'autres termes, le droit

<sup>1</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° Prévisible. Les passages en italique sont mis en exergue par nous.

<sup>2</sup> « La sécurité ne se confond pas avec la simple protection de l'individu et de sa liberté. Elle exprime plus précisément l'aspiration à un système de règles certaines, parce qu'une telle certitude répond au besoin décisif de prévisibilité : il faut qu'un chacun puisse prévoir les conséquences de ses actes, et déterminer par suite ce qu'il peut ou doit faire ; il faut qu'un chacun puisse aussi prévoir ce qu'autrui a le droit de faire ou ne pas faire pour régler ses attitudes en conséquence ». H. BATIFFOL, *La philosophie du droit*, PUF, coll. Que sais-je ?, 10<sup>e</sup> éd., 1997, p. 103. Voir aussi, P. AMSELEK, *Lois juridiques et lois scientifiques*, *Droits : revue française de théorie juridique*, 1987, n° 6, pp. 131-132.

ne saurait trop surprendre de peur d'instiller aux individus une angoisse liberticide<sup>2</sup> ; il est à parier que ne sachant pas comment sera juridiquement appréhendé son comportement, l'individu se terrera dans une inaction contrainte<sup>3</sup>. Et, c'est précisément dans cette idée de liberté que l'exigence de prévisibilité puise son intérêt.

L'acte de prévision apparaît ainsi comme un moyen permettant à l'individu de ne pas subir des conséquences juridiques qu'il aurait voulu éviter, s'il avait pleinement conscience des implications juridiques de ses actes. Ainsi, des justiciables qui mesurent la forte potentialité de se voir imposer en justice une solution juridique jugée insatisfaisante des deux côtés décideront d'un arrangement pour s'éviter un mauvais procès. En d'autres termes, il est indispensable de prévoir pour ne pas subir.

Cependant, il faut préciser que l'idée de prévisibilité du traitement juridique d'un cas donné ne suppose pas une connaissance certaine du résultat de l'application de la règle générale au cas particulier<sup>4</sup>, puisque « le passage de l'abstrait (la règle de droit) au concret (son application au cas à trancher) comporte toujours une marge d'appréciation et donc un effet de surprise... »<sup>5</sup>. Elle suppose simplement une possibilité d'opérer une représentation raisonnable de l'issue du litige<sup>6</sup>, car l'aléa judiciaire<sup>7</sup> qui réside soit dans l'activité

<sup>1</sup> R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1964, n° 11, p. 14 - J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Paris 1969, n° 233 - J. RIVERO, *Apologie pour les « faiseurs de systèmes »*, D. 1951, Chron., p. 99. - H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. EISENMANN, Paris, 1962, pp. 336-338.

<sup>2</sup> « La liberté ne saurait exister si on ne peut connaître à l'avance la valeur des actes et affirmer la rectitude des actions ». G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, rééd. 1994, n° 9, p. 27.

<sup>3</sup> « Ce n'est que s'il peut prévoir les conséquences (juridiques) qui s'attacheront à ses actes que l'homme pourra décider sciemment d'entreprendre une activité, qu'il pourra organiser son travail, fonder une famille, qu'il espérera conserver ce qu'il acquiert... » J.-L. BERGEL, *Théorie du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, n° 103.

Le professeur J. HAUSER abonde dans le même sens lorsqu'il souligne à propos de la prévisibilité qu'il s'agit d'« un droit fondamental du citoyen à la fois parce qu'il doit savoir d'avance à quelle sauce juridique on le mangera, mais aussi, élément essentiel de dynamisme, il doit savoir avant toute action ce que sera son statut juridique, afin d'adapter cette action dans une œuvre de prévision ». J. HAUSER, « L'individu, la famille et le droit », in, G. EID (dir.), *La famille, le lien et la norme*, L'harmattan 1997, p. 39 et s. spéc., p. 41.

<sup>4</sup> Notre analyse se trouve confortée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris dans lequel, les juges du fond ont pu retenir que « tout citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants sur les normes juridiques applicables à ses actes, c'est-à-dire sur des règles suffisamment précises et constantes lui permettant de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé ». CA Paris, 9 nov. 2000, D. 2001, Somm. 2345, obs. B. DE LAMY.

<sup>5</sup> X. LAGARDE, *Jurisprudence et insécurité juridique*, D. 2006, n° 10, p. 681.

À noter que les passages entre parenthèses constituent un ajout au texte d'origine, de manière à faciliter la compréhension.

<sup>6</sup> En cas de vide législatif ou d'imprécision de la règle de conflit, opérer une représentation raisonnable de l'issue du litige consistera à s'inspirer d'un précédent analogue pour réduire la part d'indétermination. Ainsi, en présence de notions indéterminées, le justiciable ou son conseil se reportera aux critères d'appréciation précédemment dégagés par les juges dans le cadre d'autres affaires pour réduire la part d'indétermination. Le défaut de prévisibilité ne surviendra que lorsqu'il n'existe pas encore de précédents ou lorsque la solution adoptée au final s'inscrit en rupture de ces précédents.

<sup>7</sup> Pour quelques observations sur l'aléa judiciaire en droit de la famille, voir, J. CASEY, E. MULON, *L'aléa judiciaire : un peu, mais pas trop...*, Gaz. Pal. 28 mai 2011, n° 148, p. 3.

d'interprétation des règles ou dans l'appréciation des faits est encore plus pesant dans des conflits familiaux qui mêlent bien souvent l'affect, les sentiments, et la passion<sup>1</sup>.

Après cette délimitation du concept de prévisibilité, il convient de démontrer que le besoin de prévisibilité n'est pas satisfait en cas de recours à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts.

### 93. L'insatisfaction du besoin de prévisibilité en cas de recours à l'équité. —

Accéder à la prévisibilité dans le traitement des conflits d'intérêts suppose une capacité à déterminer le résultat probable de l'application de la règle de conflit au cas d'espèce. Or, en faisant de l'équité la finalité du traitement des conflits d'intérêts, on empêche cette faculté de projection dans un avenir juridique probable, puisque le résultat de la concrétisation de l'équitable est une activité éminemment subjective nécessairement réalisée *a posteriori*. L'issue du litige est alors subordonnée à l'appréciation du juste tel que réalisé par le juge. Prenons l'exemple suivant pour mieux cerner le propos.

Il a été démontré que pour trancher les conflits intéressant l'enfant, il arrivait que le juge réalise selon l'expression d'un auteur, une « équité de terrain »<sup>2</sup> qui a pour vêtement juridique l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour ce faire, il doit interpréter la notion d'intérêt de l'enfant pour déterminer à son aune, dans la configuration conflictuelle, la solution la meilleure pour ce dernier. Or, l'interprétation comme opération juridique est avant tout une affaire de perception ; et la perception faisant appel aux qualités d'appréciation du sujet diffère d'une personne à l'autre, bien souvent, en fonction des buts poursuivis<sup>3</sup>. Donc l'interprétation de l'intérêt de l'enfant est nécessairement empreinte de subjectivité.

Tout d'abord, cette subjectivité judiciaire dans l'interprétation de l'intérêt de l'enfant peut s'exprimer de manière directe lorsque le juge se laisse influencer dans une telle opération par des considérations personnelles. En effet, comme le souligne si bien un auteur « le juge, plus habitué à dire le droit qu'à statuer en opportunité, et manquant souvent du recul nécessaire pour se rendre compte qu'il statue en fonction de l'éducation qu'il a reçue, applique ses propres critères de référence »<sup>4</sup>.

Ensuite, cette subjectivité judiciaire dans l'interprétation de l'intérêt de l'enfant peut s'exprimer de manière indirecte lorsque le juge se laisse influencer par les considérations personnelles d'autres corps de métiers censés lui apporter une aide dans la détermination de

<sup>1</sup> Voir par exemple, M. JUSTON, *L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ?*, Dr. fam. 2010, n° 1, Étude 2, p. 15 et s.

<sup>2</sup> J. HAUSER, « Dieu nous garde de l'équité des parlements » in, Mélanges M. VIDAL, PUB, 2010, p. 594.

<sup>3</sup> Pour F. OST par exemple, « aucune interprétation n'est totalement affranchie de valeurs et d'intérêts pratiques ». F. OST, *L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit*, Revue internationale de sémiotique juridique, 1993, Vol. VI, n° 18, p.227 et s. spéc. p. 231.

<sup>4</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI, *Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises*, JCP, G, 1994, I, 3739, p. 87 et s., spéc. p. 90. - Voir aussi, I. THÉRY, *La référence à l'intérêt de l'enfant dans les procédures de divorce : usage judiciaire et ambiguïtés*, th. dactyl. Paris V, 1983.

l'intérêt de l'enfant. En effet, c'est parce qu'il n'est pas formé pour déterminer dans les situations concrètes qui lui sont soumises, l'intérêt de l'enfant, que le juge doit solliciter l'aide d'autres savoirs détenus par les professionnels de l'enfance pour légitimer son appréciation. Or, il arrive que ces experts, porteurs d'intérêts contradictoires ou affublés de leur propre passé, ne soient pas les mieux placés pour donner un éclairage objectif de la situation au juge<sup>1</sup>. Certes, il faut rappeler que le juge n'est pas lié par le résultat des expertises réalisées par ces professionnels de l'enfance, mais il faudrait faire preuve d'une mauvaise foi ostensible pour ne pas relever qu'en pratique le juge entérine les mesures conseillées par ces professionnels de l'enfance comme étant les plus respectueuses dans le cas d'espèce de l'intérêt de l'enfant<sup>2</sup>.

Il apparaît clairement à travers notre exemple que l'équité, lorsqu'elle pénètre au cœur de la règle de conflit par le truchement de notions indéterminées, cette règle de conflit n'est plus en mesure d'apporter *a priori* des réponses claires puisqu'elle nécessite pour les besoins de sa concrétisation, un important travail d'interprétation. Le danger d'une telle subjectivisation demeure sans doute le risque d'une dérive casuistique du traitement des conflits d'intérêts. Autrement dit, en introduisant de la flexibilité au cœur de la règle de conflit par le truchement de notions imprécises, on aboutit à des différences de traitements à situations analogues. Ce qui traduit une rupture de l'égalité de traitement des citoyens devant la justice, principe qui implique que chacun soit traité comme tous les autres qui se trouvent dans la même situation. De telles différences de traitement ont déjà été signalées lors des développements relatifs aux manifestations de l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts. Il suffira de s'en référer pour mesurer que la possibilité de voir les mêmes règles dans les mêmes circonstances ne pas produire les mêmes effets d'une juridiction à l'autre est bien réelle. Cependant, cette incertitude juridique inhérente à l'imprévisibilité des traitements n'est pas synonyme d'insécurité juridique parce qu'elle reste raisonnable.

## §-2 : UNE INCERTITUDE JURIDIQUE RAISONNABLE

94. Pour rappel, reste raisonnable, une incertitude juridique qui ne dégénère pas en insécurité juridique. L'insécurité juridique est lui-même un sentiment éprouvé lorsque, d'une

---

<sup>1</sup> D'ailleurs, au lendemain de l'affaire Outreau, la Commission d'enquête parlementaire soulignait dans son rapport les dangers d'une valorisation excessive de rôle des experts. Voir Assemblée nationale, Rapport n° 3125, p. 159 et s. URL [http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp#P3876\\_1016521](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rap-enq/r3125.asp#P3876_1016521)

Dans le même sens, rappelons que dans sa thèse de doctorat, madame THÉRY relevait déjà l'éventuelle subjectivité des rapports d'enquête sociale relatifs à l'évaluation de l'intérêt de l'enfant (I. THÉRY, *La référence à l'intérêt de l'enfant dans la modification du droit de garde après le divorce*, th. dactyl. Paris V, 1983, p. 298).

<sup>2</sup> Voir C. SANDRAS, *L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille*, th. dactyl. Paris II, 2000, pp. 63-64.

part, le justiciable n'est pas en mesure d'élaborer des prévisions parce qu'il ne connaît pas à l'avance le comportement attendu et la manière dont son affaire sera tranchée, et, d'autre part, lorsque l'effectivité des normes juridiques ne lui est pas garantie. Dès lors, il y aurait, en raison de la multiplication des traitements en équité, une insécurité juridique lorsqu'on peut raisonnablement éprouver le sentiment d'être exposé à l'arbitraire judiciaire dans la régulation des conflits d'intérêts. Or, s'il n'est pas contestable que la crainte d'un arbitraire peut être justifiée lorsque pour des raisons d'équité le juge écarte des arbitrages législatifs clairs, il reste pour le moins excessif de considérer en matière de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille que le recours à une équité modératrice confine à l'arbitraire. En effet, on constate, d'une part, que la flexibilité de la règle de droit rendue possible par le recours aux notions imprécises n'est pas en soi contraire à la sécurité juridique (A), et, d'autre part, que cette flexibilité n'empêche pas totalement la possibilité de prévision dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille (B).

#### **A — UNE INCERTITUDE JURIDIQUE COMPATIBLE AVEC LE BESOIN DE SÉCURITÉ JURIDIQUE**

95. Le recours à l'équité dans la régulation des conflits d'intérêts permet d'humaniser le traitement juridictionnel et d'atteindre l'idéal du « juste juridique » selon les mots d'un auteur<sup>1</sup>. Ce sentiment pour les justiciables que le juge a appréhendé toute la spécificité et la complexité de leur situation pour trancher le litige permet d'emporter plus facilement leur adhésion quant au traitement ; ce qui *in fine* constitue une garantie de son effectivité. Or, cette effectivité des traitements arrêtés participe à la sécurité juridique en la matière.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que réguler les conflits d'intérêts, c'est mettre fin à un désordre en restaurant la paix sociale<sup>2</sup>. Pour atteindre un tel objectif, il est indispensable que les litigants soient convaincus par la justesse du traitement décidé par le juge. Or, les injustices flagrantes auxquelles la stricte application de la règle de droit peut aboutir dans certaines situations particulières participent au discrédit du droit, et partant, à l'ineffectivité de son application dans de telles situations.

Il faut bien avouer que l'opinion publique contemporaine enivrée par l'idéal du juste qui serait inscrit dans la nature des choses et dans la nature humaine<sup>3</sup>, ne goûte que très peu à la maxime, « *dura lex, sed lex* »<sup>4</sup>, à laquelle le professionnel du droit a été nourri. Par exemple,

<sup>1</sup> E. AGOSTINI, *L'équité*, D. 1978, chron. 2, p. 7

<sup>2</sup> V. PETEV, *Jurisprudence et philosophie du droit*, RRJ 1993, n° 4, p. 1265.

<sup>3</sup> Sur la présence d'un droit idéal dans l'opinion publique contemporaine, voir, C. ATIAS, « La distinction du droit et de la loi en droit privé contemporain », in, *La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : Droit et Loi*, PUAM, 1987, p. 57, spéc. p. 61.

<sup>4</sup> H. ROLAND, *Lexique juridique, expressions latines*, 5<sup>e</sup> éd., Litec, 2010, p. 87.

comment faire adhérer le « profane » à une décision motivée par une fiction juridique qui aboutit à une solution inéquitable dans le cas d'espèce ? Telle est, en droit de la famille, la situation à laquelle le droit au secret de l'accouchement a pu aboutir par le passé.

En effet, lorsqu'une parturiente demande le secret de son admission, elle est considérée fictivement comme n'ayant jamais accouché. Il est alors difficile de faire accepter au non-juriste la règle suivant laquelle, cette fiction prive d'effet une reconnaissance prénatale faite par le père, et qu'en l'absence de création d'un lien de filiation par ce biais, ce dernier n'avait pas à consentir à l'adoption de cet enfant<sup>1</sup>.

En droit de la famille plus qu'ailleurs, les solutions pratiques auxquelles aboutit l'application de la règle de droit ne doivent pas trop largement s'écarter des convictions du public dont elle est censée régir les comportements. L'effectivité du traitement juridictionnel des conflits d'intérêts est à ce prix, puisque « si la partie condamnée n'est pas convaincue de la justesse de la décision, le risque se précise d'une résurgence de la dispute(...) »<sup>2</sup>. Alors, en permettant au juge au nom de l'équité de modérer ce que l'application stricte des règles de droit aurait de trop dur, le législateur prévient indirectement le risque d'une remise en cause de la règle par un cas inique<sup>3</sup>.

Toutefois, ayant à l'esprit que ce qui est équitable pour les uns ne l'est pas forcément pour les autres, il faut conclure en l'existence d'une acceptabilité sociale du traitement, non pas lorsqu'existe une adhésion unanime à la solution posée, mais plutôt lorsque le juge « en interprétant le droit dans son contexte socio-axiologique conformément aux vues politico-éthiques répandues dans la société »<sup>4</sup>, arrête un traitement objectivement raisonnable et juste dans le cas particulier.

En fin de compte, le recours à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts ne présente pas que des inconvénients. Il a aussi l'avantage de garantir l'effectivité des traitements arrêtés et peut donc, par ce prisme, être considéré comme participant à la sécurité juridique. En sus d'être compatible avec le besoin de sécurité juridique, l'incertitude juridique inhérente à l'imprévisibilité des traitements juridictionnels rendus en équité est susceptible d'être atténué par l'existence de précédents.

<sup>1</sup> Voir par exemple l'affaire « Benjamin » ; CA Nancy, 23 févr. 2004, n° 03/01484, D. 2004, Somm. p. 1422, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; RTD civ. 2004, p. 275, obs. J. HAUSER ; RJPF 2004, n° 4, p. 21, note M.-C. LE BOURSICOT. Adde, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, Dr. fam. 2006, comm. 124, note P. MURAT ; D. 2006, p. 1065, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2007, p. 879, note P. SALVAGE-GEREST.

<sup>2</sup> M.-A. FRISON-ROCHE, *L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence*, RRJ 1993, n° 4, p. 1271 et s., spéc. p. 1273.

<sup>3</sup> Sur le besoin de crédibilité dans l'application de la règle de droit, voir, J. FISCHER, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, op. cit., p. 383 et s.

<sup>4</sup> V. PETEV, *Jurisprudence et philosophie du droit*, RRJ 1993, n° 4, p. 1269.

## B — UNE INCERTITUDE JURIDIQUE ATTÉNUÉE PAR L'EXISTENCE DE PRÉCÉDENTS

96. Pour atténuer l'incertitude engendrée par le recours à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts, on pourrait défendre l'idée selon laquelle, l'analyse des précédents suffirait à situer les litigants. Toutefois, il faut signaler que cette idée aussi séduisante soit-elle, se heurte en droit à plusieurs principes, dont celui de la prohibition des arrêts de règlement. Donc, sur le plan de la théorie juridique, l'idée d'une incertitude dissipée par le recours aux précédents analogues semble impossible à concrétiser, à moins de convenir qu'en pratique, les décisions de justice antérieures exercent une autorité de fait sur le juge chargé de trancher une dispute analogue. Ce qui justifierait qu'à défaut d'autres possibilités permettant aux justiciables de se projeter raisonnablement quant à l'issue du conflit, les précédents puissent jouer ce rôle d'éclaireur.

97. **Les obstacles juridiques à l'autorité des jugements rendus en équité.** — Un jugement rendu en équité constitue une réponse sur mesure et à usage unique dans le sens où il serait inadapté de le reconduire pour régir d'autres situations d'espèce. Ce qui signifie que lorsque le juge fait de l'équité la finalité du traitement d'un conflit d'intérêts, la solution à laquelle il aboutit ne saurait avoir une autorité en dehors du jugement qui l'a consacrée. D'ailleurs, cette autorité relative n'est pas propre aux jugements d'équité. Elle est consubstantielle à tout jugement.

En effet, permettre au juge à travers un jugement d'établir une règle générale dont l'autorité dépasserait le cadre de l'espèce dans laquelle la décision a été rendue serait contraire, d'une part, aux fondements mêmes de notre système juridique qui repose sur le principe de la séparation des pouvoirs<sup>1</sup>, et, d'autre part, aux articles 5 et 1355 du Code civil qui prévoient respectivement une prohibition des arrêts de règlement<sup>2</sup> et une nécessité d'attacher une autorité relative à la chose jugée<sup>3</sup>.

En dépit de ces constatations, il faut néanmoins reconnaître qu'un jugement rendu en équité peut exercer une véritable autorité de fait sur les juges chargés de trancher des cas analogues.

<sup>1</sup> Lois des 16-24 août 1970, tit. II, art. 10.

<sup>2</sup> L'interdiction posée à l'article 5 du Code civil signifie qu'il est fait défense au juge d'énoncer une règle de droit en l'absence de litige. Comme le souligne à juste titre un auteur, l'article 5 interdit au juge « de conférer à l'énoncé abstrait d'une proposition de droit une valeur permanente et générale, liant pour l'avenir le juge qui la formule ainsi que les juridictions inférieures qui dépendent de lui (...) Ce que prohibe l'article 5, c'est l'exercice par le juge d'un pouvoir législatif, en la forme et à la manière qui est celle du législateur ». P. HÉBRAUD, « Le juge et la jurisprudence », in, *Mélanges P. COUZINET*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s., spéc. p. 339. Voir aussi, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd, Dalloz 2012, p. 289.

<sup>3</sup> L'autorité de la chose jugée renvoie à la force particulière qui s'attache aux jugements et qui interdit, en dehors des voies de recours prévues par la loi, de les remettre en cause. Or cette force n'opère qu'entre les parties à l'instance et se limite à l'objet de la demande, ainsi qu'à la cause l'ayant fondée. Voir par exemple, H. MOTULSKY, *Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile*, D. 1968, chron. I - D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, LGDJ, 1975 - L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, p. 568 et s.

**98. L'autorité de fait des jugements rendus en équité.** — Le procès au terme duquel doit être tranché un conflit d'intérêts s'inscrit dans une logique discursive ; ainsi la force de l'exemple vient au secours de celui qui aimerait convaincre le juge de la supériorité de son intérêt. Pour emporter la conviction de ce dernier, il invoquera une précédente concrétisation du droit dans un cas analogue. Et, les chances que le juge reconnaisse dans la concrétisation du droit invoquée « une supériorité morale »<sup>1</sup> selon les termes du doyen CARBONNIER, découlent avant tout du prestige de l'auteur de cette interprétation. Par exemple, si la Cour de cassation dans une espèce concrétise l'équité à laquelle renvoie le droit, son interprétation aurait moralement une autorité plus forte qu'une interprétation réalisée par des juridictions du fond, en raison du rôle unificateur reconnu à la haute Cour en matière d'application du droit privé. Ceci ne signifie nullement qu'il faudrait accorder de l'importance aux seules interprétations de la Cour de cassation. D'ailleurs, quand une telle interprétation n'existe pas, on déduit bien volontiers la force de l'exemple des décisions émanant des juridictions du fond.

En droit de la famille par exemple, la notion imprécise d'acte usuel de l'autorité parentale érigée en critère de décision dans certains conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale (art. 372-2 du C. civ), à défaut d'avoir été balisée par le législateur, a été concrétisée par les juridictions du fond. Même si une telle interprétation ne lie ni la Cour de cassation ni le législateur qui peut décider de la briser<sup>2</sup>, on pourrait valablement à titre d'exemple, s'y fier<sup>3</sup>. Dès lors, on peut retenir que si le prestige de l'auteur de la concrétisation de l'équité à laquelle renvoie le droit apporte un renseignement sur l'existence d'une autorité de fait attachée à son interprétation, un tel critère ne saurait être exclusif<sup>4</sup>. D'autres peuvent également entrer en ligne de compte. C'est le cas par exemple du critère de la répétition de l'interprétation.

En effet, la répétition dans un domaine donné d'une interprétation même empreinte d'équité pourrait légitimement inciter le juge chargé de trancher un conflit analogue, à retenir par

<sup>1</sup> J. CARBONNIER, Droit civil, *Introduction*, 27<sup>e</sup> éd. PUF 2002, p. 286.

<sup>2</sup> Voir par exemple la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 par laquelle le législateur est venu briser la jurisprudence dite Yves Montand (CA Paris, 6 nov. 1997, n° 1997-023051, P. CATALA, *La jeune fille et le mort*, Dr. fam. 1997, chron. 12) en interdisant les expertises biologiques post mortem en l'absence d'accord exprès du vivant de la personne.

<sup>3</sup> À propos de ces interprétations des juges du fond, un observateur averti de la jurisprudence signale l'existence d'un arrêt de la CA d'Aix-en-Provence du 28 octobre 2011 (Voir note M. DOURIS, LPA 2012, n° 195, p. 5 et s.) qui propose un éclairage intéressant sur le contenu normatif d'une telle notion (« sont des actes usuels, des actes de la vie quotidienne, sans gravité, qui n'engagent pas l'avenir de l'enfant, qui ne donnent pas lieu à une appréciation de principe essentielle et ne présentent aucun risque, grave apparent pour l'enfant, ou encore, même s'ils revêtent un caractère important, des actes s'inscrivant dans une pratique antérieure non contestée »). V. A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale : exercice », in, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 234.32.

<sup>4</sup> Voir les lumineux développements du professeur P. JESTAZ, *La jurisprudence : réflexions sur un malentendu*, D. 1987, chron. III, spéc. p. 15, §-2.

mimétisme, la même interprétation, à condition de ne pas la viser dans les motifs de la décision qu'il rend<sup>1</sup>.

Autrement dit, « ce n'est, en principe, qu'à force de répétition que l'interprétation de la règle de droit sort définitivement de l'incertitude ; on dit que la jurisprudence est fixée »<sup>2</sup>.

Le souvenir frappant qu'on a d'une telle réalité en droit de la famille demeure la batterie d'arrêts rendus le même jour par la première chambre civile de la Cour de cassation pour affirmer l'élargissement du champ d'application du droit à l'expertise biologique<sup>3</sup>.

En fin de compte, lorsque l'équité constitue la finalité du traitement d'un conflit d'intérêts en droit de la famille, même si la prévisibilité du traitement s'en trouve affectée, il peut être retenu que l'autorité de fait qui s'attache aux précédents judiciaires permet d'atténuer, ne serait-ce qu'un peu, l'incertitude consubstantielle à la concrétisation de l'équitable. Pour ce faire, il est indispensable que les décisions antérieures, auxquelles on veut attacher la force de l'exemple, présentent une certaine cohérence.

**99.** En définitive, cette section aura permis de démontrer que le recours à l'équité dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille est sans l'ombre d'un doute source d'incertitude juridique ; mais que cette incertitude juridique n'étant pas déraisonnable ne dégénère pas en insécurité juridique. D'une part, parce que cette incertitude en permettant un traitement adapté aux particularités de chaque configuration conflictuelle reste compatible avec le besoin de sécurité juridique ; dans une matière comme le droit de la famille qui est dominée par les affects<sup>4</sup>, à quelle sécurité juridique pourrait-on prétendre si la rigueur de la règle conduit à des traitements ineffectifs. D'autre part, parce que l'incertitude tant décriée ne cache pas nécessairement un arbitraire judiciaire ; soucieux d'une cohérence d'ensemble le juge au gré de ses interventions vient baliser le cadre de son appréciation souveraine. Tel est par exemple le cas en matière de divorce pour faute lorsque l'appréciation du caractère intolérable du comportement fautif pour le maintien de la vie commune est encadrée par une appréciation à la fois abstraite et concrète. Tel est aussi le cas lorsque l'appréciation de l'intérêt d'un époux à la conservation de l'usage du nom de l'autre après le divorce est balisée par les critères de durée du mariage, d'existence d'un intérêt professionnel.

<sup>1</sup> Cass. Soc., 27 févr. 1991, n° 88-42705, Bull. civ.V, n° 102 - Cass. 3° civ., 27 mars 1991, Gaz. Pal. 1992, somm., p. 281, note F. FERRAND, T. MOUSSA.

<sup>2</sup> H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2003, p. 341, n° 972.

<sup>3</sup> P. MURAT, *Expertise biologique de droit : une rafale d'arrêts*, Dr. fam. 2005, comm. 182.

<sup>4</sup> M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Familles et justice : à la recherche d'un modèle de justice », in, *La personne, la famille et le droit, 1968-1998. Trois décennies de mutations en occident*, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 555. - J. et A. POUSSON, *L'affection et le droit*, CNRS, 1990.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

100. Comme l'a relevé un auteur, tout législateur dans l'élaboration d'une réglementation se trouve irrémédiablement confronté à un dilemme qui l'oblige à choisir entre la rigueur du texte afin de satisfaire au mieux l'exigence de sécurité juridique et la souplesse afin de garantir une adaptabilité de la règle aux nuances factuelles<sup>1</sup>. Entre ces deux extrêmes, les rédacteurs du Code civil avaient opté pour un compromis ; la rigueur serait le principe, et la souplesse permettant l'individualisation, une exception nécessaire. Mais en droit des personnes et de la famille, cet équilibre s'est quelque peu inversé au fil du temps en grande partie du fait des absences de régulation et du pullulement de notions au contenu indéterminé dans les règles de conflit.

La faveur contemporaine en droit des personnes et de la famille va à une souplesse dans la régulation des conflits d'intérêts, de manière à permettre au droit de mieux saisir la diversité des faits nécessaires à la satisfaction d'un idéal de protection des plus vulnérables. Mais, cette satisfaction du besoin d'individualisation des traitements<sup>2</sup> se fait-elle au détriment d'un « besoin animal » de sécurité juridique<sup>3</sup> ?

À l'issue de nos développements, il est permis de retenir que la prégnance du recours à l'équité dans la régulation des conflits d'intérêts ne dégénère pas en insécurité juridique.

Tout d'abord, lorsque le besoin d'adaptation de la règle de droit à la particularité de chaque situation conduit le législateur à laisser au juge une certaine liberté, cette possibilité d'humaniser la règle de droit ne se fait pas nécessairement au détriment de la sécurité juridique puisqu'il arrive au législateur de discipliner cette équité. L'article 373-2-11 du C. civ. en est l'exemple topique ; par cet article, le législateur pose des cadres bien précis à l'appréciation de l'intérêt supérieur de l'enfant lorsque le juge doit se prononcer sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale.

<sup>1</sup> F. HAÏD, *Les notions indéterminées dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, th. dactyl. Aix-Marseille, 2005, p. 139.

<sup>2</sup> « C'est ensuite le mythe maintenant très répandu que chaque cas contentieux est un cas particulier auquel une vulgaire disposition générale et abstraite ne saurait répondre. L'idée, par exemple, que la médiation individuelle, sans texte contraignant ni norme générale, est plus à même de répondre à la difficulté qu'un jugement rendu au nom de la République toute entière, est fort à la mode, sans qu'on sache exactement, malgré le principe de précaution affirmé par ailleurs, quelle est la réussite du procédé sur le long terme, quelles économies il génère et les garanties qu'il observe au regard de l'article 6 de la Convention EDH, porté, par ailleurs, au pinacle » J. HAUSER, « Dieu nous garde de l'équité des parlements » *in*, Mélanges M. VIDAL, *op. cit.*, p. 596.

<sup>3</sup> « Il y a une valeur que les théoriciens du droit, tel Paul ROUBIER, regardent comme fondamentale : c'est la sécurité juridique (...), besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal ». J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 9<sup>e</sup> éd., LGDJ 1998, pp. 193-194.

Ensuite, même en l'absence d'un guide législatif permettant de baliser l'appréciation du juge, on peut compter sur une discipline judiciaire en faveur d'une cohérence des critères d'interprétation ; ce qui permet d'atténuer la peur de l'arbitraire.

Enfin, même s'il arrive au juge de recourir à l'équité pour contourner une règle juridique claire et précise, seules les parties au conflit, en particulier celle qui pâtit d'une telle violation de la loi, souffrent d'un tel comportement. Mais le reste des justiciables, même s'il a un intérêt au respect de la loi, ne peut légitimement éprouver une insécurité juridique parce que le juge prend le soin de le rassurer en insistant sur le fait que sa démarche, aussi surprenante soit-elle, est dictée par la configuration particulière du litige et n'est pas amenée à se reproduire<sup>1</sup>. Après tout, « à défendre la règle dans toute sa rigidité, on aboutit non seulement à des solutions inhumaines, mais on risque surtout de casser la règle »<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Voir dans ce sens, Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 déc. 2013, n° 12-26066 (AJ. fam. 2013, p. 663, obs. F. CHÉNEDÉ ; D. 2014, p. 153 note, H. FULCHIRON, D. 2014, p. 179, obs. F. CHÉNEDÉ ; Defrénois 2014, n° 3, p. 140, note C. BAHUREL) et CE, 31 mai 2016, n° 396848 (D. 2016, p. 1472, note H. FULCHIRON. - Dr. fam. 2016, n° 9, étude 15, note J.-R. BINET - AJ. Fam. 2016, p. 439, obs. C. SIFFREIN-BLANC).

<sup>2</sup> H. FULCHIRON, *La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ?*, D. 2014, p. 153 et s.

## CONCLUSION DU PREMIER TITRE

**101.** Pour que l'issue du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille soit moins incertaine, il est nécessaire que le législateur établisse de manière générale les priorités en matière familiale. Pour ce faire, il doit poser des interdits et structurer le droit de la famille autour de valeurs qui renseignent les individus sur sa vision des rapports familiaux. Il ne s'agit ni plus ni moins pour le droit de la famille que d'assurer une fonction symbolique. Cependant, l'irruption en droit de la famille des valeurs de liberté et d'égalité a conduit à une érosion de cette force symbolique du droit. Le bonheur de l'individu a alors été placé au cœur de la construction du droit de la famille. Dès lors, déterminer le sens des priorités en matière familiale est devenu une entreprise éminemment subjective dans laquelle le législateur renonce de plus en plus à se lancer. Certes, notre droit contemporain de la famille est encore porteur de certains interdits fondamentaux comme l'inceste, mais la tendance générale consiste à laisser chacun libre d'organiser sa sphère privée ; c'est la reconnaissance d'un droit à l'autodétermination.

On assiste ainsi, en droit de la famille, à un désinvestissement du législateur qui refuse de fixer en la matière une hiérarchie objective et figée entre les intérêts familiaux. Le souci d'un traitement adapté à la particularité de chaque espèce obsède le législateur qui se contente de critères de départ flous et abandonne ainsi le traitement des conflits d'intérêts au pouvoir souverain d'appréciation des juges. Le traitement des conflits d'intérêts perd alors en prévisibilité et est source d'incertitude juridique.

En effet, si la régulation des conflits d'intérêts dépend d'une appréciation subjective du juge, il devient alors difficile pour les litigants de bâtir des prévisions raisonnables quant au traitement. Or, la faculté de prévoir l'issue juridictionnelle d'un différend participe pleinement à l'efficacité d'un système opératoire. Effectivement, il est rare que le litigant qui sait d'avance que la réalisation de son intérêt sera bridée élève un conflit devant les tribunaux. La possibilité de prévoir l'issue d'un conflit permet ainsi aux litigants d'adopter la stratégie idoine quant à la réponse à donner à la confrontation de leurs intérêts ; élever le conflit d'intérêts à la lumière du droit ou alors préserver une certaine harmonie des relations familiales en n'élevant pas le conflit, à plus forte raison lorsqu'on est donné perdant.

Toutefois, il convient de rappeler que si en raison de perturbations d'ordre méthodologique, l'issue du traitement des conflits d'intérêts devient de plus en plus incertaine, cette incertitude ne dégénère pas en insécurité juridique. En effet, l'imprévisibilité des traitements est atténuée soit par le législateur lorsqu'il enserme le pouvoir judiciaire d'appréciation dans un cadre déterminé à l'avance, soit par le juge lui-même qui inscrit le plus souvent la concrétisation des

notions au contenu indéterminé dans un moule progressivement construit au gré des réponses juridictionnelles apportées aux conflits d'intérêts analogues.

En définitive, il ressort du présent titre que l'érosion de la force symbolique du droit de la famille a pour conséquence la généralisation d'une méthode casuistique de traitement des conflits d'intérêts qui rend difficile la prévision de l'issue des litiges. Le constat d'une incertitude juridique s'impose et est renforcé lorsqu'on prend conscience que le traitement des conflits d'intérêts est susceptible d'être perturbé par l'environnement spatio-temporel dans lequel il s'inscrit ; l'incertitude juridique serait cette fois inhérente à l'instabilité du traitement donné au conflit d'intérêts dans le temps et dans l'espace.

## TITRE II : LA PERTURBATION DU RÉSULTAT ISSU DU TRAITEMENT

102. Pour garantir la paix sociale, il est indispensable que les conflits d'intérêts puissent judiciairement trouver une fin<sup>1</sup> ; cela passe nécessairement par la garantie d'une certaine stabilité du résultat issu du traitement juridictionnel de ces conflits. En effet, permettre à un litigant de remettre en cause perpétuellement le traitement des conflits d'intérêts rendrait incertains les rapports juridiques. Et c'est pour éviter une telle incertitude que notre système juridique se donne entre autres missions, celle de garantir aux individus une certaine stabilité des droits qu'ils tirent des jugements.

Cependant, il semblerait que cette stabilité du résultat juridictionnel que notre système juridique tend à garantir à travers des principes comme l'autorité de la chose jugée se trouve de plus en plus perturbée du fait des discontinuités du droit<sup>2</sup> dans le temps et dans l'espace. En effet, une modification de l'environnement spatio-temporel ayant servi de référence au traitement d'un conflit d'intérêts peut justifier que ce conflit ayant reçu une réponse juridictionnelle qu'on pensait définitive puisse à nouveau être remis sur le métier.

À n'en pas douter, une telle instabilité, dans le temps (Chapitre I) et dans l'espace (Chapitre II), de la réponse juridictionnelle apportée aux conflits d'intérêts est source d'incertitude dans les rapports juridiques. Mais, il convient de préciser qu'en ayant fait le choix d'analyser les conflits d'intérêts à travers le prisme de leur traitement, l'objectif du présent titre consistera à vérifier si cette incertitude dans les rapports juridiques suffit à créer un sentiment d'insécurité juridique en la matière.

---

<sup>1</sup> D'ailleurs, d'après une formule souvent attribuée à MONTESQUIEU, il semblerait que « le repos des familles et de la société toute entière se fonde non seulement sur ce qui est juste mais sur ce qui est fini ». Voir par exemple, D. MOUGENOT, *Principes de droit judiciaire privé*, Larcier, 2009, p. 238, n° 306 - H. De VALICOURT DE SÉRANVILLERS, *L'erreur judiciaire*, préf. Y. SCHULIAR, L'Harmattan 2006, p. 123.

<sup>2</sup> N. MOLFESSIS, *Discontinuité du droit et sécurité juridique*, Louisiana Law Review 2003, vol. 63, n° 4, p. 1309 et s. (URL : <http://digitalcommons.law.lsu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6014&context=lalrev>)

## CHAPITRE I : UNE INSTABILITÉ DU TRAITEMENT DANS LE TEMPS

« Ainsi un équilibre devra être trouvé entre la stabilité et le mouvement. Il se peut que dans certaines hypothèses le besoin de stabilité l'emporte sur le besoin de mouvement (...). Il n'est pas impossible que dans d'autres hypothèses le besoin de mouvement soit plus fort que le besoin de stabilité, et en particulier lorsqu'il s'agit de réaliser une plus grande justice (...) »<sup>1</sup>.

**103.** En tranchant un conflit d'intérêts par une décision judiciaire, le juge met fin à l'opposition de prétentions juridiques des parties. Le rapport de droit qui en résulte, une fois les délais ou les voies de recours épuisés, est censé demeurer stable de manière à assurer un certain ordre social. Or, il convient de ne pas perdre de vue que les rapports sociaux en général et en particulier les rapports familiaux<sup>2</sup> s'inscrivent nécessairement dans le temps<sup>3</sup> — ou si l'on suit la conception bergsonienne, dans la durée<sup>4</sup> — et répugnent à se laisser enfermer dans l'instant.

Donc, la réponse juridictionnelle apportée au conflit d'intérêts n'est bien souvent que le cliché d'un fragile équilibre entre intérêts à un instant donné. En effet, les rapports familiaux s'inscrivant dans la durée, il est probable que l'équilibre entre les intérêts soit affecté en fonction des changements inhérents au temps. Et ce déplacement du point d'équilibre entre les intérêts en présence pose naturellement la question d'une révision du rapport de droit autrefois institué entre les parties.

---

<sup>1</sup> P. TAVERNIER, *Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles de droit international public (Problèmes de droit intertemporel et de droit transitoire)*, LGDJ, 1970, pp. 308-309.

<sup>2</sup> Le professeur HAUSER fait justement remarquer que la famille, loin d'être un instantané est en réalité un continuum. J. HAUSER, « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir.), *Parenté, Filiations, Origines*, Bruylant, 2013, p. 321 et s., spéc. p. 325.

<sup>3</sup> Un auteur souligne à juste titre que le droit, parce qu'il vise « à organiser et à réguler les relations sociales dans la durée » ne peut valablement ignorer le temps. Voir, J. CHESNAUX, *Droit et temps*, *Temporalistes*, n° 41, juin 2000, p. 4 et s.

Rapprocher, J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd. Dalloz, 2012, p. 124, n° 95 « Le Droit ne peut ni ignorer la réalité du temps, c'est-à-dire le moment ou la durée d'une situation juridique, ni omettre de régir ou d'organiser les relations entre le temps et les divers éléments de la vie juridique ».

<sup>4</sup> La durée selon Bergson, est l'intuition que le sujet a du temps ; un flux continu et irréversible d'instant. A. BOUANICHE, F. WORMS, H. BERGSON, *Essai sur les données immédiates de la conscience. Edition critique*, PUF, 2007. - A. FARGES, *La notion Bergsonienne du Temps*, in, *Revue néo-scholastique de philosophie*, 19<sup>e</sup> année, n° 75, pp. 337-378 ; consultable aussi à l'URL :

[http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou\\_0776-555x\\_1912\\_num\\_19\\_75\\_2025](http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/phlou_0776-555x_1912_num_19_75_2025) - Adde, F. TERRÉ, *Temps sociologiques et temps juridiques*, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, 1996, p. 160 et s.

La difficulté ainsi soulevée est loin d'être simple puisqu'en réalité, c'est bien devant un curieux dilemme que les affres de la temporalité placent le juriste : soit il maintient par souci de sécurité juridique le rapport de droit autrefois institué, soit il accepte, par souci d'équité, de le faire évoluer, de l'adapter aux changements que charrie le temps. Il s'agit là d'une question classique, mais ô combien irritante puisqu'elle somme le juriste de choisir entre deux objectifs ou valeurs respectables à savoir l'équité et la sécurité juridique<sup>1</sup>.

Appliquant un principe traditionnel de moralité qui veut qu'entre deux maux, il faille toujours choisir le moindre, le droit a opté de manière générale pour une prévalence du principe de sécurité juridique<sup>2</sup> et donc de stabilité des situations qui apparaît à ses yeux plus estimable que l'instabilité qui résulterait d'une révision du rapport de droit dictée par l'équité<sup>3</sup>.

Au regard de cette prévalence accordée à la sécurité juridique — prise ici au sens de respect des situations acquises —, il convient de retenir que les arbitrages juridictionnels entre intérêts antagonistes une fois devenus définitifs ne peuvent plus en principe être remis en cause.

D'abord, parce que l'autorité attribuée à la chose jugée empêche dès le prononcé d'une décision juridictionnelle, les parties de soumettre à nouveau les mêmes demandes portant sur les mêmes faits à des magistrats du même degré de juridiction, que ceux ayant déjà statué.

Mais surtout, parce qu'après l'expiration des voies de recours traditionnelles, il devient impossible de remettre en cause un tel arbitrage devant des juridictions hiérarchiquement supérieures, exception faite du recours en révision réglementé aux articles 593 à 603 du Code de procédure civile. En effet, à partir de l'expiration des voies de recours, ce qui a fait l'objet d'une vérification juridictionnelle est à jamais cristallisé entre les parties, à condition que la cause et l'objet de la demande demeurent identiques<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> On retrouve par exemple un tel conflit entre la sécurité juridique et l'équité en droit des obligations à propos de l'application de la théorie de l'imprévision. Voir par exemple, P. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain*, Avant-propos de A. SÉRIAUX, Préface de R. BOUT, PUAM, 1994. - L. THIBIERGE, *Le contrat face à l'imprévu*, Préf. L. AYNÈS, Economica, 2011. - C. WITZ, « Force obligatoire et durée du contrat », in, *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, Dalloz, 2004, p. 175 et s. - B. FAUVARQUE-COSSON, *Le changement des circonstances*, RDC 2004, p. 67 et s. - L. AYNÈS, *L'imprévision en droit privé*, RJ com. 2005, n° 5, p. 397 et s.

<sup>2</sup> Un éminent auteur faisait remarquer à juste titre que l'autorité de la chose jugée « résout l'éternel conflit entre l'aspiration individuelle vers la justice et le besoin social de sécurité. Ne pouvant toujours faire que ce qui est juste fut stable, la loi a voulu que ce qui est statué fût réputé juste ». J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile*, th. dactyl. Paris 1954, p. 74.

<sup>3</sup> En principe, l'objectif de sécurité juridique l'emporte sur celui d'équité. Mais, lorsque l'équité se retrouve violemment heurtée dans certaines situations, le législateur a prévu la possibilité d'une révision des jugements. En matière civile, le caractère exceptionnel d'une telle atteinte à la sécurité juridique est traduit par le régime strict auquel est subordonné le recours en révision. En effet, ce recours n'a lieu que contre les décisions passées en force de chose jugée et a pour unique but la correction d'une erreur judiciaire provoquée par la déloyauté ou la fraude d'une partie. Sur les conditions du recours en révision en matière civile, voir les articles 593 à 603 du CPC.

<sup>4</sup> On rappelle là, la règle processuelle de la triple identité de parties, d'objet et de cause qui conduit à opposer à l'action nouvelle, la fin de non-recevoir tirée de l'exception de la chose jugée.

Une telle rigidité n'est pas toujours satisfaisante en matière familiale où les rapports juridiques ont souvent besoin d'être adaptés aux vicissitudes de la vie en famille. Ainsi, comment reprocher à l'un des protagonistes au conflit de vouloir une modification de la solution initiale, lorsque celle-ci a été inspirée par le besoin de protection d'un intérêt particulier qui lui-même a évolué. Lui opposer la sécurité juridique, c'est lui infliger pour la réalisation de son intérêt, un sacrifice devenu injuste. On mesure aisément que la prévalence donnée par le droit à l'objectif de stabilité des traitements juridictionnels heurtera fatalement, dans certaines situations, l'équité. Au contact de telles situations, on pressent que le départ réalisé de manière générale par le droit entre les objectifs de sécurité juridique et d'équité, s'il est appliqué de manière dogmatique et inflexible, risque de ne pas donner pleinement satisfaction en raison de la particularité des rapports familiaux. Ceci devrait alors conduire, en droit de la famille, à un arbitrage pragmatique entre les valeurs de sécurité juridique et d'équité. Autrement dit, l'arbitrage entre la sécurité juridique et l'équité, loin d'être dogmatique et figé devrait être précaire et toujours révisable en fonction des particularités de chaque espèce.

Si une telle intuition se vérifie, il faudrait voir dans l'instabilité temporelle du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, l'une des causes de l'absence de vision globale dans la régulation des rapports familiaux. Ce qu'il faudrait alors démontrer, c'est que le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts souffre d'une instabilité dans le temps en raison de l'existence en droit de la famille d'un pouvoir judiciaire de révision. En effet, il est reconnu aux juges en droit de la famille, le pouvoir de procéder à l'adaptation ou à la modification de la réponse juridictionnelle donnée aux conflits d'intérêts, soit en raison de la survenance de faits nouveaux, soit en raison de la modification de la règle de droit en vertu de laquelle le traitement a été adopté. Un tel pouvoir rend incertain le traitement des conflits d'intérêts puisque les parties n'ont aucune garantie portant sur le maintien de la réponse juridictionnelle dans le temps. Pour autant, cette incertitude crée-t-elle, objectivement, une insécurité juridique ?

Pour répondre à cette interrogation, il convient de déterminer si l'instabilité temporelle des traitements qui a pour cause soit une modification des circonstances de fait (Section I) soit une modification des circonstances de droit (Section II)<sup>1</sup> est suffisamment maîtrisée pour que soit garantie une sécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

---

<sup>1</sup> Que ce soit dans le cadre d'une survenance de faits nouveaux ou d'une norme nouvelle, l'hypothèse qui servira de cadre à nos réflexions est celle d'un changement favorable à l'une des parties sans forcément l'être pour l'autre.

## SECTION I : UNE INSTABILITÉ PROVOQUÉE PAR LA MODIFICATION DES CIRCONSTANCES DE FAIT

**104. Précisions liminaires** — . Certains changements ont toujours été retenus par le droit comme justifiant la remise en cause du traitement initial des conflits d'intérêts. Par exemple, on a toujours reconnu au juge la possibilité de statuer à nouveau sur une affaire, lorsque la cause ou l'objet de la demande nouvelle, formulée par une partie, diffèrent de ceux de l'instance initiale. L'autorité de la chose jugée, garante de la sécurité juridique, n'était nullement bafouée dans ces cas faute de triple identité de parties, d'objet et de cause.

Dans le cadre de cette section, l'hypothèse de remise en cause du traitement des conflits d'intérêts qui est visée s'inscrit *a priori* en violation de l'autorité de la chose jugée en ce sens que les parties vont pouvoir obtenir, en raison des circonstances nouvelles, la modification de la réponse juridictionnelle initiale malgré une identité de parties, d'objet, de cause.

Autrement dit, les circonstances nouvelles qui sont ici visées renvoient à tout changement survenu dans la situation des parties et qui affecte les paramètres d'espèce tels qu'ils ont été retenus par le juge au moment où il a tranché le conflit. Il s'agit le plus souvent, de paramètres d'ordre économique ou personnel pris en compte par le juge et à l'aune desquels la règle de conflit, générale et abstraite, a été individualisée.

Ainsi, si toute réponse juridictionnelle apparaît comme étant l'individualisation au cas d'espèce de la règle de conflit, il paraît alors légitime lorsque cette réponse continue à régir dans la durée les rapports entre les parties, de vouloir l'adapter à l'évolution des paramètres d'espèce. Ne pas procéder à une telle adaptation, c'est induire un décalage entre la réalité factuelle — prise au sens de besoins des parties dans une situation concrète — et la réalité juridique qui découle de l'appréhension de la situation par le droit.

La difficulté ainsi soulevée est celle de la révision des rapports juridiques en raison du changement de circonstances. Une telle problématique, même si elle a longtemps tenu en haleine les juristes en droit des contrats, mérite néanmoins d'être à nouveau appréhendée en droit des personnes et de la famille, non plus sous l'angle du respect de la volonté des parties, mais par le prisme moins exploré du respect dans le temps des arbitrages juridictionnels entre intérêts antagonistes. Plus précisément, l'objectif sera ici de vérifier si les modifications apportées au traitement des conflits d'intérêts en raison du changement des circonstances de fait engendrent une insécurité juridique.

À ce propos, l'hypothèse que nous faisons est celle d'une volonté du législateur, en droit des personnes et de la famille, de ménager, selon les vœux d'un auteur portés en préambule à ce chapitre, un équilibre entre le besoin de stabilité qu'impose le principe de sécurité juridique, et le besoin de mouvement ou d'adaptation du traitement qu'inspire l'équité. Pour la vérifier,

il convient de démontrer qu'en matière familiale, le législateur, tout en admettant la possibilité d'une révision judiciaire du traitement des conflits d'intérêts en raison du changement de circonstances (§-1), n'a pas pour autant renoncé à y assurer une certaine stabilité puisqu'il encadre très strictement de telles révisions (§-2). L'impression donnée étant celle de la recherche constante d'une atteinte acceptable au principe de sécurité juridique.

### **§-1 : L'ADMISSION D'UNE RÉVISION POUR SURVENANCE DE FAITS NOUVEAUX**

**105.** Il arrive, en droit de la famille, que législateur marque le traitement de certains conflits d'intérêts du sceau de la précarité en prévoyant expressément la possibilité pour le juge de les réviser à la demande de l'une des parties (A). Toutefois, dépassant ce simple constat, il sera question de pousser plus loin l'analyse, en s'interrogeant sur la possibilité d'une généralisation en droit de la famille d'une telle possibilité de révision en dehors des hypothèses expressément visées par le législateur (B).

#### **A — LA RÉVISION POUR SURVENANCE DE FAITS NOUVEAUX PRÉVUE PAR LA LOI**

**106.** Les réponses juridictionnelles apportées à certains contentieux familiaux sont par nature précaires, temporaires<sup>1</sup>, puisque le législateur a prévu, en dépit de l'irrévocabilité des jugements qui les contiennent, une possibilité de les réviser lors de la survenance de faits nouveaux ou de circonstances nouvelles. C'est le cas en matière d'obligation alimentaire où le législateur a expressément prévu aux articles 209, 275, 276-3 du C. civ. une possibilité de révision pour survenance de circonstances nouvelles. Aux termes de ces articles, constituent des faits nouveaux ou des circonstances nouvelles susceptibles de justifier une révision d'un jugement définitif, la modification de l'état de besoin du créancier d'aliments ou encore la modification de la capacité contributive du débiteur d'aliments. En effet, lorsqu'au titre de la solidarité familiale le juge fait peser une obligation alimentaire sur un membre du groupe, il est permis au débiteur de demander à être déchargé en partie ou en totalité d'une telle

---

<sup>1</sup> Il ne faut pas confondre le temporaire et le provisoire. En effet, toute mesure provisoire est destinée à être remplacée ou supprimée par un jugement définitif ; c'est une mesure d'attente. En revanche une mesure révisable ou temporaire n'a pas systématiquement vocation à être remplacée. Elle ne le sera qu'en cas de changement substantiel des paramètres auxquels elle est adossée. Et si elle fait l'objet d'une modification, la mesure nouvelle qui en découle empruntera ces mêmes traits, de telle sorte qu'on peut dire que les mesures temporaires sont des mesures « provisoirement définitives » et non des mesures d'attente. En clair sont des mesures temporaires, des mesures qui en raison de leur nature propre sont susceptibles d'être ajustées, modifiées par la suite (Pour une comparaison, mesures provisoires - mesures temporaires, voir, G. WIEDERKEHR, *L'accélération des procédures et les mesures provisoires*, R.I.D.C. 1998-2, p. 449 et s., spéc. pp. 449-452). Un autre auteur propose pour plus de clarté l'adoption du terme mesure *rebus sic stantibus* (C. CHAINAIS, *La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien*, Préf. S. GUINCHARD, Dalloz 2007, p. 338 et s.).

obligation en cas de changement important dans sa situation personnelle ou de disparition de l'état de besoin du côté du créancier.

**107.** Aussi, il convient de souligner que la révision pour survenance de faits nouveaux est également prévue par le législateur lors de la concession d'un bail forcé portant sur le logement familial, au bénéfice d'un époux. En effet, en cas de liquidation des intérêts patrimoniaux entre époux divorçant, l'article 285-1 du C. civ. offre la possibilité à l'époux non-proprétaire de demander au juge, avant le prononcé du divorce<sup>1</sup>, le bénéfice d'un bail forcé sur le logement familial appartenant en propre à l'autre époux lorsque l'intérêt des enfants le justifie<sup>2</sup>.

Ce sacrifice imposé par le juge aux intérêts de l'époux propriétaire étant justifié par l'intérêt des enfants, le législateur a aussitôt assorti la constitution judiciaire d'un bail forcé, de la possibilité pour le juge de résilier un tel bail, lorsque le besoin de protection des enfants disparaît. Certes, l'article 285-1 al 3 du C. civ. se réfère de manière générique à la survenance de « circonstances nouvelles » pour justifier la révision par le juge de cet arbitrage entre l'intérêt de l'époux propriétaire à jouir de son bien et l'intérêt de l'époux non propriétaire à continuer à résider dans le logement familial après le divorce. Cependant, il convient de limiter le périmètre des circonstances nouvelles justifiant la révision du bail forcé, à la modification du besoin de protection de la stabilité affective et matérielle des enfants mineurs, et non à la modification de la situation personnelle des ex-époux<sup>3</sup>.

En effet, parce que le besoin de protection des enfants mineurs a été érigé en seul critère d'attribution du droit au bail forcé du logement familial, seule la modification dans le temps d'un tel besoin doit servir d'étalon à toute révision.

**108.** De même, on ne peut manquer de souligner le caractère révisable des mesures judiciaires prises en matière d'exercice de l'autorité parentale. À titre d'illustration, il convient de faire remarquer que l'article 375-3 du C. civ. exhorte le juge aux affaires familiales à prendre en considération l'apparition, postérieurement à sa décision statuant sur les modalités de l'exercice de l'autorité parentale, « de fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur » pour réviser le traitement initialement retenu. Dans le même ordre d'idées, l'article 373-2-13 du C. civ. prévoit la possibilité pour le juge aux affaires familiales de modifier ou de compléter à tout moment les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale. On peut également rappeler que l'article 381 du C. civ. prévoit la possibilité pour les

---

<sup>1</sup> Voir, Civ. 2<sup>e</sup>, 28 mars 2002, n° 00-18.050, note. H. LECUYER, Dr. fam. 2002, comm. 113.

<sup>2</sup> La concession de ce bail forcé par le juge du divorce est motivée par l'objectif de préserver la stabilité affective et matérielle des enfants mineurs résidant habituellement dans ce logement et sur lesquels l'époux demandeur exerce seul ou en commun l'autorité parentale.

<sup>3</sup> Voir, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *L'intérêt de l'enfant comme critère d'attribution du droit au bail du logement après divorce*, Dr. fam. 2008, comm. 68.

parents déchus judiciairement de l'autorité parentale, de demander la réintégration lorsque la déchéance ne se justifie plus au regard des circonstances nouvelles. Le retrait de l'autorité parentale apparaît aux yeux du législateur comme une mesure révisable.

Toujours en matière d'autorité parentale, rappelons enfin que le législateur, à l'article 377-2 du C. civ, a prévu dans l'intérêt de l'enfant, la possibilité pour le juge en cas de délégation forcée de l'autorité parentale de mettre fin, par un nouveau jugement, à cette mesure lorsqu'elle se retrouve privée de fondement par la survenance de circonstances nouvelles.

*In fine*, il ressort de ces articles qu'en matière d'autorité parentale, les faits nouveaux ou circonstances nouvelles de nature à justifier la révision d'une décision de justice pourtant définitive doivent entraîner une modification dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant, finalité de l'autorité parentale.

**109.** Au regard de ces quelques illustrations, on peut retenir que la modification des éléments factuels ayant influencé le sens de l'arbitrage entre intérêts antagonistes, comme l'état de besoin en matière d'obligations alimentaires<sup>1</sup>, la nécessité d'une réelle protection de l'enfant en matière d'autorité parentale<sup>2</sup> ou la nécessité de protection des majeurs vulnérables, constituent des circonstances nouvelles dont la survenance justifie aux yeux du législateur une atteinte à la stabilité du traitement des conflits d'intérêts.

Toutefois, il faut bien avouer que le phénomène d'instabilité du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille serait exagéré si au final la possibilité de révision pour circonstances nouvelles se limitait à ces cas prévus par le législateur. Alors, pour être fixé sur l'ampleur en droit de la famille de ce phénomène d'instabilité du résultat issu du traitement des conflits d'intérêts, il convient de déterminer si en dehors des cas prévus par le législateur, le juge dispose d'un pouvoir de révision des arbitrages définitifs. L'intuition générale qu'il conviendra de vérifier, étant qu'il est possible en droit de la famille de procéder à une révision du traitement des conflits d'intérêts, pour survenance de faits nouveaux, en dépit du silence de la loi.

## **B — L'HYPOTHÈSE D'UNE RÉVISION POUR SURVENANCE DE FAITS NOUVEAUX DANS LE SILENCE DE LA LOI**

**110. Approche liminaire.** — L'hypothèse d'une révision pour survenance de faits nouveaux malgré le silence de la loi part du constat suivant lequel, les arbitrages entre intérêts antagonistes reposent sur des paramètres plus ou moins fixes.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 nov. 2012, n° 11-22.719 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 2013, n° 12-28.891 - CA Bordeaux, 29 sept. 2010, n° 09/06489 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 2004, n° 02-13689, JCP (G) 2004, IV, 2294 ; D. 2005, p. 1821, obs. M. DOUCHY-LOUDOT, spéc. n° d) - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 déc. 1979, n° 78-15619, Bull. civ. I, n° 324.

Les paramètres fixes se présentent comme des critères objectifs de décision sur lesquels le temps n'a aucune emprise — critère chronologique, ordre alphabétique des noms par exemple —. Un arbitrage reposant sur de tels paramètres est par nature insusceptible de révision une fois la décision devenue définitive. En effet, peu importe les bouleversements futurs de la situation personnelle des parties, l'arbitrage entre les intérêts antagonistes, s'il était à refaire à l'aune des mêmes critères objectifs, aboutirait encore et toujours au même résultat.

À l'inverse, les paramètres évolutifs se présentent comme des critères subjectifs de décision dont la teneur dépend fortement de la situation réelle des parties qui par nature fluctue en fonction des avanies du temps. Un déficit de légitimité viendrait alors frapper l'arbitrage entre les intérêts antagonistes lorsque les circonstances nouvelles viennent fortement modifier la situation des parties telle qu'examinée en justice.

S'impose alors à l'esprit l'idée selon laquelle, les arbitrages entre intérêts antagonistes reposant sur des critères de décision évolutifs ne vaudraient que dans la mesure où les choses ne changent pas ; autrement dit, tant que la situation antérieurement reconnue en justice n'évolue pas. Ainsi, lorsque les circonstances prises en compte lors de l'individualisation de la règle de conflit évoluent, un tel changement rend caduque la solution précédemment retenue.

Si une telle idée, à l'origine de l'hypothèse d'une révision judiciaire en dehors des cas prévus par la loi, trouve de solides arguments en droit (1), il semblerait qu'à l'heure actuelle l'hypothèse en elle-même ne présente pas un grand intérêt en droit de la famille (2).

### **1) La validité juridique de l'hypothèse**

**111.** En dépit du silence de la loi, l'idée d'un pouvoir judiciaire de révision pour circonstances nouvelles, parce qu'elle n'est pas incompatible avec les règles du droit positif, semble tout à fait pertinente dans un droit contemporain de la famille dominé par le flou des références légales. L'intuition étant qu'en matière familiale, la volonté d'individualisation des traitements — au moment du jugement — qui se traduit par le pullulement de notions indéterminées emporte également une volonté d'adaptation de ces mêmes traitements à la situation réelle des individus, y compris après le jugement.

**112. Une hypothèse admise en droit commun.** — En droit, le principe de l'autorité de la chose jugée tend à assurer l'immutabilité d'une vérification juridictionnelle en rendant irrecevables les actions en justice visant à remettre en cause ce qui a déjà été jugé. On en déduit que la possibilité de révision du traitement des conflits d'intérêts ne saurait être envisagée en violation d'un tel principe. Ainsi, les prévisions de révision faites par le législateur en matière familiale constitueraient des exceptions à l'autorité de la chose jugée.

Or en droit, les exceptions faisant l'objet d'une interprétation stricte, on ne saurait les généraliser en dehors des cas prévus par la loi.

En tirant une telle conclusion, l'hypothèse d'une révision pour changement de circonstances dans le silence de la loi semble donc irréaliste. Toutefois, affinant la réflexion, on se rend compte qu'une telle hypothèse n'est pas forcément incompatible avec le respect de l'autorité de la chose jugée.

En effet, il ne faut pas perdre de vue que tout arbitrage repose sur des paramètres plus ou moins fixes. Et en présence de paramètres évolutifs qui peuvent, même après l'arbitrage, entraîner une modification de la situation antérieurement reconnue en justice, le respect de l'autorité de la chose jugée ne doit pas conduire à momifier la solution et induire une déconnexion entre le droit et la réalité factuelle ; un tel arbitrage « déconnecté », s'il est d'ailleurs maintenu perdrait tout crédit aux yeux des parties ou du moins aux yeux de celui qui, en raison des circonstances nouvelles, a intérêt à la révision. Dès lors, il est permis de soutenir avec un auteur, qu'admettre la révision des décisions de justice en raison des circonstances postérieures, « ce n'est pas fragiliser la chose jugée, c'est tout simplement constater que les juridictions ne peuvent statuer que sur le passé, et non sur l'avenir (...) ». Dans la mesure où il est impossible de prédire avec certitude que la situation de fait et de droit au regard de laquelle le juge a statué n'évoluera pas, tout jugement, même irrévocable, comporte en réalité une part de provisoire dans la mesure où un changement de circonstances peut toujours conduire le juge à revoir sa décision »<sup>1</sup>.

Il apparaît alors que l'idée d'une révision en présence de circonstances nouvelles est contrairement aux apparences, compatible avec le respect de l'autorité de la chose jugée. D'ailleurs, en droit, il est de jurisprudence constante « qu'il n'y a pas d'autorité de la chose jugée lorsqu'un fait ou un acte postérieur à la décision dont l'autorité est invoquée modifie la situation antérieurement reconnue en justice *et*<sup>2</sup> la cause de la demande »<sup>3</sup>. Ainsi, lorsque le législateur vient en matière familiale prévoir la révision pour changement de circonstances, contrairement aux apparences, il ne déroge en aucun cas au respect de l'autorité de la chose jugée puisque ces circonstances viennent postérieurement à l'arbitrage modifier la situation

<sup>1</sup> L. BORÉ « L'autorité provisoire de la chose jugée », in, L. CADIET, D. LORIFERNE (dir.), *L'autorité de la chose jugée*, éd. IRJS, 2012, p. 61 et s., spéc. pp. 67-68.

<sup>2</sup> On pourrait penser que la Cour énonce deux critères cumulatifs à savoir la modification de la situation des parties et le changement de cause de la demande. Cependant, il semblerait au regard des différents arrêts qui reprennent cette solution qu'il ne s'agit pas de critères cumulatifs et que la présence d'un seul de ces critères suffit à justifier la révocabilité de la décision antérieure. Voir par exemple, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juin 2004, n° 03-14.204 « Attendu que l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque la demande est fondée sur une cause différente de celle qui a donné lieu au jugement ou lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice ».

<sup>3</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>er</sup> civ., 22 oct. 2002, n° 00-14.035, Bull. civ. I, n° 234 - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juin 2004, n° 03-14.204 - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 avr. 2007, n° 06-10.662, Bull. civ. III, n° 59 - Cass. com., 3 avr. 2007, n° 05-12.781 - Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-14.548, Bull. civ. IV, n° 158 - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 2010, n° 09-14.737, Bull. civ. II, n° 88 - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 nov. 2012, n° 11-21.901 ; RTD civ. 2013, p. 175, obs. R. PERROT.

des parties telle qu'elle fut examinée en justice. Pour ces mêmes raisons, la formulation en droit de la famille de l'hypothèse d'une révision pour changement de circonstances en dépit du silence de la loi, n'est certainement pas incompatible avec le respect de l'autorité de la chose jugée.

Toutefois, cette compatibilité avec l'autorité de la chose jugée ne saurait à elle seule convaincre du bien-fondé de l'hypothèse émise en droit de la famille. Il convient donc de trouver en matière familiale une assise juridique à cette hypothèse.

**113. Une hypothèse justifiée par le désinvestissement du législateur dans la réglementation des rapports familiaux.** — Il est devenu banal de nos jours de poser le constat d'un désinvestissement du législateur dans la réglementation des rapports familiaux<sup>1</sup>. En effet, parce que les relations de famille sont si complexes, variées, changeantes, nuancées, le législateur hésite à formuler des règles claires et précises, préférant alors renvoyer au juge pour que celui-ci statue en équité.

Ce renvoi à l'équité se traduit souvent en droit des personnes et de la famille par l'emploi de notions au contenu indéterminé nécessitant de la part du juge, un important travail d'appréciation à l'instar de la notion d'intérêt de l'enfant, d'intérêt de la famille, de discernement, de désintérêt, de motifs graves, etc.

L'impression qu'il convient de vérifier ici est celle d'une corrélation entre ce désinvestissement que traduit le recours aux notions au contenu indéterminé et l'existence d'un pouvoir judiciaire de révision.

En d'autres termes, parce que les arbitrages en droit de la famille reposent de plus en plus sur des critères mous, ils deviennent extrêmement sensibles aux changements de circonstances que le temps ne manque pas d'induire.

Il existerait donc un lien de causalité entre l'usage de critères mous de décision et l'existence d'un pouvoir judiciaire de révision. L'analyse des hypothèses de révision judiciaires prévues par le législateur en droit de la famille confirme de manière éclatante une telle intuition. En effet, il convient de remarquer que tous les arbitrages juridictionnels entre intérêts antagonistes dont la révision a été expressément prévue par le législateur ont la particularité de reposer sur des règles de conflits faisant appel à des notions indéterminées telles que l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de la personne vulnérable, l'intérêt de la famille, l'état de besoin. Le recours à ces notions indéterminées justifié par la volonté d'individualiser le traitement des conflits d'intérêts emporterait également, autorisation implicite d'adaptation de ces arbitrages, y compris après le jugement.

---

<sup>1</sup> Voir par exemple, C. LABRUSSE-RIOU, « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in, M.-T. MEULDERS-KLEIN, *Famille et justice : justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 28 et s.

En d'autres termes, plus le législateur a voulu individualiser un traitement, plus ce traitement pâtera des modifications de la situation des parties et, modifiable, il devrait être. Le traitement des conflits d'intérêts relatifs au mode de fonctionnement de la cellule familiale tels que les modalités d'exercice de l'autorité parentale, les pensions alimentaires, ainsi que les prestations compensatoires en sont de parfaites illustrations. On peut dire que ces traitements sont en quelque sorte adoptés en l'état d'une situation évolutive<sup>1</sup> et peuvent faire l'objet d'une modification en tout temps dès que l'équilibre qui a présidé à leur rendu a été substantiellement modifié<sup>2</sup>.

Alors, on peut retenir qu'en prévoyant expressément des cas de révision, le législateur ne fait que donner une base textuelle à la révision judiciaire. Mais, l'absence d'une telle base textuelle ne saurait constituer un frein à la révision puisqu'il existe un principe général de révision pour changement de circonstances chaque fois que les arbitrages juridictionnels reposeront sur des notions indéterminées.

Néanmoins, il faut bien reconnaître que cette interprétation qui est faite de la volonté du législateur en matière familiale et sur laquelle repose la justification de notre hypothèse n'a jamais été consacrée par la jurisprudence. Ce défaut de consécration pourrait d'ailleurs s'expliquer par l'utilité discutable de notre hypothèse en matière familiale.

## 2) L'utilité discutable de l'hypothèse en droit contemporain de la famille

114. En admettant l'hypothèse d'une révision pour changement de circonstances dans le silence de la loi, on fait de la survenance de circonstances nouvelles une cause de caducité des arbitrages définitifs. On aurait d'ailleurs craint, suite à l'établissement d'une corrélation entre l'usage de critères indéterminés et la reconnaissance d'un pouvoir judiciaire de révision, que le pullulement de concepts flous en droit de la famille ne conduise, en la matière, à la généralisation d'une instabilité des arbitrages entre intérêts antagonistes. Or, il faut bien avouer qu'en droit contemporain de la famille, l'usage par le législateur de critères indéterminés de décision se limite principalement, à l'heure actuelle, aux questions d'organisation concrète de la vie familiale comme celles de la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale, de la mise en place et du fonctionnement des mesures de protection des plus faibles, de l'exécution des obligations alimentaires.

<sup>1</sup> Voir, G. BOLARD, *Les jugements « en l'état »*, JCP (G), 1997, I, 4003.

Rapprocher de l'idée d'un traitement adopté *rebus sic stantibus* c'est-à-dire tant que les choses demeurent en l'état ; voir en ce sens, E. VAN BOGAERT, *Le sens de la clause « rebus sic stantibus » dans le droit des gens actuel*, RGDIP, 1966, p. 49 et s. - G. CATTAND, *La clause « rebus sic stantibus » du droit privé au droit international*, th. dactyl., Paris 1929.

<sup>2</sup> Voir, B. DUTOIT et alii, *Le divorce en droit comparé, vol. 1 : Europe*, Librairie Droz, Genève 2000, p. 241 - N. GALLUS, *Les aliments*, Larcier, 2006, p. 118

En revanche, pour ce qui est de la structuration de l'institution familiale à l'instar de la détermination des règles de la parenté ou de l'alliance, le législateur continue à poser des critères clairs et précis et limite ainsi le pouvoir d'appréciation des juges.

Le périmètre d'application d'un principe général de révision pour circonstances nouvelles se limiterait donc aux conflits relatifs à l'organisation concrète de la vie en famille. Or, comme on a pu l'établir, dans ces domaines la révision pour changement de circonstance fait déjà l'objet d'une réglementation législative. Donc, le juge en matière familiale contrairement à d'autres domaines n'aurait nullement besoin de justifier son pouvoir de révision à travers la découverte d'un principe général ad hoc. Les textes lui reconnaissent déjà le pouvoir de revenir sur des arbitrages considérés comme définitifs<sup>1</sup>.

Partant, l'hypothèse d'une révision pour changement de circonstances devient alors globalement inutile si on se réfère au droit contemporain de la famille. Toutefois, il convient de souligner que la consécration d'un tel principe général de révision présenterait tout de même quelques intérêts.

Tout d'abord, elle aurait le mérite de faire apparaître clairement que le pouvoir judiciaire de révision ne se décrète pas arbitrairement et qu'il trouve au contraire son fondement au sein même des règles de conflit.

Ensuite, son véritable intérêt surgirait en présence de conflits d'intérêts dont le traitement n'est pas réglementé par le législateur. Dans de telles situations, le juge obligé de trancher le litige pose des critères de décision. L'arbitrage ainsi retenu serait susceptible de révision pour changement de circonstances, lorsque ses critères de décision feraient appel à des notions indéterminées.

En résumé, la révision pour survenance de faits nouveaux en matière familiale repose sur l'idée d'une correction d'un sacrifice<sup>2</sup> devenu illégitime en raison de l'évolution concrète de la situation des parties. Or, en acceptant la possibilité d'une modification du traitement des conflits d'intérêts contenus dans des décisions pourtant définitives, le législateur semble sacrifier le besoin de sécurité juridique puisqu'il reconnaît à ces traitements une instabilité temporelle. Pourtant, il ne s'agit là que d'une apparence puisqu'en réalité, c'est bien à un équilibre entre le souci d'adaptabilité des traitements à la situation réelle des parties et le besoin de sécurité juridique que vise le législateur puisqu'il encadre strictement la remise en cause des arbitrages devenus définitifs.

---

<sup>1</sup> Pour une illustration en droit de la famille du pouvoir judiciaire de révision pour circonstances nouvelles voir, par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005, n° 02-13.070 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 2013, n° 11-25.307 et n° 12-17.283 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avr. 2012, n° 11-17.002.

<sup>2</sup> Le terme sacrifice est pris ici dans le sens d'un renoncement imposé et non volontaire à la satisfaction d'un intérêt.

## **§-2 : L'ENCADREMENT DES RÉVISIONS POUR CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES**

**115.** Dans les domaines où la révision du traitement des conflits d'intérêts est admise, le simple changement de circonstances ne suffit pas à entraîner une remise en cause des arbitrages définitifs. En effet le législateur, dans le but de maintenir un certain équilibre entre le besoin d'adaptation des traitements et le respect des situations acquises, a ensermé la révision pour changement de circonstances dans un cadre précis (A) et en a limité les effets (B).

### **A — UNE RÉVISION CONDITIONNÉE**

**116.** Les arrêts de la Cour de cassation relatifs à la problématique d'adaptation temporelle du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille ne sont pas légion. Cependant, les quelques arrêts disponibles apportent un éclairage suffisant, au moins sur l'existence d'une volonté de préserver, malgré la possibilité de révision, les situations acquises. Pour preuve, on remarquera, d'une part, que la catégorie de faits nouveaux susceptibles d'entraîner un changement dans la situation des parties semble restreinte (1) et que, d'autre part, il est exigé que ces faits nouveaux ou circonstances nouvelles aient provoqué un changement substantiel dans la situation des parties (2).

#### **1) L'exigence d'une pertinence du fait présenté comme nouveau**

**117.** Jusqu'à présent, il a été retenu que les faits nouveaux constituent des événements qui postérieurement à un jugement viennent modifier l'équilibre de l'arbitrage entre des intérêts antagonistes. Cette définition trop large peut être restreinte à travers une analyse des arrêts relatifs à la question de la révision pour changement de circonstances.

Tout d'abord, il faut souligner que par un arrêt du 19 avril 2005<sup>1</sup>, la Cour de cassation est venue préciser le sens de la notion de faits nouveaux, susceptibles d'entraîner un changement dans la situation des parties. En l'espèce, suite à la séparation des parents d'une enfant, le juge avait procédé à la fixation de la pension alimentaire due par le père. Après que le jugement fut devenu définitif, le père, prenant connaissance d'une dissimulation de revenus locatifs par la mère, avait demandé la révision de la pension alimentaire dont il était débiteur ; ce à quoi la mère s'opposait.

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2005, n° 02-13.070, Inédit.

Les juges du fond firent droit à la demande du père en procédant à la diminution de la pension alimentaire. La mère se pourvut en cassation, arguant qu'une telle révision du jugement initial méconnaissait l'autorité de la chose jugée.

Son pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation qui retint que « c'est sans violer l'autorité de la chose jugée, que la cour d'appel, constatant souverainement l'existence d'un fait nouveau résultant de la dissimulation par la mère lors de la fixation initiale de la perception de revenus locatifs, a procédé à la diminution de la pension alimentaire précédemment accordée à compter de la demande de modification ».

Même si ce conflit d'intérêts opposant les parents portait exclusivement sur des intérêts patrimoniaux, la solution que donne la Cour de cassation mérite d'être soulignée puisqu'on en déduit que le fait nouveau n'est pas simplement un élément postérieur à la décision initiale.

Le fait nouveau est, soit un élément qu'une partie pouvait légitimement ignorer en raison de sa dissimulation au moment des débats, soit un événement survenu postérieurement aux débats ayant précédé la décision initiale<sup>1</sup>. Donc, un fait ancien qu'une partie pouvait légitimement ignorer, et dont il prend connaissance postérieurement à la clôture des débats, constitue également un fait nouveau susceptible de modifier la situation des parties telle que connue en justice.

Ensuite, il convient de souligner que la Cour de cassation a eu à préciser à propos d'une action déclaratoire de nationalité que la simple production de moyens de preuve nouveaux était impropre à modifier la situation antérieurement reconnue en justice et donc à faire obstacle à l'autorité de la chose jugée<sup>2</sup>. Autrement dit, lorsqu'une partie allègue un fait qu'elle n'arriva simplement pas à prouver, la découverte d'un moyen de preuve postérieurement à la clôture des débats ne pourrait justifier une révision du traitement initial.

Il s'agit là d'une transposition en droit des personnes et de la famille d'une jurisprudence déjà fixée en droit commun<sup>3</sup>. En effet, il est de jurisprudence constante que lorsqu'un jugement devient définitif, la découverte d'un moyen de preuve visant à conforter un fait non établi avec certitude au cours des débats n'emportait pas dans la situation des parties, de bouleversements importants de nature à justifier une révision. Autrement dit, la découverte postérieurement au jugement de moyens de preuves ne constitue pas un fait nouveau.

---

<sup>1</sup> La clôture des débats et non le prononcé de la décision sert donc de point de référence temporelle à l'appréciation de la nouveauté, puisque les moyens nouveaux sont en principe irrecevables en cours de délibéré.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 2013, n° 11-25.307 et n° 12-17.283 « (...) que la cour d'appel en a exactement déduit que le jugement du tribunal de grande instance de Paris avait autorité de chose jugée, la seule production d'un certificat de nationalité française de Méraly X..., délivré le 25 octobre 1982, à titre posthume, à la requête d'un de ses fils, étant impropre à modifier la situation antérieurement reconnue en justice ».

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 mars 2003, n° 01-03.849 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 2013, n° 11-25.307 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 1997, n° 94-21.674 - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 19 sept. 2007, n° 06-11.962 - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 juin 2006, n° 04-20.140 - Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.170 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juill. 1992, n° 91-10.475 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 oct. 1990, n° 88-15.774 - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 févr. 1979, n° 77-13.121.

Si ces arrêts permettent d'esquisser les contours de la notion de faits nouveaux ou de circonstances nouvelles, ils laissent en suspens une autre interrogation légitime qui ne torture pas moins l'esprit. Elle consiste à se demander si le changement de circonstances invoqué peut être pris en compte alors même qu'il est imputable à la partie qui prend l'initiative de la révision. Derrière une telle interrogation se cache en réalité la crainte d'abandonner la révision du traitement des conflits au caprice d'une des parties ; ce qui engendrerait sans doute une insécurité juridique. Soulignons à cet effet que le bon sens juridique s'oppose à ce que les conditions exigées en vue d'une révision pour changement des circonstances dépendent totalement du bon vouloir d'une partie. Elles doivent être, au mieux, totalement extérieures aux parties et dépendre de circonstances qu'elles ne maîtrisent pas, au pire, en partie extérieures à la partie qui l'invoque et dépendre également soit de circonstances aux mains de l'autre partie, soit de l'intervention d'un tiers.

Il s'agit avant tout de protéger la partie adverse contre la toute-puissance de celui qui sollicite la révision. Or, lorsqu'on sollicite en raison de la survenance de faits nouveaux, la révision du traitement des conflits d'intérêts devant le juge, ce dernier assure bien souvent la protection des intérêts de la partie adverse contre la toute-puissance de celui qui prend l'initiative de la révision. Par exemple lorsqu'un des parents, après s'être longtemps désintéressé de son enfant, décide subitement de lui porter à nouveau un quelconque intérêt et demande la réintégration dans ses droits parentaux, ce changement d'attitude en lui-même est inapte à justifier la révision ; ce n'est qu'après avoir apprécié l'opportunité d'une telle modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale sur le bien-être de l'enfant en question, que le juge statuera.

En appréciant ainsi l'opportunité de la révision pour la partie qui la subit, le juge dissipe en quelque sorte la crainte d'une potestativité prohibée en la matière<sup>1</sup>. Ce qui implique que le fait nouveau peut ne pas être extérieur à la partie qui l'invoque à l'appui de la révision. Seule compte à nos yeux, la possibilité d'apprécier objectivement la réalité du changement qui doit se manifester dans la situation des parties.

Une fois la réalité d'un tel changement établie, il convient de procéder à son appréciation quantitative, puisque la jurisprudence subordonne la révision à l'importance du changement invoqué.

---

<sup>1</sup> Pour une analyse renouvelée de la condition potestative, voir, J. GHESTIN, « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil », in, *Mélanges WEILL*, Dalloz, 1983, p. 243.- B. DONDERO, *De la condition potestative licite*, RTD civ., 2007, p. 677,- W. DROSS, *L'introuvable nullité des conditions potestatives*, RTD civ., 2007, p. 701.

## 2) L'exigence d'un changement substantiel dans la situation des parties

118. Au regard d'un arrêt rendu par la Cour de cassation en matière de révision des pensions alimentaires<sup>1</sup>, il semblerait que la simple survenance d'un fait nouveau ne suffise pas à justifier la révision d'un jugement définitif. En effet, le fait nouveau ou la circonstance nouvelle, pour justifier la recevabilité d'une action en révision d'un jugement définitif, doit entraîner une modification substantielle de la situation antérieurement reconnue en justice. Reste alors à déterminer les modalités d'appréciation d'une telle modification. À ce propos, l'arrêt du 12 avril 2012 sus-évoqué livre d'importants enseignements.

Tout d'abord, il ressort expressément de l'arrêt que l'appréciation de l'existence d'une modification dans la situation des parties nécessite une comparaison entre la situation telle qu'elle a été jugée et la situation telle qu'elle apparaît, non pas au jour où l'une des parties demande en justice sa modification, mais au jour où le juge se prononce sur la recevabilité de l'action en révision<sup>2</sup>.

Ensuite, il convient de déduire de cette précision anodine portant sur le moment d'appréciation de la modification dans la situation des parties, que la Cour de cassation exige en réalité que le changement invoqué soit durable. En effet, lorsqu'un changement survient et qu'il motive la demande de révision formulée par une partie, si un tel changement au jour où le juge examine la demande de révision n'existe plus, c'est qu'il n'aurait pas été durable. Et, au nom du respect des prévisions légitimes des parties, il convient d'imposer à la partie contre laquelle joue cette modification, un sacrifice, qui en raison de la brièveté du changement, peut être qualifié de tolérable, de surmontable. D'ailleurs, c'est cette absence de changement durable dans la situation des parties qui justifie la cassation dans l'arrêt analysé. En effet, la Cour de cassation reprochait aux juges du fond de n'avoir pas tenu compte du caractère éphémère de l'amélioration de la situation économique du parent déchargé de toute contribution financière à l'entretien et à l'éducation de ses enfants<sup>3</sup>.

Enfin, il convient de souligner dans une optique de protection des droits acquis que le changement dans la situation des parties, pour justifier une révision du traitement, doit être important, substantiel. Des changements insignifiants, le juge n'en a cure et surtout la stabilité des traitements en pâtirait. Il est donc impératif que le fait nouveau fasse apparaître une

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avr. 2012, n° 11-17.002.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avr. 2012, précit., « (...) la cour d'appel, qui devait se placer au jour où elle statuait pour apprécier les ressources de l'intéressée, a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ».

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avr. 2012, précit., « Qu'en statuant ainsi, sans s'expliquer, ainsi qu'elle y était invitée, sur les conséquences financières de la situation invoquée par Mme Z... dans ses conclusions du 16 février 2010, qui faisait valoir qu'à la suite du prononcé, le 2 juin 2009, du jugement ayant remis à sa charge, à compter du 9 décembre 2008, une part contributive mensuelle de 160 euros pour l'entretien et l'éducation de sa fille, elle était devenue sans emploi depuis le 30 juin 2009 et ne percevait plus d'allocation chômage, la cour d'appel, qui devait se placer au jour où elle statuait pour apprécier les ressources de l'intéressée, a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé ».

différence notable, qui excède une marge prévisible et supportable de changement<sup>1</sup> entre la situation des parties telle qu'elle a été retenue en justice, et la situation telle qu'elle se présente au jour où le juge se prononce sur la demande de révision.

Au regard de ces observations, il convient de retenir que le fait nouveau pour justifier une révision du traitement initial doit entraîner un changement sensible et durable dans la situation des parties, de manière à préserver une certaine stabilité des arbitrages entre intérêts en conflit. Toutefois, il faut bien souligner l'existence d'une difficulté à manier ces conditions de durée et d'importance du changement. Par exemple, il paraît impossible de fixer *in abstracto* les seuils de durée et d'importance des changements. On ne peut faire autrement que d'en appeler à la sagesse du juge qui en vertu d'un pouvoir souverain d'appréciation évaluerait au cas par cas, la satisfaction à de telles conditions. Sa décision n'en sera pas moins prévisible puisqu'en ce qui concerne la durée du changement, l'arrêt étudié laisse entendre qu'un changement ayant motivé la demande en révision et qui demeurerait jusqu'au jour où le juge statue, satisfait à l'exigence de durée. En revanche, l'importance du changement pourra donner lieu à des divergences d'interprétations en fonction des juges puisqu'il n'existe aucun critère objectif de quantification.

Pour résumer, il faudrait souligner qu'en limitant la révision à l'existence de certains faits, qui eux-mêmes doivent provoquer une modification substantielle dans la situation des parties, la Cour de cassation à travers sa jurisprudence tente de préserver la stabilité des causes finies. On mesure encore plus cette volonté lorsqu'on prend conscience que la révision, lorsqu'elle est admise, produit des effets limités dans le temps de manière à respecter les prévisions légitimes des uns et des autres.

## **B — UNE RÉVISION AUX EFFETS LIMITÉS**

**119.** Une fois les conditions de la révision réunies, il reste à préciser les effets juridiques qu'une telle révision est susceptible d'emporter. Sur ce point, il convient de constater que la révision d'un jugement définitif peut produire deux effets juridiques diamétralement opposés. Elle peut, selon nous, conduire à la rétractation du jugement initial qui disparaîtra à la fois pour le passé et l'avenir, auquel cas on parlera de « révision-annulation », ou elle peut conduire à une simple adaptation du traitement initial, et on parlera alors de « révision-adaptation ».

La révision de droit commun, c'est-à-dire celle réglementée aux articles 593 et suivants du CPC, conduit plutôt à une annulation du jugement initial qui disparaîtra à la fois pour le passé et l'avenir. En revanche, la révision pour changement de circonstances produit simplement

---

<sup>1</sup> Il faut entendre par là que le changement soit d'une telle importance que si le juge l'avait prévu, il n'aurait jamais arrêté son arbitrage dans les termes actuels.

des effets pour l'avenir. Le jugement initial demeure et le rapport de droit qu'il avait institué continue à régir la situation des parties jusqu'à la révision. Par exemple, il a été jugé que la dissimulation des revenus lors de la fixation du montant d'une pension alimentaire peut justifier la modification d'une telle pension avec effet rétroactif au jour de la demande<sup>1</sup>. En revanche, une telle révision est impropre à permettre le remboursement intégral des prestations versées en exécution du jugement initial<sup>2</sup> ; l'admettre reviendrait à faire disparaître les effets du traitement initial pour le passé et l'avenir. D'où l'importance, lorsqu'une situation est éligible à la fois à la révision de droit commun et à la révision pour changement de circonstances, de bien choisir le fondement de l'action en révision.

En définitive, il convient de constater que la révision du traitement des conflits d'intérêts pour survenance de faits nouveaux est admise en droit de la famille. Elle est le plus souvent prévue par le législateur, mais il n'est pas non plus interdit au juge, en dehors des cas prévus par la loi, de procéder à une telle révision lorsque le traitement initial avait été retenu en application d'un critère flexible de décision. On a pu craindre alors que la multiplication en droit des personnes et de la famille de critères souples de décision n'annihile la fonction opératoire de ce droit, transformant du coup les conflits d'intérêts en un éternel recommencement. L'analyse du droit positif a eu le mérite de dissiper ces craintes, puisque le législateur conscient de la nécessité de protéger les droits acquis a assorti la révision pour changement de circonstances de règles destinées à limiter sa mise en œuvre ou ses effets.

Au regard de ces observations, il apparaît que même si la révision du traitement des conflits d'intérêts pour survenance de faits nouveaux est source d'incertitude dans les rapports juridiques, cette incertitude ne dégénère pas en insécurité juridique. En effet, la pratique montre qu'en l'état actuel du droit, un juste équilibre est ménagé entre le besoin de sécurité juridique et le souci d'équité en cas de survenance de faits nouveaux ; ce qui rend acceptable l'instabilité engendrée par la révision.

En fin de compte, si la modification des paramètres d'espèce peut conduire à la révision d'arbitrages définitifs, il ne faut pas perdre de vue que le changement du droit lui-même est aussi susceptible de produire un effet similaire.

---

<sup>1</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 juin 1985, n° 84-12.673

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 juin 1989, n° 88-14.013

## SECTION II : UNE INSTABILITÉ PROVOQUÉE PAR LA MODIFICATION DE LA RÈGLE DE DROIT

**120.** Le droit évolue, se modifie, se transforme<sup>1</sup> au gré de lois et de jurisprudences nouvelles. Et ces changements témoignent de sa vitalité, de son adaptation aux besoins sociaux. Ainsi, les normes nouvelles souvent présumées porteuses d'un progrès social viennent remplacer les normes anciennes jugées inadaptées. Mais, cette succession de normes parce qu'elle conduit à un écartèlement des situations juridiques entre le passé et le futur, nécessite du juriste l'organisation d'une transition entre droit ancien et nouveau d'autant plus que certaines situations nouées sous l'empire de la norme ancienne continueront à produire leurs effets au-delà de l'entrée en vigueur de la norme nouvelle. On touche là à des problèmes classiques<sup>2</sup> d'application des normes dans le temps que le droit transitoire se donne pour mission de résoudre<sup>3</sup>.

Il ne sera nullement question de réaliser ici une étude de droit transitoire en bornant le propos à la détermination du domaine d'application des normes anciennes et nouvelles. Au contraire, l'objectif de cette section consistera tout d'abord, en partant des règles du droit transitoire, à déterminer dans le cadre des relations de famille si un conflit d'intérêts qui a déjà fait l'objet d'un traitement juridictionnel devenu définitif peut à nouveau être remis sur le métier en raison de l'adoption d'une nouvelle norme plus favorable à la réalisation d'intérêts jadis frustrés sous l'empire de la norme ancienne. Si une telle remise en cause des traitements acquis pour survenance d'une règle de droit nouvelle était admise, il faudra ensuite déterminer si cette instabilité engendre une insécurité juridique en la matière.

Une analyse des règles de droit transitoire applicables aux relations de famille permet d'affirmer que la stabilité des traitements est préservée en la matière grâce à l'existence de dispositifs destinés à limiter au maximum l'impact des normes nouvelles sur les situations acquises (§-1). Cependant, l'hypothèse d'une révision pour changement normatif ne demeure pas moins une réalité en matière familiale puisqu'il est possible de contourner, voire annihiler l'efficacité des obstacles dressés à cette révision (§-2).

<sup>1</sup> Sur ce droit qui passe et ses conséquences, voir par exemple, M. MOREAU, « Le droit qui passe... », in, *Mélanges J. SAINTE-ROSE*, Bruylant, 2012, p. 1071 et s.

<sup>2</sup> Voir par exemple, P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz 1960. - P. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, LGDJ, 1959. - E.-L. BACH, *Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps*, RTD civ. 1969, p. 405 et s. - J. HÉRON, *Étude structurale de l'application de la loi dans le temps*, RTD civ. 1985, p. 227 et s. - P. BONNEAU, *La cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, Préf. M. GOBERT, PUF, 1990. - P. FLEURY-LE GROS, *Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*, Préf. L. BACH, P. MAYER, Postf. J. PETIT, Dalloz, 2005. - N. BAREÏT, *Le droit transitoire de la famille*, Préf. J.-J. LEMOULAND, Defrénois, 2010.

<sup>3</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V<sup>o</sup> « Transitoire ». On peut retenir que le droit transitoire est la branche du droit qui détermine les modalités d'application des lois dans le temps.

## §-1 : LA STABILITÉ DES TRAITEMENTS PRÉSERVÉE EN THÉORIE

121. Une fois que la réponse juridictionnelle apportée à un conflit d'intérêts passe en force de chose jugée, le droit préserve la stabilité d'un tel traitement et interdit sa révision par le juge que ce soit pour survenance d'une loi nouvelle plus permissive (A) ou d'une interprétation prétorienne nouvelle plus favorable (B).

### A — LA STABILITÉ DES TRAITEMENTS PRÉSERVÉE EN CAS DE SURVENANCE D'UNE LOI NOUVELLE

122. Le but de ces réflexions consiste à déterminer si l'un des protagonistes au conflit d'intérêts ayant reçu un traitement juridictionnel devenu définitif peut invoquer la survenance d'une loi nouvelle pour solliciter la révision d'un tel traitement. *A priori*, la réponse à cette interrogation devrait être négative au nom du respect de l'autorité de la chose jugée, à moins que les règles d'application des lois dans le temps n'aient rendu possible la remise en cause des traitements arrêtés sous l'empire de la norme ancienne.

À cet effet, il convient de relever que lorsque la loi nouvelle ne se préoccupe pas de son articulation temporelle avec la loi ancienne, s'applique la théorie générale du droit transitoire. Or, les règles transitoires issues de la théorie générale, en excluant du domaine d'application de la loi nouvelle les situations constituées avant son entrée en vigueur, assurent aux traitements acquis une stabilité dans le temps (1). Toutefois, parce que cette théorie générale d'application des lois dans le temps n'est mobilisable qu'en l'absence de dispositions de droit transitoire spécifiques à une matière, il convient de vérifier si à l'heure actuelle, le droit transitoire de la famille se fait aussi l'écho de l'exigence de préservation des traitements acquis (2).

#### 1) La stabilité des traitements préservée par la théorie générale du droit transitoire

123. En présence d'une succession de lois dans le temps, si la loi nouvelle ne prend pas le soin de délimiter son domaine d'application de celui de la loi ancienne, deux attitudes peuvent être adoptées. Soit on choisit de préserver la sécurité juridique en écartant du domaine d'application de la loi nouvelle, les situations nées sous l'empire de la loi ancienne ; soit on choisit de voir dans la loi nouvelle l'objet d'un progrès social qui doit bénéficier immédiatement aux individus même si leurs droits étaient nés en considération de la loi ancienne. Face à un tel choix cornélien, la théorie générale du droit transitoire opte pour une voie médiane qui permet de réaliser un équilibre entre le besoin de sécurité juridique, d'une part, et, d'autre part, le besoin d'évolution, d'adaptation du droit au contexte socio-économique.

C'est ce qu'on peut déduire des principes de non-rétroactivité et d'application immédiate de la loi nouvelle (art. 2 du C. civ.) qui permettent de surmonter la rupture provoquée par le changement normatif au sein du *continuum* temporel<sup>1</sup>.

Tout d'abord, le principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle interdit qu'on puisse appliquer cette loi à des actes ou à des faits juridiques qui se sont passés sous l'empire de la loi ancienne, pour modifier ou effacer les effets juridiques déjà produits. Ainsi, la loi nouvelle ne saurait être invoquée pour modifier la réponse juridictionnelle d'un conflit d'intérêts survenu avant son entrée en vigueur. Ce qui signifie qu'en cas d'application de la théorie générale du droit transitoire, le principe de la non-rétroactivité constitue un obstacle à la révision pour survenance de loi nouvelle<sup>2</sup>.

Ensuite, il faut noter que le principe de l'effet immédiat de la loi nouvelle limite l'application de cette loi aux faits et actes postérieurs à sa publication. Ce qui revient à retenir une application des lois nouvelles pour le futur, préservant ainsi les situations déjà constituées.

Ces deux principes semblent en apparence poser la même règle. En effet si la loi nouvelle ne s'applique que pour l'avenir, *a contrario*, se retrouve exclue une application pour le passé.

En réalité, pour expliquer l'absence de redondance entre ces deux principes, il convient de retenir que la loi nouvelle peut s'appliquer dans deux hypothèses bien distinctes. Si tout naturellement elle va régir les situations qui vont naître à partir de sa publication, elle va aussi s'appliquer aux situations en cours, c'est-à-dire des situations constituées sous l'empire de la loi ancienne, mais qui continuent à produire des effets sous l'empire de la loi nouvelle. En d'autres termes, l'effet immédiat de la loi nouvelle signifie que cette loi, dès sa publication s'applique, y compris aux situations en cours sans pour autant permettre une remise en cause des effets produits sous l'empire de la loi ancienne<sup>3</sup>.

Si l'on transpose ces principes de la non-rétroactivité et de l'effet immédiat de la loi nouvelle à l'hypothèse d'une demande de révision d'un traitement définitif, il faut bien admettre que, lorsque la loi nouvelle modifie les conditions d'arbitrage — plus précisément, la règle ayant permis de résoudre le conflit — entre intérêts antagonistes, cette modification n'aura aucune incidence sur les arbitrages acquis, puisque leur régularité ne doit s'apprécier qu'au regard de la loi ancienne<sup>4</sup>. Permettre à la loi nouvelle de revenir sur une cause finie, c'est la rendre

<sup>1</sup> Dans le même sens, un auteur a pu affirmer que ces deux principes permettent d'assurer « un trait d'union entre le passé et l'avenir : non-rétroactivité de la loi nouvelle pour le passé, application immédiate pour l'avenir ». P. MALINVAUD, *Introduction à l'étude du droit*, 13<sup>e</sup> éd., LexisNexis 2011, p. 128.

<sup>2</sup> La portée de ce principe doit toutefois être limitée puisqu'il ne s'applique pas aux lois interprétatives, aux lois de rétablissement et aux lois de validation. Voir par exemple, F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012, p. 439 et s.

<sup>3</sup> Il convient de rappeler que la jurisprudence a pu préciser que cette application de la loi nouvelle aux situations en cours ne concernait que les situations extracontractuelles et que les situations contractuelles en cours restaient régies par la loi ancienne ( Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 avril 1960, D. 1960, p. 429, note D. HOLLEAUX ).

<sup>4</sup> En d'autres termes, seule la loi applicable au jour où le conflit d'intérêts a été tranché par le juge peut régir une telle situation.

rétroactive. Or, sauf hypothèses de loi rétroactives par nature, la théorie générale d'application des lois dans le temps proscriit une telle rétroactivité.

On ne peut toutefois pas arrêter la réflexion à l'hypothèse d'une application de la théorie générale du droit transitoire, puisque les lois nouvelles relatives à la matière familiale se préoccupent de plus en plus de la rupture que va entraîner leur promulgation et prévoient des dispositions transitoires spécifiques qui peuvent s'éloigner des principes du droit commun. C'est à l'aune de ce droit transitoire de la famille qu'il convient de répondre à la problématique d'une révision pour survenance de loi nouvelle.

## **2) La stabilité des traitements préservée par le droit transitoire de la famille**

**124.** Lorsque les dispositions transitoires spécifiques au droit de la famille s'inscrivent en conformité des principes de droit commun, il n'est point indispensable de s'interroger longuement sur la préservation de l'impératif de stabilité des traitements acquis. Le doute est en revanche permis lorsque les dispositions du droit transitoire, spécifiques au droit de la famille, s'inscrivent en contradiction avec les principes retenus en théorie générale.

**125. Analyse de dispositions conformes à la théorie générale du droit transitoire.** — Les dispositions transitoires du droit de la famille articulées autour des principes d'effet immédiat et de non-rétroactivité de la loi nouvelle sont de manière générale respectueuses des causes finies. Par exemple, la loi n° 82-536 du 25 juin 1982 qui a fait de la possession d'état un mode d'établissement de la filiation naturelle est applicable aux enfants nés avant son entrée en vigueur. Cependant, le législateur a pris le soin de préciser à l'article 2 de cette loi que cette application immédiate de la loi nouvelle, sans distinction de la date de naissance des enfants, ne peut leur permettre de remettre en cause les successions déjà liquidées. Ce qui signifie que la loi nouvelle facilitant l'établissement du lien de filiation des enfants naturels ne peut, par exemple, justifier la révision d'un conflit d'intérêts portant sur la liquidation de la succession de leur auteur.

Toujours en matière de filiation, l'article 20-I de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 permet d'établir ce même constat. En effet, comme pour la loi du 25 juin 1982, l'ordonnance du 4 juillet 2005 s'applique aux enfants nés avant comme après son entrée en vigueur, sous réserve du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée.

Ces constatations n'étonneront guère, puisque les dispositions du droit transitoire de la famille analysées sont respectueuses des principes dégagés en théorie générale qui, si besoin est de le rappeler, garantissent la sécurité juridique. Il faudra donc, à partir de quelques dispositions du droit transitoire de la famille, non conformes à la théorie générale d'application des lois dans

le temps, vérifier si la stabilité des traitements est préservée ou si au contraire le législateur organise leur révision du fait de la survenance d'une loi nouvelle plus favorable.

**126. Analyse de dispositions non conformes à la théorie générale du droit transitoire.** — Lorsque la loi nouvelle ne prévoit pas de dispositions de droit transitoire, la stabilité des traitements acquis se trouve préservée à travers le principe de la non-rétroactivité. Or, ce principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle ne s'impose au législateur qu'en matière pénale<sup>1</sup>. Ce qui signifie qu'en matière civile le législateur est libre d'y déroger<sup>2</sup>. Toutefois, ce pouvoir reconnu au législateur de déroger à la non-rétroactivité de la loi nouvelle n'est pas sans bornes.

En effet, le Conseil constitutionnel a limité un tel pouvoir en rappelant que si le principe de la non-rétroactivité des lois n'a pas, en dehors de la matière répressive, de valeur constitutionnelle, le législateur ne peut adopter des dispositions rétroactives que si un « motif d'intérêt général » le justifie, à condition toutefois « de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »<sup>3</sup> au rang desquelles figure la sécurité juridique<sup>4</sup>.

Ce qui revient à dire que la rétroactivité de la loi nouvelle doit être exceptionnelle. Si néanmoins, une telle rétroactivité est prévue par le législateur, elle ne peut emporter une remise en cause des situations acquises. C'est le constat qui procède des dispositions transitoires analysées. Par exemple, en matière successorale, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral prévoit au second paragraphe de son article 25 une application rétroactive de l'égalité successorale qu'elle réalise au profit des enfants naturels. Cependant, cette application rétroactive de l'égalité successorale a été bornée par l'impératif de respect des situations acquises.

En effet, le législateur a prévu une application des dispositions de la loi nouvelle relative à l'égalité successorale, aux successions ouvertes avant son entrée en vigueur et qui n'ont pas encore donné lieu à partage. Toutefois, il a été prévu qu'une telle application rétroactive de la

---

<sup>1</sup> En matière pénale, le principe de la non-rétroactivité de la loi s'impose au législateur parce qu'il a une valeur constitutionnelle. En effet, ce principe figure à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, texte faisant partie du bloc de constitutionnalité (Cons. Const., 19 et 20 janv. 1981 ; D. 1982, p. 441, note A. DEKEUWER - Cons. Const., 18 janv. 1985, D. 1986, p. 425, note T. RENOUX). Aussi, soulignons que ce principe de la non-rétroactivité des lois nouvelles en matière répressive a également une valeur conventionnelle (7 de la Conv. EDH). Toutefois, lorsque la loi nouvelle est plus douce, sa rétroactivité est possible. On parle de rétroactivité *in mitius* (art. 112-1 al3 du Code pénal).

<sup>2</sup> Voir, J. GHESTIN, G. GOUBEAUX, M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1994, n° 375.

<sup>3</sup> Cons. const., 28 déc. 1995, DC n° 95-369. - Cons. const., 18 déc. 1998, DC n° 98-404. - Cons. const., 18 déc. 2001, DC n° 2001-453.

<sup>4</sup> Voir, A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Préf. B. MATHIEU, LGDJ, 2004. Pour une vue synthétique, A.-L. VALEMBOIS, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, n° 17, p. 127 et s.

loi nouvelle<sup>1</sup> ne doit pas permettre la remise en cause des décisions judiciaires irrévocables ou accords amiables déjà intervenus. En d'autres termes, l'application rétroactive de cette loi ne peut permettre la remise en cause des situations acquises ni porter atteinte aux droits des tiers. On retrouve également une telle limitation de l'application rétroactive de la loi nouvelle dans la loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux. En effet, cette loi dispose à l'article 20 alinéa 1<sup>er</sup> que « les clauses visées aux nouveaux articles 1390, 1391 et 1392 du Code civil<sup>2</sup> et contenues dans les contrats [de mariage] antérieurs à l'entrée en vigueur de la présente loi sont valables et soumises aux dispositions desdits articles, sous réserve des décisions de justice déjà passées en force de chose jugée ».

Il s'agit là d'une disposition rétroactive puisque la validité de ces contrats de mariage devrait s'apprécier au regard de la loi en vigueur au jour de leur formation. Or, la loi antérieure, telle qu'interprétée par la jurisprudence, prohibait les clauses commerciales portant sur les biens personnels parce qu'elles étaient assimilées à des pactes sur succession future ; en revanche, les clauses commerciales portant sur les biens communs étaient valables, car constituaient un avantage matrimonial<sup>3</sup>. Donc, les clauses commerciales portant sur les biens personnels et insérées dans les contrats de mariage antérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ne sont pas valables. Mais, l'application rétroactive de la loi du 13 juillet 1965 va permettre de valider ces clauses avec pour limite le respect des causes finies. En effet, d'après cette loi, si la nullité de telles clauses avait déjà été prononcée en justice et que cette décision de justice est passée en force de chose jugée, l'application rétroactive de la loi nouvelle ne peut avoir pour effet de la remettre en cause. Elle ne peut donc être révisée pour survenance d'une loi nouvelle plus permissive.

Ces quelques exemples<sup>4</sup> montrent à quel point le législateur même s'il déroge en matière familiale au principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle reste attaché au respect des causes finies. La limite tenant au respect des décisions de justice passées en force de chose jugée constituerait une sorte de clause de style permettant d'encadrer la rétroactivité des lois nouvelles, tant on la retrouve dans nombre de dispositions transitoires.

Il procède de ces constatations que la révision pour survenance d'une loi nouvelle est tout d'abord impossible, parce que le législateur interdit de manière générale l'application de la loi

---

<sup>1</sup> L'application d'une loi nouvelle à une succession ouverte et non encore liquidée avant son entrée en vigueur constitue une application rétroactive de cette loi, puisque les conséquences juridiques attachées à l'ouverture d'une succession s'apprécient au regard de la loi applicable au jour du décès du *de cuius*.

<sup>2</sup> Ces articles en question autorisaient l'insertion de clauses commerciales dans les contrats de mariage. Ces clauses permettaient à un époux de prélever des biens personnels du conjoint ou des biens communs moyennant indemnité.

<sup>3</sup> Voir, G. CORNU, *La réforme des régimes matrimoniaux : le pouvoir de la volonté des époux*, JCP (G) 1967, I, 2128, n° 23. - P. KAYSER, « L'évolution de la communauté réduite aux acquêts dans la pratique notariale », in, Mélanges G. RIPERT, t. I, LGDJ, 1950, p. 488.

<sup>4</sup> Pour d'autres illustrations, voir, N. BAREÏT, *Le droit transitoire de la famille*, Préf. J.-J. LEMOULAND, Defrénois, 2010, pp. 151-168.

nouvelle aux faits et actes juridiques survenus avant son entrée en vigueur<sup>1</sup>. La révision pour survenance d'une loi nouvelle est ensuite impossible puisque le législateur, même s'il lui arrive de porter atteinte en droit de la famille au principe de la non-rétroactivité de la loi nouvelle, prend tout de même le soin d'exclure la possibilité de remise en cause des situations déjà fixées à l'instar des traitements de conflits d'intérêts qui ne sont plus susceptibles de voie de recours. Ce qui signifie que la survenance d'une loi nouvelle ne peut entraîner la révision des réponses juridictionnelles apportées aux conflits d'intérêts.

Cependant, on ne saurait conclure hâtivement que la révision pour changement normatif est impossible en l'état actuel du droit, puisque les normes ne se limitent pas exclusivement aux lois. Il convient donc de reprendre l'analyse cette fois-ci dans la configuration de la survenance d'une interprétation prétorienne plus favorable qui viendrait modifier le sens de la règle en vertu de laquelle un départ initial a été réalisé entre des intérêts antagonistes.

## **B — LA STABILITÉ DES TRAITEMENTS PRÉSERVÉE EN CAS DE SURVENANCE D'UNE JURISPRUDENCE NOUVELLE**

**127.** Par analogie au précédent paragraphe, il sera question dans les lignes à venir de déterminer si une interprétation prétorienne nouvelle — un revirement de jurisprudence en somme — peut constituer un motif de révision du traitement juridictionnel définitivement apporté à un conflit d'intérêts. L'interrogation est légitime puisqu'une interprétation prétorienne nouvelle doit s'analyser comme la rectification d'une erreur de perception ou d'application de la règle de droit<sup>2</sup>. Il est alors humain qu'une partie qui s'est vue refuser la réalisation de ses intérêts en raison d'une mauvaise application de la règle de droit ressente le besoin, une fois cette erreur révélée, de poursuivre à son échelle sa rectification.

Pour répondre à cette interrogation, il est nécessaire de déterminer avec soin le champ d'application des jurisprudences nouvelles. En effet, si les interprétations prétoriennes nouvelles sont en mesure de régir le passé en faisant produire des effets juridiques à des faits ou actes juridiques constitués avant leur consécration, il est à craindre qu'une telle extension de leur portée temporelle ne remette en cause les arbitrages antérieurement établis entre intérêts antagonistes.

**128. Le constat d'une rétroactivité de l'interprétation prétorienne nouvelle.** — Pour donner un tour pratique à la réflexion qui jusqu'ici peut sembler éminemment théorique,

---

<sup>1</sup> Dans l'hypothèse d'une révision du traitement juridictionnel d'un conflit d'intérêts, parce que le juge a été sollicité pour faire le départ entre intérêts antagonistes avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sauf disposition contraire, seule la loi ancienne reste applicable à ce conflit d'intérêts. Ce qui exclut toute application de la loi nouvelle et enterre par la même occasion tout espoir de révision.

<sup>2</sup> Voir, F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 155.

partons de la banale situation contentieuse suivante. Il est demandé au juge de se prononcer sur la conformité d'un comportement ou sur la possibilité de réalisation d'un intérêt au regard d'un texte de loi spécifique. Mais ce dernier, contrairement à l'interprétation qui est généralement admise pour ce texte, arrête une interprétation nouvelle. Or, dans notre système juridique, lorsque le juge, dans le cadre d'une affaire particulière réalise une interprétation normative nouvelle, celle-ci va non seulement régir l'affaire qui a donné lieu à son édicton, les procès en cours qui mobiliseraient la règle interprétée, mais également tous les futurs procès. Donc, l'interprétation prétorienne nouvelle fait produire des effets juridiques à des faits ou à des actes juridiques antérieurs à sa création. On lui assigne alors un effet rétroactif<sup>1</sup> puisqu'une telle interprétation ne constituait pas le droit positif à l'époque où la situation a été soumise au juge<sup>2</sup>.

Cette rétroactivité soulève de nombreuses difficultés notamment au regard de la sécurité juridique et plus précisément au regard de l'exigence de prévisibilité dans l'application de la règle de droit interprétée. En effet, l'application à rebours du temps de l'interprétation nouvelle<sup>3</sup> pourrait conduire à l'instabilité des traitements arrêtés sous l'empire d'une ancienne jurisprudence. Ainsi, parce que l'interprétation prétorienne nouvelle régit également le passé, on pourrait penser que les traitements donnés aux conflits d'intérêts avant sa survenance sont susceptibles de pâtir de ce changement normatif. Pourtant, cette impression d'instabilité des traitements qui peut être tirée du constat de la rétroactivité de l'interprétation jurisprudentielle doit impérativement être dépassée. En effet, la portée de la rétroactivité des interprétations jurisprudentielles est plus limitée qu'il n'y paraît de prime abord.

**129. La limitation théorique de la rétroactivité de l'interprétation prétorienne nouvelle.** — Quand on affirme qu'une interprétation prétorienne nouvelle est par essence rétroactive, une telle affirmation souligne un éminent auteur, n'est vraie qu'à condition d'y voir une application de l'interprétation nouvelle aux litiges pendants et aux procès à naître ; le

<sup>1</sup> Pour une négation de cet effet rétroactif, voir, T. BONNEAU, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement*, D. 1995, chron., p. 24, spéc. n° 4. L'auteur défend l'idée d'une absence de rétroactivité des revirements de jurisprudence analogues à la rétroactivité de la loi, parce qu'il manquerait la volonté de l'auteur de la norme interprétée de rendre une telle interprétation rétroactive.

Un autre auteur souligne également que la rétroactivité de la jurisprudence n'est qu'apparente « parce que l'acte juridictionnel dont elle ne se dissocie pas est déclaratif. C'est parce que le juge révèle le droit en jugeant, que la norme qui pourra ensuite se dégager de sa solution sera marquée au coin de la déclarativité et réputée avoir existé avant que d'être énoncée ». F. ZÉNATI, *La jurisprudence*, Dalloz, 1991, p. 154.

<sup>2</sup> Sur l'effet rétroactif des interprétations prétorienne nouvelles, voir par exemple, J. RIVÉRO, *Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle*, AJDA, 1968, p. 15. - O. SALVAT, *Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais*, th. dactyl., Paris 2, 1983, spéc. n° 81 - D. DE BÉCHILLON, « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », *Mélanges F. MODERNE*, Dalloz 2004, p. 5. - N. MOLFESSIS (dir.), *Les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005, p. 7 et s. - C. MOULY, *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ?*, LPA, 1994, n° 33, p. 15.

<sup>3</sup> La rétroactivité des revirements de jurisprudence permet de réguler des comportements survenus sous l'empire de l'interprétation prétorienne ancienne. Une telle solution revient à méconnaître les anticipations et prévisions des parties qui légitimement avaient conformé leur comportement à l'ancienne règle de conduite applicable.

changement interprétatif ne saurait avoir d'effets sur les litiges déjà éteints<sup>1</sup>. Ce qui signifie que l'interprétation nouvelle de la règle de conflit ne peut servir qu'à éteindre des conflits ; elle ne peut revivifier un conflit éteint. Alors, les conflits d'intérêts ayant reçu une réponse juridictionnelle devenue définitive ne peuvent être remis sur le métier pour survenance d'une jurisprudence nouvelle. La sécurité juridique empêche qu'il soit fait de la survenance d'une interprétation prétorienne nouvelle, une exception au principe de l'autorité de la chose jugée. Cependant, en approfondissant l'analyse on ne peut manquer de souligner que cette réponse dogmatique est loin de résoudre toutes les difficultés susceptibles d'être rencontrées en pratique. En effet, on ne saurait oublier que la réponse définitivement apportée à un conflit dans l'ordre interne est susceptible d'être l'objet d'un recours dans l'ordre international. La question de la révision des traitements fixés peut alors se renouveler dans le cadre d'une confrontation des ordres interne et international.

**130. La limitation pragmatique de la rétroactivité de l'interprétation prétorienne nouvelle.** — Partons du cas suivant. À une époque où la plupart des ordres juridiques légitimaient les discriminations successorales au détriment des enfants naturels, la Cour E.D.H. contrairement à l'interprétation ancienne qu'elle retenait des dispositions de la Convention, modifia sa jurisprudence en jugeant cette inégalité successorale contraire aux articles 8 et 14 de la Convention<sup>2</sup>. Imaginons qu'avant la consécration de cette interprétation nouvelle, une succession ait été définitivement liquidée par les juridictions d'un État membre au détriment d'un enfant naturel du *de cuius*, malgré les griefs d'inconventionnalité des dispositions du droit interne soulevées devant le juge national. Prenant conscience de la survenance de cette jurisprudence européenne plus favorable, l'enfant naturel remet en cause devant la Cour E.D.H. l'arbitrage réalisé par le juge interne. Pour peu qu'une telle action satisfasse les conditions de recevabilité devant cette Cour<sup>3</sup>, la solution dogmatique qui consiste à retenir une application de la jurisprudence nouvelle aux procès en cours ne réalise plus ici l'objectif de préservation de la sécurité juridique qui était le sien. En effet, la révision des traitements définitivement arrêtés dans l'ordre interne devient possible du fait de la survenance d'une interprétation évolutive de la Conv. E.D.H. C'est pour cela que l'hypothèse d'une application de l'interprétation nouvelle à des faits ou actes juridiques antérieurs à sa consécration est apparue problématique aux yeux de la Cour E.D.H. qui a développé une jurisprudence respectueuse de l'impératif de sécurité juridique et partant de la stabilité des traitements légitimement acquis.

<sup>1</sup> Voir, P. ROUBIER, *Le droit transitoire*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1960, p. 25 note 1, pp. 286-287.

<sup>2</sup> Voir, CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74 spéc. §-58 ; GACEDH, 2011, n° 51 ; JDI 1982, p. 183, note P. ROLLAND.

<sup>3</sup> Voir l'article 35 de la Convention.

En effet, la Cour E.D.H. a borné la rétroactivité de l'interprétation jurisprudentielle par l'impossibilité de remise en cause des actes ou situations juridiques antérieurs<sup>1</sup>. En appliquant une telle solution à notre cas, l'enfant naturel ne pourrait obtenir la remise en cause des situations litigieuses antérieures à la date de consécration de l'interprétation prétorienne nouvelle. Concrètement, parce qu'en matière de succession la loi applicable est celle en vigueur au jour de l'ouverture de cette succession, l'enfant naturel ne pourra obtenir une remise en cause de la succession liquidée que si son auteur était décédé après le 13 juin 1979, date de consécration de l'interprétation nouvelle des dispositions de la Convention<sup>2</sup>. En faisant produire à ses interprétations des effets juridiques uniquement pour l'avenir, la révision pour survenance d'une jurisprudence nouvelle semble écartée y compris dans le cadre d'une confrontation des ordres juridiques.

Au terme de ce paragraphe, le constat suivant peut être dressé : le législateur lui-même ou la pratique judiciaire a su efficacement dresser des obstacles aux velléités de révision judiciaire du traitement des conflits d'intérêts lorsque survenait un changement normatif favorable à une partie. Théoriquement, le risque d'instabilité des traitements pour survenance d'un changement normatif est inexistant. Mais en pratique, ce constat doit être atténué du fait de l'existence de moyens de contournement des obstacles à la révision pour changement normatif.

## §-2 : LA STABILITÉ DES TRAITEMENTS MALMENÉE EN PRATIQUE

**131.** Pour d'évidentes raisons de sécurité juridique, le législateur empêche les lois rétroactives de remettre en cause les situations irrémédiablement fixées avant leur entrée en vigueur. Ainsi, la loi nouvelle même rétroactive ne devait pas avoir d'effet sur la chose irrévocablement jugée sous l'empire de la loi ancienne ; prévoir le contraire constitue, tant une méconnaissance des principes du droit transitoire, qu'une méconnaissance du principe de l'autorité de la chose jugée. Pareilles limitations ont également été posées aux interprétations prétoriennes nouvelles.

En théorie donc, les normes nouvelles ne peuvent être source d'instabilité des traitements juridictionnels définitivement arrêtés. Cependant, cette prévalence théoriquement accordée à la sécurité juridique est en pratique de plus en plus malmenée par le juge qui sous couvert

<sup>1</sup> CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, précit., §-58 « Eu égard à cet ensemble de circonstances, le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt ». - Voir aussi, CEDH, 11 juill. 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95 (§-119 et 120), RJP 2002, n° 11, p. 14 et s. obs. A. LEBORGNE ; RTD civ. 2002, p. 782 obs. J. HAUSER ; JCP (G) 2003, I, 101, n° 1, Obs. Y. FAVIER. - CEDH, 23 mai 2006, *Grant c. Royaume-Uni*, n° 32570/03, §- 42 et 43.

<sup>2</sup> Rapp. CEDH, 4 oct. 1993, *Vermeire c. Belgique*, n° 12849/87.

d'artifices d'interprétation (A) ou de respect des droits fondamentaux<sup>1</sup> (B), procède à la révision de la chose définitivement jugée sous l'empire de la loi ancienne.

## **A — LA STABILITÉ DES TRAITEMENTS MALMENÉE PAR LE TRUCHEMENT D'ARTIFICES D'INTERPRÉTATION**

**132.** Sous couvert d'interprétation, il est possible aux juges de procéder à la révision des traitements acquis. Après avoir présenté les mécanismes d'interprétation mis en œuvre par ces derniers en matière familiale (1), il faudra tirer des enseignements de leur mobilisation en s'interrogeant sur ce qui reste en droit de la famille de l'impératif de stabilité des traitements acquis ; impératif qui rappelons-le participe, en la matière, à la sécurité juridique (2).

### **1) Les techniques d'interprétation mobilisées par la jurisprudence**

**133.** Lors de la succession de normes dans le temps, on rencontre quand même en droit de la famille, des situations dans lesquelles la Cour de cassation admet la remise en cause de la chose jugée sous l'empire de la norme ancienne, du fait de la survenance d'une norme nouvelle plus favorable. La technique utilisée pour contourner l'autorité de la chose jugée sous l'empire de la loi ancienne consistait à retenir en cas de survenance d'une norme nouvelle plus permissive, soit une interprétation extensive des dispositions transitoires lorsque la loi nouvelle en contenait (a), soit une interprétation restrictive de la portée de la chose jugée afin de faire profiter le plus grand nombre des largesses de la norme nouvelle (b).

#### ***a) L'interprétation extensive des dispositions transitoires***

**134.** Lorsqu'un traitement juridictionnel d'un conflit d'intérêts est devenu définitif par l'épuisement des voies de recours, il n'est plus possible du fait de la survenance d'une loi nouvelle plus permissive de modifier un tel traitement. Cependant, la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 janvier 1976<sup>2</sup>, en se livrant à une interprétation extensive des dispositions transitoires, a pu admettre qu'une action en recherche de paternité naturelle exercée dans le cadre de la loi nouvelle puisse remettre en cause la réponse juridictionnelle fixée sous l'empire de la loi ancienne. Les faits ayant conduit à une telle solution étaient les suivants.

<sup>1</sup> Sur la notion de droit fondamental, voir par exemple, V. CHAMPEIL-DESPLATS, *La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français*, D. 1995, chron. p. 323 - M.-L. PAVIA, *Éléments de réflexions sur la notion de droit fondamental*, LPA 1994, n° 54, p. 6 et s. - P. WACHSMANN, *L'importation en France de la notion de droits fondamentaux*, RUDH 2004, n° 1-4, p. 40 et s. - X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé*, JCP (G) 2007, I, 211.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juin 1976, D. 1976, Jur. p. 593, note P. RAYNAUD ; RTD civ., 1976, p. 340, note R. NERSON ; JCP (G) 1976, II, 18494, note G. CORNU.

Plus de 300 jours après l'ordonnance autorisant des époux à résider séparément, l'épouse donna naissance en 1967 à un enfant — fruit d'une relation adultère —, qui par le jeu de la présomption de paternité avait le titre d'enfant légitime du couple. Or, étant un enfant légitime, le droit, en vigueur à l'époque, ne permettait pas sa reconnaissance par un tiers tant que l'époux de la mère n'avait pas mené avec succès une action en désaveu de paternité.

Voulant se débarrasser de cette encombrante paternité, le mari avait intenté une telle action en désaveu qui s'était heurtée à la fin de non-recevoir résultant, aux termes de l'ancien article 313 du C. civ., d'une « réunion de fait » entre les époux. L'irrecevabilité de l'action en désaveu de paternité du mari avait été confirmée par un arrêt de la Cour d'appel de Riom du 9 février 1972. Le 13 mars 1973, la première chambre civile rejeta le pourvoi en cassation formé par le mari. Dès lors, la solution apportée sous l'empire de la loi ancienne à ce conflit d'intérêts relatif à la filiation de l'enfant était devenue irrévocable. Faute pour le mari d'avoir pu exercer l'action en désaveu, l'enfant en question devait définitivement être considéré comme son enfant légitime. N'empêche, le mari s'était désintéressé de cet enfant et son divorce avec la mère fut prononcé. Cette dernière alla vivre, dans un premier temps avec son amant, puis dans un second temps avec un autre homme qu'elle finira par épouser.

Le droit jusqu'alors en vigueur fut modifié par la loi du 3 janvier 1972 qui, dorénavant, permettait aux tiers de reconnaître un enfant légitime qui n'avait pas de possession d'état conforme au titre (interprétation *a contrario* de l'art. 334-9 du C. civ).

L'amant reconnut l'enfant le 28 octobre 1972 et assigna la mère ainsi que son premier mari en justice en vue de faire juger qu'il était le véritable père. La mère s'est opposée à une telle action en invoquant l'autorité de la chose jugée.

Pour résoudre une telle difficulté, il fallait se référer aux dispositions transitoires de la loi du 3 janvier 1972. Cette loi, à son article 13, avait disposé que « la chose jugée ne pourra être remise en cause par l'application de la loi nouvelle », mais avait quand même réservé la faculté pour « **les parties** d'exercer des actions en conformité de la loi nouvelle si elles sont dans les conditions prévues par celle-ci ».

Interprétant de manière extensive cette disposition transitoire, les juges du fond avaient retenu en l'espèce que l'autorité de la chose jugée sous l'empire de la loi ancienne ne faisait pas obstacle à l'exercice par les tiers — l'amant en l'espèce — des actions nouvelles en conformité de la loi de 1972, puisque l'enfant dont les parents vivaient séparément n'avait pas la possession d'état d'enfant légitime. La Cour de cassation confirma une telle interprétation et rejeta le pourvoi en cassation de la mère<sup>1</sup>. Dans cette affaire, certes l'admission de la reconnaissance de l'amant n'entraîne pas automatiquement le renversement de la présomption

---

<sup>1</sup> L'interprétation conforme de ces dispositions transitoires aurait dû conduire à rejeter la reconnaissance de l'amant, car il était simplement permis aux parties au premier contentieux, de bénéficier des dispositions favorables de la loi nouvelle. Seul l'ancien mari, la mère ou l'enfant lui-même pouvaient dans le cadre de la loi nouvelle, exercer une action visant à conférer à l'enfant son véritable rapport de filiation.

de paternité, mais permettait d'élever un conflit de paternité qui devait être résolu judiciairement. Or, la résolution judiciaire de ce conflit de paternité pouvait aboutir à la remise en cause de la chose définitivement jugée. Au-delà de l'instabilité des traitements qu'elle était susceptible de provoquer, c'est surtout la paix et le repos des familles qui étaient menacés. On pourrait souligner en l'espèce que la Cour de cassation à travers cette interprétation extensive des dispositions transitoires a voulu préserver à chacun, la possibilité d'établir son véritable rapport de filiation, peu importe, l'obstacle que constitue l'existence d'un jugement irrévocable. Pareille préoccupation a même été consacrée par le législateur à travers une loi du 15 novembre 1976 complétant les dispositions transitoires de la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation. En effet, le législateur est venu préciser à l'article 1<sup>er</sup> de cette loi, que les actions en recherche de paternité pouvaient être exercées dans le cadre de la loi du 3 janvier 1972 par des enfants adultérins nés avant son entrée en vigueur, peu importe qu'une précédente action en recherche de paternité eût été rejetée sous l'empire de la loi ancienne, faute d'avoir agi dans les délais de l'ancien article 340-4 du C. civ. Toutefois, cette rétroactivité de la loi de 1972 sur la filiation, qui permettait de remettre sur le métier la chose irrévocablement jugée sous l'empire de la loi ancienne, avait été limitée dans le temps<sup>1</sup>, mais aussi dans ses effets, puisqu'il était impossible de remettre en cause sur son fondement les successions déjà liquidées. Malgré l'existence de ces limites au regard desquelles il serait exagéré de conclure à l'insécurité juridique, on ne saurait être totalement satisfait d'une telle rétroactivité<sup>2</sup> qui permet au législateur, tout en méconnaissant les décisions de justice irrévocables, de porter indirectement atteinte au principe de la séparation des pouvoirs<sup>3</sup>. Toutefois, en l'absence de dispositions transitoires dont l'interprétation extensive pourrait justifier la révision des traitements établis sous l'empire de la loi ancienne, il reste néanmoins possible aux juges d'asseoir les révisions pour changement normatif sur une interprétation restrictive de la portée de la chose jugée.

### ***b) L'interprétation restrictive de la portée de la chose jugée***

**135.** Il ressort de l'article 1351 du C. civ. que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Ainsi, lorsque l'action nouvelle n'oppose pas les mêmes parties, ou est fondée sur une autre cause, ou encore vise à l'obtention d'un avantage différent, il n'y a pas d'autorité de la chose jugée.

<sup>1</sup> Ceux qui voulaient exercer une action en recherche de paternité dans le cadre de la loi de 1972 sur la filiation avaient un an à compter de l'entrée en vigueur de la loi du 15 nov. 1976 pour le faire.

<sup>2</sup> H. MAZEAUD, *L'enfant adultérin et la « super-rétroactivité » des lois*, D. 1977, Chron. p. 1. - J. HAUSER, *L'enfant naturel rétroactif (suite) : relire Roubier, Nerson et Rubellin-Devichi avant de légiférer !*, RTD civ. 2002, p. 278.

<sup>3</sup> Voir en ce sens, N. BAREÏT, *Le droit transitoire de la famille*, op. cit., p. 295 et s.

C'est en interprétant ces conditions notamment celle d'identité de cause, que les juges ont pu dans certaines affaires s'affranchir de l'obstacle inhérent à l'autorité de la chose jugée.

Par exemple, en matière de filiation, la Cour de cassation a pu admettre de manière contestable dans un arrêt du 21 septembre 2005, la possibilité pour une partie d'intenter une nouvelle action en recherche de paternité, prétexte pris de la libéralisation du régime de l'action par une loi nouvelle, alors qu'une précédente action dirigée contre la même personne avait été définitivement rejetée sous l'empire de la loi ancienne<sup>1</sup>.

Dans l'affaire en question, une femme avait donné naissance en 1978 à un enfant puis avait exercé durant sa minorité une action en recherche de paternité contre le prétendu père. Or sous l'empire de la loi de 1972, pour être recevable, une telle action devait se fonder sur l'un des cinq cas d'ouverture énumérés à l'ancien article 340 du C. civ. La mère, en décidant à l'époque de fonder l'action en recherche de paternité sur l'ancien article 340-3° du C. civ., devait de ce fait prouver l'existence de lettres ou écrits émanant du père prétendu et propres à établir la paternité de manière non équivoque. Or, elle échoua dans cette entreprise et par un arrêt du 17 novembre 1983 devenu irrévocable, la Cour d'appel de Toulouse déclara l'action irrecevable en raison du caractère équivoque des éléments produits.

L'enfant devenu majeur assigna en justice, 15 ans après l'arrêt de la Cour d'appel, le prétendu père en vue de faire établir judiciairement sa filiation paternelle<sup>2</sup>.

Suite à une première décision des juges du fond, un appel fut interjeté. La Cour d'appel avait déclaré l'action en recherche de paternité intentée par l'enfant recevable en raison de la survenance d'une loi nouvelle qui supprima la nécessité de justifier au préalable, d'un cas d'ouverture à l'action avant de pouvoir discuter en justice de la vérité de la filiation.

Le prétendu père se pourvut en cassation arguant une violation de l'article 1351 du C. civ. Le pourvoi fut rejeté sur ce point, au motif que « l'action nouvelle étant fondée sur une autre cause ne se heurtait pas à la chose précédemment jugée sur le fondement des textes anciens ». Ce qui signifie qu'en raison de la libéralisation du régime de l'action en recherche de paternité, il était possible à une partie qui n'avait pu surmonter l'obstacle de la recevabilité à cause de la sévérité du système ancien, d'introduire une nouvelle demande lorsque la loi nouvelle plus permissive supprime cet obstacle.

En clair, l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à la question discutée, ce qui a été réellement jugé, à savoir la recevabilité de l'action et non la vérité de la filiation.

Comme le souligne le professeur HAUSER, « le raisonnement pourra laisser quelque peu perplexe même si le but est tout à fait louable »<sup>3</sup>. En effet, s'il est louable d'éviter que l'action

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 sept. 2005, n° 02-15.586, Bull. civ. I, n° 340 ; D. 2006, p. 207 note M. LAMARCHE ; RTD civ. 2005, p. 769, obs. J. HAUSER ; Dr. fam. 2005, comm. 239, note P. MURAT.

<sup>2</sup> Il faut souligner que la loi nouvelle s'appliquait aux enfants, peu importe qu'ils soient nés avant ou après son entrée en vigueur.

<sup>3</sup> J. HAUSER, RTD civ. 2005, p. 769 et s., obs. sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 sept. 2005.

intentée par la mère durant la minorité de l'enfant, quelquefois avec une certaine légèreté<sup>1</sup>, n'empêche ce dernier devenu majeur de la possibilité d'établir sa filiation, il est pour le moins douteux de ne pas retenir une identité de cause lorsque l'action nouvelle se fonde sur le même article de loi autrement rédigé.

Certes, la vérification juridictionnelle s'est arrêtée à la recevabilité de l'action, mais la question litigieuse qui nécessitait cette vérification préalable n'a guère évolué et consiste toujours, dans l'instance initiale comme dans la nouvelle à établir une filiation paternelle. On faisait remarquer pour justifier cette solution que la Cour de cassation n'avait fait qu'adopter une conception juridique de la cause<sup>2</sup>. Mais, une telle analyse tiendrait-elle encore depuis l'arrêt Césaréo<sup>3</sup> qui a réduit la cause à sa dimension factuelle à savoir le contexte événementiel, c'est-à-dire l'ensemble des faits générateurs qui justifient la demande<sup>4</sup> ?

En effet, depuis cet arrêt, il y aurait identité de cause dès lors que des demandes successives visent à obtenir un même effet juridique en partant des mêmes faits générateurs<sup>5</sup> ; la seule différence de moyens ne suffirait à entraîner une non-identité de cause. Dans notre hypothèse, la cause est la même dès lors que l'enfant, en partant de l'existence de relations charnelles entre sa mère et le défendeur au cours de sa période légale de conception, réclame la consécration d'un même lien de filiation, et ce, peu importe le moyen nouveau tiré du changement normatif.

Postérieurement à la jurisprudence Césaréo, on a pu recenser deux arrêts de la Cour de cassation traitant à nouveau de la même problématique.

Dans un arrêt du 6 mai 2009<sup>6</sup>, la Cour de cassation, dans des faits analogues à l'arrêt du 21 septembre 2005, avait censuré le raisonnement des juges du fond qui, pour opposer l'autorité de la chose jugée à l'action nouvelle intentée par l'enfant devenu majeur avaient qualifié le jugement initial déclarant irrecevable l'action en recherche de paternité exercée par la mère, de décision au fond tranchant la question de la paternité potentielle.

---

<sup>1</sup> La jurisprudence regorge d'arrêts constatant la forclusion de l'action en recherche de paternité exercée par la mère durant la minorité de l'enfant. N'aurait-il pas été judicieux, même en cas d'infime doute que la mère renonçât à exercer une telle action au nom du mineur pour préserver intactes les chances de ce dernier d'exercer avec succès une telle action à sa majorité. Pour illustration, voir par exemple les faits ayant conduit à l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 2009 (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264).

<sup>2</sup> P. MURAT, *Dr. fam.* 2005, comm. 239, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 sept. 2005.

<sup>3</sup> Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, *Bull. civ.*, Ass. Plén., n° 8 ; *JCP (G)* 2007, II, 10070, note G. WIEDERKEHR ; *Dr. et patrimoine*, févr. 2007, p. 113, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *Dr. et proc.* 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; *RTD civ.* 2006, p. 825, obs. R. PERROT.

<sup>4</sup> Comme le note un auteur, « loin de se réduire au seul fondement juridique invoqué et au complexe de faits correspondant, la cause est plus globalement appréhendée en considération de la chose demandée ». L. WEILLER, *D.* 2006, p. 2135, note sous Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006.

<sup>5</sup> La cause devient une articulation entre les faits générateurs et l'effet juridique qu'on souhaite faire produire à ces faits générateurs. Cette nouvelle conception de la cause la confond avec l'objet de la demande. Voir, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 108, n° 20.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264 ; *D.* 2010, pp. 1442-1449, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, *RTD civ.* 2009, p. 518, note J. HAUSER.

Pour la Cour de cassation, « en statuant ainsi, alors que l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement et a été tranché dans son dispositif, la cour d'appel, qui a dénaturé la décision de première instance rendue en 1994 et méconnu la portée de la chose jugée par celle-ci, a violé les textes susvisés ». Ce qui signifie *a contrario* que la loi nouvelle permissive permettait à l'enfant d'intenter à nouveau une action en recherche de paternité, sans qu'on puisse valablement lui opposer l'autorité de la chose jugée. Les juges du droit n'ont certes pas fondé le raisonnement sur l'absence d'une identité de cause entre l'action initiale et l'action nouvelle, mais le résultat pratique laisse augurer un attachement de la première chambre civile à la conception juridique de la cause, alors même qu'elle était invitée depuis la jurisprudence Césaréo, à adopter une conception factuelle.

Cette intuition trouve confirmation dans un arrêt du 20 mars 2013 dans lequel, la première chambre civile de la Cour de cassation jugeant encore une situation analogue aux deux arrêts précédemment évoqués, a approuvé une Cour d'appel qui « ayant relevé que la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 avait modifié l'article 340 du Code civil en supprimant les cas d'ouverture de l'action en recherche de paternité et en les remplaçant par l'exigence de présomptions ou indices graves » avait « déduit que l'action en recherche de paternité dont elle était saisie, fondée sur ces nouvelles dispositions, ne se heurtait pas à l'autorité de la chose jugée attachée à l'arrêt du 9 janvier 1992 »<sup>1</sup>.

On retient alors qu'à contre-courant de l'interprétation extensive de la cause amorcée par la jurisprudence Césaréo, la première chambre civile continue, en matière de filiation, d'adopter une conception restrictive et par un effet mécanique restreint de manière discutable la force de la chose jugée. Pointant les dangers d'une telle révision des traitements juridictionnels définitifs pour survenance d'une loi nouvelle plus favorable, un éminent auteur relevait que « l'engrenage de la remise en cause de l'autorité de la chose jugée, ou son interprétation restrictive, est un reflet de l'anachronisme ambiant de notre société (sa prétention ?), laquelle passe son temps à juger d'actions passées et à refaire l'histoire. *L'équité rétroactive est un puits sans fond dans lequel se perdra la jurisprudence*. Quant à dire que tout cela renforce le respect de la loi (et l'art. 2 c. civ. ?) et de l'autorité des décisions judiciaires, on ne s'y risquera pas »<sup>2</sup>.

À travers la mobilisation de ces techniques d'interprétation, les certitudes de stabilité des traitements issus de la théorie sont ébranlées. L'instabilité des traitements devient une réalité qu'il ne faudrait toutefois pas exagérer.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 2013, n° 12-11.799 ; RJPF, 2013, n° 6, p. 29.

<sup>2</sup> J. HAUSER, *La chose jugée sur une action en recherche de paternité naturelle : de l'équité rétroactive et de ses risques*, RTD civ, 2009, p. 518 et s.

L'auteur se demandait à raison, à quel titre nous pouvions prétendre avec nos certitudes actuelles refaire l'histoire : « Mais enfin, va-t-on refaire l'histoire juridique en rouvrant toutes sortes d'actions parce qu'à l'époque où elles avaient été jugées le droit n'était pas satisfaisant en appliquant rétroactivement nos certitudes de 2009 ».

## 2) La portée des solutions issues de la mobilisation des techniques d'interprétation

**136.** En partant des arrêts précités qui sous couvert d'artifices d'interprétation ont abouti à la consécration d'un pouvoir judiciaire de révision pour changement normatif, il faudrait souligner que la configuration particulière de leur cadre conflictuel interdit la généralisation de telles révisions. En effet, il ressort de manière certaine des arrêts étudiés que la révision pour changement normatif ne peut porter que sur des traitements arrêtés, sans aucune discussion concernant le fond.

Ainsi, la chose jugée sous l'empire de la loi ancienne peut être remise en cause, uniquement si le jugement initial déboutant la partie qui a pris l'initiative de l'instance nouvelle ne s'est pas prononcé au fond en raison de l'existence d'une fin de non-recevoir<sup>1</sup>. Ce qui laisserait à penser que lorsque la décision initiale s'était prononcée sur le bien-fondé de la demande, c'est-à-dire a réalisé un examen sur le fond du droit allégué, la loi nouvelle ne pourrait sans méconnaître l'autorité de la chose jugée, permettre l'exercice de nouvelles actions relativement à la même difficulté.

Par exemple, lorsque par le passé l'action en recherche de paternité avait été jugée recevable et que les juges au regard des moyens de preuve admis à l'époque avaient rejeté la paternité du défendeur, cette décision devenue irrévocable ne pourra être remise en cause par la survenance d'une loi nouvelle plus douce qui permettrait le recours à l'expertise biologique.

On pourrait justifier la limite apportée à l'autorité des jugements prononçant l'irrecevabilité de l'action en justice de la manière suivante : lorsqu'un défendeur oppose avec succès une fin de non-recevoir à l'action du demandeur, l'autorité de la chose jugée se limite uniquement à la question de la recevabilité de cette action et ne peut s'étendre au fond du droit.

Le demandeur débouté ne peut en principe, en raison de l'autorité de cette décision d'irrecevabilité, introduire une nouvelle instance portant sur la même question litigieuse, sauf hypothèses dans lesquelles une régularisation de la situation reste possible (art. 126 du CPC).

En effet, si la situation est susceptible d'être régularisée, l'irrecevabilité sera écartée, parce que l'obstacle à l'action sera levé et donc, une nouvelle instance pourrait valablement être introduite. On pense, par exemple, au cas d'une demande jugée irrecevable en raison d'un défaut de qualité pour agir, qualité qui serait par la suite acquise. Ainsi, il a été jugé que l'autorité de la chose jugée d'une décision qui avait rejeté l'action en la jugeant irrecevable n'est pas remise en cause si, par la suite, ayant acquis la qualité pour agir, le plaideur s'adresse de nouveau au juge<sup>2</sup>. Dans ce cas, il n'y aura nullement méconnaissance de l'autorité du

<sup>1</sup> On peut définir la fin de non-recevoir comme étant un « moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond » (art. 122 du CPC). Il ne s'agit pas de contester le droit allégué, mais de faire reconnaître par le juge l'absence de droit d'agir en justice du demandeur. Le juge alors ne se prononce que sur la recevabilité de la demande, c'est-à-dire la possibilité d'agir en justice ; on s'intéresse à l'action dépouillée de son fondement juridique qui est le droit substantiel revendiqué.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 déc. 2010, n° 09-71.575, RTD civ. 2011, p. 170, obs. R. PERROT.

jugement initial constatant l'irrecevabilité puisque la situation a changé. Le jugement initial constate l'existence d'un obstacle tandis que le nouveau jugement en déclarant l'action recevable constate l'absence d'obstacle ; d'irrecevable, l'action devient recevable.

On pourrait alors considérer, malgré l'opposition d'une partie de la doctrine<sup>1</sup>, que la loi nouvelle parce qu'elle supprime l'obstacle lié à l'exercice de l'action, permet de régulariser les situations anciennes qui n'ont pu passer l'étape de la recevabilité. Ce qui revient à ressusciter le conflit pour que soit discuté et tranché sous l'empire de la loi nouvelle, le fond. *In fine*, on aboutit à la consécration d'un droit à discuter du fond de la demande toutes les fois que le législateur par le biais de la loi nouvelle vient supprimer l'obstacle de la recevabilité. Autrement dit, à chaque fois que le législateur prévoit des délais de forclusion à l'exercice d'une action, le respect de ces délais conduit simplement à mettre en sommeil l'action en justice, qui, parce que la paix sociale l'impose, devrait ne jamais accéder à l'état d'éveil ; l'échec est en principe définitif. Mais, au regard de cette jurisprudence de la Cour de cassation qui admet les actions nouvelles en raison de la permissivité de la loi nouvelle, on peut conclure que l'échec, en raison de la forclusion, n'est en réalité que temporaire.

**137.** Les potentialités d'une telle jurisprudence sont vertigineuses. Par exemple, si une loi nouvelle venait dans un futur plus ou moins proche supprimer l'interdiction de l'établissement du double lien de filiation au profit de l'enfant incestueux, il serait alors permis de revenir sur les jugements qui avaient refusé l'établissement d'un double lien de filiation notamment par le biais de l'adoption.

De même, en matière de filiation où la plupart des délais prévus par le législateur pour exercer les actions constituent des fins de non-recevoir<sup>2</sup>, tout un chacun aurait un droit à l'établissement de son rapport de filiation et le défendeur à une telle action ne pourrait prétendre à une sécurité juridique, tant qu'aucun juge ne se serait prononcé sur le fond.

On pourrait également imaginer, si cette jurisprudence se perpétue, que l'amant qui prétend être le véritable père, mais qui fut débouté de son action en contestation de la paternité du mari au motif que l'enfant en question a une possession d'état conforme au titre depuis au moins cinq ans, pourra si cette fin de non-recevoir est supprimée par une législation nouvelle, exercer à nouveau une action en contestation de la paternité de l'enfant sans qu'on puisse lui opposer l'autorité de la chose jugée tirée du jugement initial.

---

<sup>1</sup> Commentant la possibilité de régularisation prévue à l'article 126 du CPC, des auteurs relèvent que les fins de non-recevoir liées à l'expiration d'un délai de procédure ne peuvent être régularisées parce qu'« on ne peut pas remonter le temps ». J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2012, p. 129, n° 148.

<sup>2</sup> La plupart des délais prévus dans le titre VII du Code civil relatif à la filiation constituent en réalité des fins de non-recevoir, c'est-à-dire des obstacles procéduraux qui empêchent de saisir valablement le tribunal ; le fond (la question de la vérité sur la filiation) n'est pas discuté.

L'action « au fil de l'eau »<sup>1</sup>, que cette jurisprudence institue, permet en réalité de faire éclater la vérité de la filiation étouffée par le poids de la paix sociale qui commande ces délais. Il est devenu plus important d'attribuer à chacun son véritable rapport de filiation, peu importe le trouble qui sera porté à la stabilité des jugements passés en force de chose jugée ou à la paix des familles. Or, la logique compassionnelle qui consiste à contourner l'autorité de la chose jugée par le biais d'une distinction entre la recevabilité et le bien-fondé de l'action<sup>2</sup> poussée à l'extrême risque de réduire à néant l'impératif de sécurité juridique<sup>3</sup>. Le droit peut et doit évoluer pour s'adapter aux réalités nouvelles ; en ce sens, nul ne peut prétendre à son immutabilité, puisque « la norme juridique n'est jamais placée sous le sceau de l'éternel »<sup>4</sup>. Mais lorsque cette évolution, aussi douce soit-elle, remonte fictivement le temps et ressuscite les causes finies, on ne peut que marquer notre circonspection, car il ne faut pas oublier que la douceur de la loi pour les uns se révèle d'un goût amer pour d'autres.

Partant, il apparaît essentiel que lorsqu'un conflit d'intérêts reçoit une réponse devenue définitive du fait de l'épuisement des voies de recours, de ne plus pouvoir remettre en cause un tel traitement. Admettre le contraire reviendrait à ruiner la force de la chose jugée dont la clarté et la fermeté sont indispensables à la sécurité et à la stabilité de la vie juridique.

Si par le truchement d'artifices d'interprétation les juges réussissent à faire primer les considérations d'équité sur l'impératif de sécurité juridique qui suppose une stabilité des traitements, il convient de signaler que l'invocation de certains droits fondamentaux est susceptible de produire des effets similaires.

## **B — LA STABILITÉ DES TRAITEMENTS MALMENÉE PAR L'INVOCATION DES DROITS FONDAMENTAUX**

<sup>1</sup> Cette expression est empruntée au professeur J. HAUSER. Voir, J. HAUSER, *op. cit.*, RTD civ, 2009, p. 518 et s.

<sup>2</sup> Il s'agit d'un subterfuge, car au travers d'une analyse rigoureuse, on retient forcément que l'irrecevabilité de l'action met définitivement fin au procès, car il constate que le droit ne pourra être juridiquement réalisé. Reprendre le procès sous prétexte que l'obstacle qui empêchait de discuter du fond est levé est un argument fallacieux qui revient à nier le rôle du temps dans la résolution des conflits.

<sup>3</sup> Finasserie pour finasserie, on pourrait considérer que la prochaine étape consistera à prétendre que l'autorité de la chose jugée au fond se limite à la vérité de la vérification juridictionnelle. Ainsi, les jugements anciens en matière de filiation qui ne correspondraient pas à la vérité biologique pourraient être remis en cause parce que l'expertise biologique est de droit. Comme le relève un auteur, « échapper à une action en recherche de paternité ne serait plus qu'un privilège des défunts mis à l'abri de l'expertise biologique par la loi bioéthique du 6 août 2004 ». M. Lamarche, *Les lois passent... l'autorité de la chose jugée trépasserait ?*, D. 2006, p. 207, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 sept. 2005.

<sup>4</sup> J. CHEVALLIER, « L'interprétation des lois », in, G. FAURÉ, G. KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 140.

**138.** La préservation de la sécurité juridique est bien souvent l'argument d'autorité invoquée pour empêcher les normes nouvelles de produire des effets sur des traitements définitivement fixés. Il paraît alors naturel, pour la partie qui souhaite obtenir la révision d'un traitement en raison d'un changement normatif, d'opposer à cet impératif de sécurité juridique un argument juridiquement plus fort ou du moins d'un poids équivalent. C'est alors que l'exigence de respect de certains droits fondamentaux est alors invoquée au secours de demandes de révision pour changement normatif.

Après avoir présenté ce procédé qui consiste à élever un conflit entre les droits fondamentaux et l'impératif de sécurité juridique afin de faire remonter les effets d'une norme nouvelle au-delà des limites posées par le droit transitoire (1), il conviendra d'examiner l'accueil qui est réservé par les juridictions à un tel procédé de contournement de l'impératif de sécurité juridique (2).

### **1) La potentialité d'un conflit entre les droits fondamentaux et l'objectif de sécurité juridique**

**139.** L'élévation d'un conflit entre les droits fondamentaux et l'objectif de sécurité juridique dans le but de faire remonter les effets d'une norme nouvelle au-delà des limites posées par le droit transitoire est rendue possible, en raison de l'imprécision et de la malléabilité de ces droits fondamentaux qui tour à tour peuvent être invoqués au secours de l'impératif de sécurité juridique (a) ou à son encontre (b).

#### ***a) La conformité de l'objectif de sécurité juridique avec les droits fondamentaux***

**140.** L'impératif de sécurité juridique qui traduit ici l'idée selon laquelle l'application de la norme nouvelle, ne doit pas déjouer les prévisions des justiciables trouve son siège dans le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Même si aucune disposition textuelle ne fait explicitement référence à l'impératif de sécurité juridique, la Cour E.D.H, en raison de la « prééminence du droit » que consacre la Convention en son préambule en a fait un principe général d'interprétation des dispositions conventionnelles. Ainsi, elle a pu retenir que le « principe de sécurité juridique nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire » s'opposait à ce qu'un changement normatif — en l'occurrence une interprétation prétorienne nouvelle — remette en cause les successions déjà liquidées<sup>1</sup>. Or, la consécration de la

---

<sup>1</sup> CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74 spéc. §-58 ; GACEDH, 2011, n° 51 ; JDI 1982, p. 183, note P. ROLLAND.

prééminence du droit passant nécessairement par une protection adéquate contre l'arbitraire, c'est tout naturellement que la Cour a rattaché l'impératif de sécurité juridique au droit au procès équitable garanti à l'article 6 §-1 de la Convention.

Ainsi, la Cour E.D.H a pu retenir que « l'un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit, à la lumière de laquelle s'interprète le droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1, est le principe de la sécurité des rapports juridiques. Ce principe implique, entre autres, que la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause »<sup>1</sup>.

Le droit au procès équitable peut alors servir de fondement à l'objectif de sécurité juridique et partant, permet d'interdire la remise en cause des traitements définitivement arrêtés du fait de la survenance d'une norme nouvelle. En droit interne, la Cour de cassation a également fait sienne cette jurisprudence, puisque dans une affaire relative au changement du régime de la prescription en matière d'atteinte à la présomption d'innocence, elle a pu, au nom de la sécurité juridique, limiter les effets d'une jurisprudence nouvelle aux procès futurs<sup>2</sup>. Ce qui signifie que l'interprétation prétorienne nouvelle n'est pas applicable aux procès définitivement terminés ni aux procès en cours, y compris à l'instance au cours de laquelle elle a été consacrée.

Toutefois, faire de l'article 6 §-1 un fondement à l'impératif de sécurité juridique peut s'avérer contre-productif, puisque le droit à un procès équitable suppose avant tout un droit à un recours effectif. Or, la notion est suffisamment malléable pour être exploitée à l'encontre de l'objectif de sécurité juridique. Le cas d'une loi nouvelle venant supprimer une fin de non-recevoir, obstacle à l'exercice d'une action en justice, constitue l'exemple typique.

En effet, il pourrait être soutenu que l'objectif de sécurité juridique qui empêche un litigant de porter à nouveau la même affaire devant le juge afin qu'il soit statué pour la première fois sur le fond, constitue une atteinte au droit au recours effectif garanti à l'article 6 §-1 de la Convention.

Face à l'ambiguïté du fondement, il serait plus judicieux de rattacher l'objectif de sécurité juridique à un autre droit garanti par la Convention. On pourrait par exemple préserver l'objectif de sécurité juridique à travers la notion « d'espérance légitime » que la Cour européenne rattache à l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1 de la Convention<sup>3</sup>. En effet, au regard du droit interne, les réponses juridictionnelles apportées à un litige une fois l'épuisement des

<sup>1</sup> CEDH, 26 mai 2011, *Legrand c. France*, n° 23228/08 spéc. §-33.

<sup>2</sup> « Si c'est à tort que la cour d'appel a écarté le moyen de prescription [...], la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6, paragraphe 1er, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en lui interdisant l'accès au juge. » Cass., Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, RTD civ., 2007, p. 168, note P. THÉRY ; JCP (G) 2007, I, 210, chron., B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER. - Rappr. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426.

<sup>3</sup> CEDH, gr. ch., 6 oct. 2005, *Maurice c. France*, n° 11810/03, § 63.

voies de recours intervenu, deviennent irrévocables ; la réponse juridictionnelle est définitivement acquise et les parties peuvent légitimement s'en prévaloir. Permettre à la loi nouvelle d'y porter atteinte, revient à méconnaître les espérances légitimes que les parties ont pu placer dans la décision judiciaire.

En définitive, l'objectif de sécurité juridique serait préservé de manière indirecte à travers l'invocation de certains droits fondamentaux au rang desquels figurent le droit au procès équitable et le droit au respect des biens<sup>1</sup>. Cependant, parce que l'interprétation d'autres droits fondamentaux peut s'inscrire en contradiction de l'impératif de sécurité juridique, il est permis de voir dans ces droits fondamentaux un obstacle à la stabilité temporelle des traitements. Avant de s'intéresser à la réalité de ce risque, il convient d'identifier les droits fondamentaux concernés.

### ***b) La contrariété entre l'objectif de sécurité juridique et certains droits fondamentaux***

141. D'un côté, il convient de rappeler que lorsque le législateur détermine en droit de la famille les modalités d'application des lois dans le temps, il se montre de manière générale, respectueux de l'impératif de sécurité juridique et évite de troubler les situations établies de longue date. Cet impératif de sécurité juridique, comme il a été souligné, a une valeur conventionnelle, puisque l'interprétation de certains droits fondamentaux lui permet d'avoir une assise juridique.

De l'autre, il ne faut pas perdre de vue que le législateur se doit également de respecter tous les droits fondamentaux et que la poursuite de l'impératif de sécurité juridique ne saurait justifier leur méconnaissance. Or, l'interprétation d'autres droits fondamentaux peut en revanche s'avérer incompatible avec un tel impératif. Tel est le cas du droit au recours effectif qui dans des circonstances précédemment développées peut être invoqué à l'encontre de l'objectif de sécurité juridique. Mais de manière générale, c'est surtout à travers la mobilisation du principe d'égalité et de non-discrimination<sup>2</sup> que l'on tente de porter l'estocade à la stabilité des traitements en cas de changement normatif. D'ailleurs, le procédé consiste à présenter la différence de traitement qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps comme constituant une rupture de l'égalité ou une discrimination. Ainsi,

---

<sup>1</sup> À cet égard, il convient de souligner que la Cour a rappelé que la notion de « biens » visée par cet article a une portée autonome qui ne se limite ni à la propriété de biens corporels ni aux qualifications formelles du droit interne. Les « droits » et « intérêts » constituant des actifs peuvent aussi être considérés comme des « droits de propriété » et donc des « biens ». Voir par exemple, CEDH, gr. ch., 5 janv. 2000, *Beyeler c. Italie*, n° 33202/96, § 100.

<sup>2</sup> Sur la nécessité pour le législateur de respecter ces droits fondamentaux en droit transitoire, voir, N. BAREÏT, *Le droit transitoire de la famille*, op. cit., p. 527 et s.

lorsque la loi nouvelle est plus favorable et que le législateur par le biais de dispositions transitoires prive, dans un souci de sécurité juridique, certaines personnes de son bénéfice, ces dernières n'hésiteront pas à remettre en cause cette prévalence accordée à l'impératif de sécurité juridique en invoquant une rupture de l'égalité de tous devant la loi. S'élève alors un conflit de droits fondamentaux<sup>1</sup> que le juge devra résoudre.

## **2) La résolution des conflits entre les droits fondamentaux et l'objectif de sécurité juridique**

**142.** L'analyse de la jurisprudence relative à la résolution des conflits entre les droits fondamentaux et l'impératif de sécurité juridique montre que les magistrats ont renoncé à faire prévaloir de manière dogmatique et inflexible l'un de ces impératifs sur l'autre. Ils optent plutôt pour une méthode pragmatique de pesée des impératifs contradictoires (a). Au regard des quelques arbitrages qui ont eu lieu entre ces deux impératifs, il conviendra d'en tirer des enseignements afin de préciser les circonstances dans lesquelles l'allégation d'une rupture d'égalité ou d'une discrimination est susceptible d'être accueillie et provoquer *in fine* la révision des traitements acquis (b).

### ***a) La nécessaire pesée des impératifs contradictoires***

**143.** Face au conflit entre l'impératif de sécurité et l'interprétation donnée à certains droits fondamentaux, même si la Cour de cassation manifeste une préférence pour l'impératif de sécurité juridique, elle ne se montre pas hermétique à toute idée de conciliation de ces impératifs.

En effet, dans un arrêt du 12 avril 2012 relatif à une QPC portant sur les dispositions transitoires de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, elle a pu décider que « (...) la différence de traitement qui résulte de la succession de deux régimes juridiques dans le temps n'étant pas, **en soi**, contraire au principe d'égalité »<sup>2</sup>.

Ce qui signifie qu'au moment de l'articulation de deux époques juridiques, si le législateur dans un souci de préservation de la paix des familles doit tendre vers l'exigence de sécurité juridique, un tel objectif doit néanmoins être concilié avec d'autres impératifs tout aussi importants à l'instar des droits fondamentaux.

Qu'on partage ou non cette interprétation de la solution de la Cour de cassation, on ne peut ignorer qu'à l'heure actuelle, c'est vers une conciliation entre l'objectif de sécurité juridique

<sup>1</sup> Sur les conflits de droits fondamentaux, voir, P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2011.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 avr. 2012, n° 11-25.205, RTD civ., 2012, p. 520, obs. J. HAUSER.

et le respect des droits fondamentaux que tend le droit positif, surtout après un récent arrêt de la Cour E.D.H.<sup>1</sup>.

Pour appréhender le raisonnement tenu par la Cour dans cet arrêt, et comprendre en quoi il induit une nécessaire conciliation entre l'objectif de sécurité juridique et le respect des droits fondamentaux, il est indispensable de revenir brièvement sur la configuration factuelle de l'espèce.

Les faits ayant conduit au litige étaient les suivants. Une femme mariée donna naissance en 1943 à son troisième enfant, fruit d'une relation adultère. Elle ne procéda pas à sa reconnaissance, ce qui permit à son amant de reconnaître l'enfant dès sa naissance. En instance de séparation, les époux procédèrent en 1970 à une donation-partage de leurs biens entre leurs deux enfants légitimes et déclarèrent à l'acte, ne pas avoir d'enfants autres que les deux donataires. En 1983, la filiation maternelle de l'enfant adultérin fut judiciairement établie à l'égard de la femme mariée parce que l'enfant adultérin jouissait à son égard d'une possession d'état d'enfant naturel.

L'année suivante, l'enfant adultérin émit le souhait de faire opposition à la donation-partage consentie en 1970. Son avocat l'informa alors de l'impossibilité actuelle de contester un tel acte, car en vertu du droit en vigueur, une donation-partage ne pouvait être contestée du vivant du donateur ; ce n'est qu'au décès du donateur, et dans les cinq années suivant ce décès, qu'il pourra engager une action en réduction de la donation-partage.

En 1994, la mère des enfants décéda. Étant informé de l'intention du benjamin de contester l'acte de donation-partage, le notaire en charge de la succession lui rappela qu'en qualité d'enfant adultérin, il n'avait droit qu'à la moitié de ce qu'il aurait recueilli s'il avait été légitime.

En 1998, ce dernier assigna ses demi-frères en justice en vue d'obtenir des droits successoraux équivalents. Mais entre temps, le paysage juridique fut modifié suite à la condamnation de la France pour discrimination successorale dans l'arrêt *Mazurek* rendu par la Cour E.D.H. En effet, suite à cette condamnation, le législateur par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 a accordé aux enfants adultérins des droits successoraux identiques à ceux des enfants légitimes. Cette loi nouvelle entra en vigueur alors que le procès intenté par l'enfant adultérin contre ses demi-frères était toujours en cours. Or, d'après les dispositions transitoires contenues dans cette loi, sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables, les dispositions relatives aux nouveaux droits successoraux des enfants naturels, dont le père ou la mère était au temps de la conception engagé dans les liens du mariage, étaient applicables aux successions non liquidées. Pour ce faire, il fallait que

---

<sup>1</sup> CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08 ; D. 2013, p. 434, obs. I. GALLMEISTER ; Dr. fam. 2013, focus 11, obs. M. LAMARCHE ; D. 2013, Pan. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2014, étude 12, spéc. n° 5, obs. A. GOUTTENOIRE.

ces successions soient ouvertes au moment de la publication de la loi au Journal officiel (4 décembre 2001), et qu'elles n'aient pas donné lieu à partage avant cette date (article 25— II de la loi de 2001).

Par un jugement du 6 septembre 2004, le tribunal de grande instance de Béziers accueillit les prétentions de l'enfant adultérin. Invoquant les dispositions transitoires de la loi de 2001, le tribunal retient en l'espèce que la succession de la mère n'ayant pas encore été liquidée, la loi nouvelle était donc applicable à cette instance. Partant, la réduction des droits successoraux des enfants adultérins instituée par l'ancienne loi était contraire aux articles 8 et 14 de la Convention. Les défendeurs interjetèrent appel.

Par un arrêt du 14 février 2006, la Cour d'appel de Montpellier infirma le jugement du tribunal de grande instance de Béziers. S'appuyant sur une jurisprudence bien établie de la Cour de cassation selon laquelle la donation-partage devient un partage successoral par le décès du donateur, la Cour d'appel retient que la succession de la mère des litigants est à la fois ouverte et définitivement liquidée au jour du décès de cette dernière, soit le 28 juillet 1994. Or, les dispositions transitoires susvisées excluent l'application de la loi nouvelle en présence d'une succession déjà liquidée, avant son entrée en vigueur. Le présent litige devra donc être tranché en application de la loi ancienne qui instaure une inégalité successorale entre enfants légitimes et adultérins. Ayant été débouté, l'intimé se pourvut en cassation.

Par un arrêt du 14 novembre 2007<sup>1</sup>, la Cour de cassation rejeta le pourvoi en reprenant l'argumentation de la Cour d'appel. La succession litigieuse étant déjà liquidée, la loi nouvelle qui proclame l'égalité successorale des enfants n'est pas applicable.

Après ce dernier échec devant les juridictions françaises, le requérant se tourna vers la Cour E.D.H. Par un arrêt de Chambre en date du 21 juillet 2011, le requérant fut débouté par la Cour qui avait retenu l'absence de violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. En effet, l'arrêt de la Chambre avait retenu que le droit interne poursuivait le but légitime de garantir le principe de sécurité juridique et les droits acquis de longue date par les enfants légitimes. Les juges européens ayant statué laissèrent entendre que contrairement à la configuration d'espèce ayant donné lieu à l'arrêt *Mazurek*, la succession était dans la présente affaire définitivement liquidée. Ce qui signifie que la prévalence de l'exigence de sécurité juridique sur les droits fondamentaux aurait été jugée disproportionnée en présence d'une succession non encore liquidée. Face à ce nouvel échec, le requérant demanda le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre.

Pour la Grande Chambre en revanche, même si on pouvait considérer la succession comme déjà liquidée<sup>1</sup>, le désavantage successoral subi par le requérant en sa qualité d'enfant adultérin

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 nov. 2007, n° 06-13.806, RTD civ., 2008, p. 90, note J. HAUSER ; RTD civ., 2008, p. 333, note M. GRIMALDI.

constitue bien une discrimination dans la jouissance du droit au respect des biens (art. 14 combiné avec l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1).

Avant de parvenir à une telle solution, la Cour commença par rappeler que les discriminations successorales fondées sur les circonstances de la naissance ont commencé à disparaître du fait de l'interprétation évolutive du principe d'égalité et de non-discrimination, amorcée à travers l'arrêt *Marckx* puis complétée par d'autres arrêts à l'instar de l'arrêt *Mazurek*<sup>2</sup>. La Cour souligna ensuite que sous l'influence de son œuvre prétorienne, les droits des États membres ont de plus en plus tendu vers l'égalité des enfants en matière successorale<sup>3</sup> à tel point qu'aujourd'hui, « seules de très fortes raisons peuvent amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage »<sup>4</sup>.

En l'espèce, la Cour relève que l'État français justifie la discrimination successorale à laquelle on aboutit en l'espèce, à la fois par la nécessité de préserver la paix des familles et par la nécessité de préserver les droits acquis des tiers. Cependant, la Cour ne retient que la nécessité de préserver les droits acquis des tiers comme argument valable pouvant justifier une discrimination successorale, car selon elle, la négation des droits héréditaires de l'un ou de plusieurs des membres d'une famille n'est pas susceptible de contribuer au renforcement de l'entente familiale<sup>5</sup>.

Puisque la Cour reconnaît qu'il existe une raison valable pouvant justifier la discrimination successorale, elle va ensuite se livrer à une pesée entre l'objectif de sécurité juridique matérialisé en l'espèce par la protection des droits acquis des demi-frères à la succession, et l'impératif d'égalité successorale. Mais, après avoir souligné, d'une part, que les droits successoraux des demi-frères n'étaient pas définitivement acquis, puisque la loi ancienne prévoyait l'exercice d'une action en réduction de la donation-partage dans un délai de cinq ans à compter du décès du donateur, et d'autre part que les demi-frères n'ignoraient pas l'existence du requérant ni son intention de remettre en cause l'acte de donation-partage<sup>6</sup>, la Cour arrive à la conclusion suivante : « le but légitime de la protection des droits successoraux du demi-frère et de la demi-sœur du requérant n'était pas d'un poids tel qu'il dût l'emporter sur la prétention du requérant d'obtenir une part de l'héritage de sa mère »<sup>7</sup>. La Cour retient donc une violation de l'article 14 combiné avec l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1. Ce qui signifie que le besoin d'équité travesti en droit fondamental à la non-discrimination

---

<sup>1</sup> La position de la Cour E.D.H. sur ce sujet n'est pas très nette dans l'arrêt. Elle semble considérer que la succession était bien liquidée, mais que les droits qui découlaient du partage pour chacun des héritiers n'étaient pas encore irrévocables en raison des dispositions du droit interne qui prévoyaient une action en réduction de la donation-partage dans un délai de cinq ans à compter du décès du donateur.

<sup>2</sup> CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08, §-57, *précit.*

<sup>3</sup> Ce qui signifie que la marge d'appréciation des États est relativement étroite en la matière.

<sup>4</sup> *Ibidem*, §-59

<sup>5</sup> *Ibidem*, §-66

<sup>6</sup> *Ibidem*, §-68

<sup>7</sup> *Ibidem*, §-70

l'emporte sur la sécurité juridique. Très récemment, la même logique a conduit la Cour E.D.H. à admettre au nom du droit au respect de la vie privée des enfants issus d'une gestation pour autrui, la remise en cause d'une réponse juridictionnelle déjà fixée<sup>1</sup>.

En fin de compte, en faisant de la conciliation une méthode de résolution du conflit entre l'impératif de sécurité juridique et les droits fondamentaux, les juges européens refusent d'établir une hiérarchie inflexible et dogmatique entre ces deux impératifs. Une pesée concrète doit donc être réalisée au cas par cas, en fonction de la particularité de chaque espèce. Cependant, de la fécondité du raisonnement de la Cour dans cet arrêt *Fabris c. France*, il convient de tirer des enseignements susceptibles de renseigner sur les circonstances dans lesquelles le respect des droits fondamentaux est de nature à primer sur l'objectif de sécurité juridique. En d'autres termes, il convient de recomposer le paysage juridique afin de déterminer les hypothèses dans lesquelles l'invocation des droits fondamentaux est susceptible de permettre la révision des traitements acquis.

#### ***b) L'appréhension des critères déterminant l'issue de la pesée***

**144.** Dans l'affaire *Fabris c. France*, il n'était pas question de modifier une décision de justice passée en force de chose jugée, mais un arbitrage privé définitif entre intérêts patrimoniaux. Cependant, si l'invocation des droits fondamentaux peut conduire à la remise en cause d'arbitrages privés en dépit du souci légitime de préserver les droits acquis des parties, elle est susceptible de produire des effets similaires sur les arbitrages juridictionnels, s'il apparaît à la pesée que l'objectif de protection des droits acquis est d'un poids inférieur à l'intérêt attaché à la protection des droits fondamentaux. En synthétisant les apports de l'arrêt *Fabris c. France*, il est possible d'établir un pronostic objectif du résultat des pesées.

Le principe en la matière, comme l'ont rappelé les juges de Strasbourg, devrait être le respect des droits fondamentaux — non-discrimination ou non-rupture de l'égalité, droit à un recours effectif — y compris lorsque le législateur procède à l'articulation de deux époques juridiques.

Cependant, d'importantes raisons peuvent justifier qu'il soit porté atteinte à ces droits fondamentaux. Et dans l'hypothèse d'une révision des traitements juridictionnels des conflits

---

<sup>1</sup> Voir, CEDH, 21 juill. 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, n° 9063/14 et n° 10410/14, Dr. fam. 2016, comm. 201, note H. FULCHIRON. Dans cet arrêt, la Cour E.D.H. en rejetant les conclusions du gouvernement français - qui considérait que l'autorité de la chose jugée garante de la sécurité juridique s'opposait à ce qu'une nouvelle demande de transcription sur les registres de l'état civil français des actes de naissance étranger - refuse qu'un respect de l'autorité de la chose jugée emporte une violation du droit au respect de la vie privée des enfants issus d'une gestation pour autrui. Ce qui signifie que la réponse juridictionnelle définitive doit pouvoir être révisée en l'espèce, en raison de la survenance d'une jurisprudence plus favorable (CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11).

d'intérêts, la préservation de la sécurité juridique apparaît comme le seul argument de poids pouvant conduire à reconsidérer l'impératif de respect de ces droits fondamentaux. Toutefois, il ne suffit pas d'invoquer l'exigence de sécurité juridique pour s'opposer à la révision pour changement normatif motivée par le principe de non-discrimination ou de rupture de l'égalité. Il faut en réalité déterminer les intérêts concrètement poursuivis et travestis en impératif de sécurité juridique. Ces intérêts se résument bien souvent à la préservation de la paix des familles, combinée ou non avec la préservation des droits acquis.

En ce qui concerne la préservation de la paix des familles, il faut souligner que si cet argument peut être invoqué au secours de l'objectif de sécurité juridique, il a en revanche été jugé insuffisant à lui conférer, un poids suffisamment important, susceptible de faire pencher la balance en défaveur des droits fondamentaux. D'ailleurs, une partie de la doctrine française soulignait bien avant l'arrêt *Fabris c. France* le manque de netteté de l'expression « paix des familles » qui a souvent servi à couvrir bien d'hypocrisies, à tel point qu'il est devenu inopportun d'y circonscrire l'objectif de sécurité juridique<sup>1</sup>.

Seul l'objectif de préservation des droits acquis peut conférer à l'impératif de sécurité juridique, un poids suffisamment important, à condition toutefois de s'assurer de la légitimité de la confiance en leur acquisition définitive.

C'est ce qui ressort de l'arrêt *Fabris c. France*, lorsque la Cour note à propos des droits successoraux des demi-frères du requérant que ceux-ci savaient qu'ils allaient être remis en cause par le requérant et que de toute façon, ces droits ne pouvaient être considérés comme définitivement acquis avant l'expiration du délai quinquennal prévu pour l'exercice de l'action en réduction de la donation-partage. En d'autres termes, lorsqu'il apparaît de manière objective que les intéressés auraient dû avoir conscience de la fragilité de leurs droits, la préservation de ceux-ci ne peut se faire au détriment des droits fondamentaux. Le raisonnement transposé au traitement juridictionnel des conflits d'intérêts conduit à accueillir la révision pour changement normatif chaque fois que le caractère définitif des droits est moins affirmé. *A contrario*, l'objectif de sécurité juridique doit primer et il n'est pas souhaitable de remettre en cause les traitements pour changement normatif, lorsque ce caractère définitif des droits est bien affirmé.

En définitive, il faut souligner que la Cour impose aux États une pesée entre l'objectif de sécurité juridique et les droits fondamentaux. Toutefois, suivant que les États disposent ou non d'une importante marge d'appréciation dans le domaine litigieux, on peut pronostiquer que le contrôle que la Cour réalisera à propos de l'arbitrage entre ces deux impératifs sera plus ou moins important.

---

<sup>1</sup> Voir, J. HAUSER, *Refus de QPC sur les délais de l'action en réclamation d'état des enfants majeurs*, RTD civ., 2012, p. 520.

En effet, dans l'arrêt *Fabris*, on ne peut manquer de souligner que si la Cour exige que l'impératif de sécurité juridique poursuive en l'espèce d'importants objectifs pour que soit justifiée la méconnaissance des droits fondamentaux, c'est parce que les États disposaient en matière de discrimination successorale d'une marge d'appréciation étroite. Le contrôle de proportionnalité conduira en l'espèce à une pesée *a priori* défavorable à l'impératif de sécurité juridique, puisque la Cour s'assurera à la fois de la légitimité des buts poursuivis par l'État requis, ainsi que de la nécessité de les atteindre par le truchement d'une atteinte aux droits fondamentaux.

En revanche, lorsque les États disposent d'une importante marge d'appréciation, le contrôle de proportionnalité conduira à une pesée *a priori* favorable à l'impératif de sécurité juridique. Les juges devraient simplement limiter leur contrôle à l'existence de buts légitimes pouvant justifier l'atteinte aux droits fondamentaux.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

145. Au terme de ces réflexions portant sur l'instabilité du traitement des conflits d'intérêts, il apparaît que la modification des circonstances de fait ayant concouru à l'arbitrage entre intérêts antagonistes, ainsi que la modification du *corpus* normatif ayant régi un tel arbitrage, sont susceptibles d'entraîner la révision de la réponse juridictionnelle apportée à ces conflits.

S'intéressant tout d'abord à la révision pour modification des circonstances de fait, il a été constaté que le législateur prévoyait expressément une telle révision dans certaines hypothèses. À l'analyse, il est apparu que ces hypothèses dans lesquelles le législateur prévoyait une révision avaient en commun un traitement initial reposant sur des critères évolutifs de décision et nécessitant un important travail interprétatif du juge pour leur mobilisation. On en a alors déduit qu'un traitement est révisable lorsqu'il est adossé à des critères évolutifs ; le dynamisme de ces critères de solution devrait nécessairement induire un dynamisme du traitement lorsque la situation initialement reconnue en justice a été modifiée.

Cependant, il a été relevé que l'impératif de sécurité juridique des traitements n'est pas pour autant méconnu en droit positif, puisque d'une part, la révision pour modification des circonstances de fait est subordonnée à la preuve d'un changement substantiel et durable dans la situation des parties et que, d'autre part, les effets de la révision sur la situation des parties ont été limités à l'avenir.

S'intéressant ensuite à la révision pour changement normatif, il a été constaté que les changements normatifs sont susceptibles d'entraîner la révision des traitements juridictionnels des conflits d'intérêts.

Tout d'abord, il a été fait le constat suivant lequel, le juge lorsqu'il est convaincu dans le cadre d'une affaire que la préservation à tout prix de la stabilité des traitements est plus préjudiciable que profitable, il met en œuvre des artifices d'interprétation afin de contourner l'interdiction de révision des traitements acquis.

Ensuite, il a été fait le constat suivant lequel, l'instrumentalisation de certains droits fondamentaux est de nature à provoquer l'instabilité des traitements acquis. Le subterfuge consiste à invoquer une rupture de l'égalité ou une discrimination lorsque le législateur a exclu l'application de la loi nouvelle plus favorable aux situations déjà accomplies avant son entrée en vigueur.

L'argument d'une rupture d'égalité ou d'une discrimination qu'engendrerait le maintien de la stabilité des traitements en dépit d'un changement normatif favorable n'avait pas reçu la

faveur du juge interne jusqu'à la récente condamnation de la France par la Cour E.D.H. dans l'arrêt *Fabris* de 2013. En instituant par cet arrêt une pesée concrète entre l'objectif de sécurité juridique et le respect des droits fondamentaux, la Cour oblige les États à renoncer à une prévalence dogmatique de l'impératif de sécurité juridique. Le législateur français se montre réceptif à cette exigence d'équilibre entre les impératifs de sécurité juridique et de respect des droits fondamentaux. Pour preuve, la loi du 18 novembre 2016 sur la modernisation de la justice a introduit dans le Code de l'organisation judiciaire, un chapitre relatif au réexamen des décisions en matière civile. Désormais, est prévue en matière d'état des personnes<sup>1</sup> la possibilité d'un réexamen d'une décision civile définitive (art. L. 452-1 du COJ).

Que ce soit pour survenance d'une loi nouvelle ou d'une jurisprudence nouvelle, cette remise en cause des réponses juridictionnelles fixées est source d'incertitude dans les rapports juridiques. Cependant, il serait excessif de considérer que cette incertitude dégénère en insécurité juridique. Tout d'abord, il convient de faire remarquer que lorsque le législateur prévoit un réexamen d'une décision définitive, il reste attaché à la préservation de la sécurité juridique. Pour preuve, le nouvel article L. 452-1 du Code de l'organisation judiciaire subordonne le réexamen des décisions civiles définitives au respect de certaines conditions restrictives<sup>2</sup>.

Ensuite, il convient de constater que lorsque la remise en cause des situations acquises est motivée par une pesée concrète des intérêts en jeu, cette pesée réalisée par le juge n'est pas synonyme d'arbitraire. Comme il a été souligné à la suite de l'analyse de l'arrêt *Fabris c. France*, il reste possible au travers des interventions jurisprudentielles de discerner un cadre à la réalisation de cette pesée : la méthode et les limites d'une telle pesée devraient se construire peu à peu<sup>3</sup>.

De toutes ces constatations, il ressort que l'instabilité temporelle des traitements acquis en droit de la famille n'est pas qu'une simple hypothèse de recherche. C'est une réalité en droit positif tout comme l'instabilité spatiale des traitements juridictionnels donnés aux conflits d'intérêts.

---

<sup>1</sup> L'état d'une personne est constitué de son sexe, de son nom, de sa nationalité, de sa filiation et de ses liens d'alliance. On y fait même rentrer les conséquences extrapatrimoniales du statut familial (L. TOPOR, *État et capacité des personnes*, Rép. civ. Dalloz, spéc. n° 11). Voir aussi, A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in, Mélanges M. Gobert, *Economica*, 2004, p. 247 et s.

<sup>2</sup> Tout d'abord, le réexamen ne peut être demandé qu'à la suite d'un arrêt de la Cour E.D.H. constatant que la décision du juge interne a été prononcée en violation de la Convention. Ensuite, il est exigé que cette violation, par sa nature et sa gravité, entraîne pour le demandeur des conséquences dommageables auxquelles une satisfaction équitable, accordée au titre de l'article 41 de la Convention E.D.H., ne pourrait mettre fin. Enfin, la demande de réexamen est enfermée dans un délai d'un an à compter de la décision de la Cour E.D.H.

<sup>3</sup> Voir H. FULCHIRON, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ. 6 juill. 2016, n° 15-19853, D. 2016, p. 1980.

## CHAPITRE II : UNE INSTABILITÉ DU TRAITEMENT DANS L'ESPACE

« L'intérêt de la personne et de la famille consiste à jouir d'un statut unique à travers les frontières. Ce qui semble évident en termes de finalité ne l'est pas entièrement lorsque l'on observe les réalités du droit positif (...) »<sup>1</sup>.

**146. Diversité des ordres juridiques et relativisme des valeurs.** — Le monde est divisé en États souverains et à chaque État souverain correspond un ordre juridique interne innervé de valeurs et de principes jugés fondamentaux par tout un peuple. Or, le choix des valeurs est par nature empreint de relativisme<sup>2</sup>. Partant, au gré des valeurs défendues par chaque État, la licéité ou l'illicéité d'un même comportement peut fluctuer en fonction du passage des frontières<sup>3</sup>. Ainsi, ce qui est jugé bon par ce peuple-ci pourra être jugé honteux et méprisable par tel autre. Et, lorsqu'un élément d'extranéité se greffe à une situation conflictuelle, on dépasse la simple question du jugement de valeur pour faire face aux difficultés juridiques soulevées par la concurrence, qui en raison de la divergence de normes, ne manquera pas de naître entre les différents ordres juridiques concernés.

Ces difficultés peuvent survenir *ex ante*, c'est-à-dire avant tout traitement de la situation conflictuelle internationalisée ou *ex post* après le traitement d'une telle situation conflictuelle. *Ex ante*, il est surtout question de départager des juridictions potentiellement compétentes ainsi que des normes abstraites potentiellement applicables relevant d'ordres juridiques différents. *Ex post* en revanche, la difficulté portera sur la circulation internationale du traitement arrêté, c'est-à-dire sur la prise en compte à l'étranger de l'individualisation de la norme abstraite — définie *ex ante* — opérée par un jugement ou par un acte des autorités étrangères compétentes.

<sup>1</sup> A. BUCHER, *La famille en droit international privé*, RCADI 2000, t. 283, p. 98.

<sup>2</sup> Voir, L. GANNAGÉ, *L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs*, Travaux du comité français de droit international privé, 2006-2008, p. 205 et s.

<sup>3</sup> Pour un constat non juridique sur ce point, voir, F. NIETZSCHE, « Mille et un But », in, *Ainsi parlait Zarathoustra*, rééd. Brodard & Taupin, 2005, p. 61 : « Beaucoup de choses, qu'un peuple appelait bonnes, pour un autre peuple étaient honteuses et méprisables : voilà ce que j'ai découvert. Ici beaucoup de choses étaient appelées mauvaises, et là-bas elles étaient revêtues du manteau de pourpre des honneurs ». Voir également B. PASCAL, *Pensées et opuscules*, rééd. Hachette, 1909, p. 465 ; « Plaisante justice qu'une rivière borne ! Vérité au-delà des Pyrénées, erreur au-delà ».

**147. Délimitation du champ d'analyse.** — Dans une réflexion portant sur le risque d'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace, il sera principalement question de s'attarder sur les difficultés *ex post* sus-évoquées. En effet, l'instabilité visée est celle du résultat d'un arbitrage juridictionnel au-delà des frontières de l'ordre juridique d'émission. Concrètement, il y a instabilité du traitement des conflits d'intérêts, parce que le rapport de droit institué pour résoudre ces conflits dans un ordre juridique donné ne suit pas les litigants au-delà des frontières de cet ordre juridique.

Ce qui signifie que l'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace découle de l'incapacité d'un tel traitement à produire systématiquement des effets, en dehors de l'ordre juridique d'émission. En effet, on ne peut ignorer qu'en passant la frontière, le traitement initialement donné à un conflit d'intérêts peut être remis en cause par le *for* d'accueil, soit de manière indirecte par le refus de garantir sa reconnaissance, soit de manière directe par l'acceptation des juridictions de ce *for*, de connaître à nouveau la question litigieuse déjà tranchée.

Donc, l'instabilité appréhendée renvoie à une rupture de la continuité spatiale du rapport de droit, issu du traitement initialement donné à un conflit d'intérêts.

La survenance d'une telle rupture révèle avant tout un problème de coordination des ordres juridiques. Or, en matière de coordination des ordres juridiques, chaque État développe ses propres règles, ou se trouve lié par des normes supranationales qui s'imposent à lui. Il serait alors présomptueux de vouloir rendre compte de la coordination des ordres juridiques du point de vue de tous les États du monde ; le travail à accomplir serait colossal et déborderait le cadre de la présente étude. Le propos sera ici plus modeste. Il consistera à analyser une telle coordination du point de vue de l'État français. Concrètement, il sera question, en partant de la réception en France des jugements étrangers tranchant un conflit d'intérêts en droit de la famille, de vérifier si, pour des besoins de sécurité juridique, une permanence est assurée aux individus dans le cadre de leurs rapports familiaux.

Si la réflexion porte avant tout sur la reconnaissance des jugements étrangers tranchant les conflits d'intérêts<sup>1</sup>, on ne s'interdit pas pour les besoins de la démonstration de raisonner également sur les questions voisines de reconnaissance des situations d'autant plus que la méthode de reconnaissance de la validité des situations s'inspire largement de celle de la reconnaissance des jugements<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> À propos de la méthode de reconnaissance, voir par exemple, P. LAGARDE, « La reconnaissance mode d'emploi », in, *Mélanges H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 481 et s. - P. LAGARDE « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in P. LAGARDE (dir.), *Reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone 2013, p. 19 et s. - P. MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in, *Mélanges P. LAGARDE*, Dalloz, 2005, p. 547 et s.

<sup>2</sup> Voir par exemple, M. FARGE, « La mise en œuvre du droit international privé », in, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz-Action, 2015, n° 512.62 et s.

L'hypothèse est donc la suivante : un conflit d'intérêts opposant des personnes unies par un lien de famille fait l'objet d'un traitement juridictionnel à l'étranger. Quelle valeur notre ordre juridique interne attache-t-il à un tel traitement lorsque le rapport de droit qu'il institue est invoqué devant lui ? Ne risque-t-il pas de refuser sa réception, *a fortiori* s'il considère la règle étrangère en vertu de laquelle ce rapport de droit fut institué comme contraire aux valeurs qu'il promeut<sup>1</sup> ? Si tel est le cas, le rejet du rapport de droit créé à l'étranger rend inefficace dans l'ordre juridique français le traitement que le *for* étranger aura institué, puisqu'un tel traitement se verrait en réalité assigner « une valeur et des effets territoriaux »<sup>2</sup>.

Partant, une incertitude juridique quant à leurs droits et obligations pèserait sur les individus en dehors des frontières de l'ordre juridique ayant, par application de ses règles, tranché la situation conflictuelle, dès lors que les justices étatiques étant indépendantes les unes des autres, elles ne sont *a priori* pas tenues de s'incliner devant les décisions étrangères.

**148. Discontinuité des ordres juridiques et discontinuité du traitement des conflits d'intérêts.** — De cette discontinuité des ordres juridiques, il peut valablement être retenu que le traitement des conflits d'intérêts contenu dans un jugement rendu dans tel ou tel pays risque de ne pas suffire à fixer durablement les droits et obligations des parties, les engageant ainsi dans une logique de surenchère<sup>3</sup>.

Pour mesurer les risques pour les particuliers, il faut observer que si l'ordre juridique français refuse de reconnaître la dissolution d'un lien matrimonial survenue à l'étranger, rien n'empêchera l'un des époux de solliciter en France l'exécution des obligations issues du mariage. En effet, en raison du refus de reconnaître l'état de droit consacré par le jugement étranger, les mêmes personnes se retrouvent divorcées à l'étranger et mariées en France ; on parle alors de situation juridique boiteuse. Autre illustration de ce risque de discontinuité internationale du traitement des conflits d'intérêts : une partie déboutée à l'étranger de sa demande tendant à l'établissement de sa filiation, parce que l'ordre juridique étranger interdit une telle action hors mariage, peut à condition que la situation conflictuelle présente des

---

<sup>1</sup> D'ailleurs sans remonter à la question du jugement de valeur, la seule diversité dans l'espace des règles de traitement des conflits d'intérêts, plus ou moins favorables à chacune des parties interpelle, en présence de situations conflictuelles présentant un lien d'extranéité, sur les risques de discontinuité dans le traitement desdits conflits. En effet, la tentation est très grande pour la partie perdante de remettre en cause devant l'ordre juridique dont les règles lui sont plus favorables, le traitement déjà intervenu.

<sup>2</sup> De manière générale, un auteur considérerait en son temps que les jugements étrangers, en raison du cloisonnement des ordres juridiques, n'ont en principe qu'une valeur et des effets territoriaux. E. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française*, t. I, Domat-Montchrestien, 1930, p. 462, n° 182.

Voir également, H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, Préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005, p. 101, n° 180.

<sup>3</sup> Voir par exemple les faits à l'origine de l'affaire *Mc Donald c. France* (CEDH, 29 avril 2008, n° 18648/04). Un américain n'ayant pas obtenu en France le prononcé d'un divorce pour faute à l'encontre de son épouse française, va après une résidence de quelques mois aux États-Unis demander et obtenir le divorce qui ne lui a pas été accordé en France.

points de rattachement avec la France, y effectuer une nouvelle demande avec de réelles possibilités de succès.

Un tel état des choses qui résulte de la diversité des appréciations juridiques d'un État à l'autre est foncièrement inopportun<sup>1</sup>. C'est pourquoi, le droit international privé se donne entre autres missions, de coordonner au mieux les différents ordres juridiques<sup>2</sup> en limitant au maximum le risque de discontinuité internationale des rapports de droit<sup>3</sup> ; de nombreuses règles françaises de droit international privé témoignent de cette prise en compte de l'exigence de continuité internationale des situations personnelles et familiales. Cependant, il ne faut pas perdre de vue que ce même droit international privé poursuit également l'impératif de protection des valeurs sur lesquelles repose la cohésion de l'ordre juridique interne. La matière oscillerait donc entre les exigences d'ouverture que commande la vie internationale et le souci de ne pas sacrifier les valeurs essentielles du *for*<sup>4</sup>. Cependant, « lorsque les tensions entre ces deux impératifs sont très fortes, lorsque la conciliation n'arrive plus à s'opérer parce que les intérêts en présence entrent manifestement en conflit, la préférence est donnée sans conteste aux intérêts de l'ordre du *for*. Il y a là un réflexe naturel de protection des ordres nationaux qui répugnent à sacrifier leur intégrité aux contraintes de la vie internationale »<sup>5</sup>. Cette prévalence accordée *a priori* aux intérêts du *for* fonde légitimement le risque de discontinuité internationale du traitement des conflits d'intérêts ; le droit international privé français pose ainsi les limites à l'ouverture et partant à la continuité des situations acquises à l'étranger<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Au début du siècle précédent, la Cour de cassation dans un arrêt Prince de Wrède c/Dame Maldaner du 9 mai 1900, justifiait déjà la possibilité pour une personne de jouir en France de son nouvel état matrimonial sans qu'elle n'ait au préalable procédé à l'exequatur du jugement étranger prononçant la nullité de son précédent mariage contracté à l'étranger par la nécessité de ne pas faire peser en matière d'état et de capacité des personnes une incertitude juridique en raison de la discontinuité des ordres juridiques. Elle retenait fort à propos que « l'annulation d'un mariage, légalement et définitivement prononcée, doit être à l'abri de toute attaque, soit de la part des tiers, soit de la part des époux, parce que l'état des personnes ne peut demeurer incertain, sans qu'il en résulte un trouble profond dans les familles et une atteinte grave à l'ordre social (...) ». Civ. 9 mai 1900, Prince de Wrède c/Dame Maldaner, JDI, 1900, p. 613 ; *GAJFDIP*, 5<sup>e</sup> éd., n° 10.

<sup>2</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, rééd. Dalloz, 2002, p. 102, n° 46 et s. - P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, RCADI, 2007, t. 327, p. 23 et s. - D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, PUF, 2<sup>e</sup> éd. 2010, n° 14. - B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, 2013, p. 2 et s.

<sup>3</sup> Sur le souci d'assurer la continuité des situations juridiques individuelles, voir par exemple, M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, p. 503, n° 731.

<sup>4</sup> Sur les objectifs du droit international privé, voir, H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, rééd. 2002, p. 228 et s.

<sup>5</sup> L. GANNAGÉ « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », Travaux du comité français de droit international privé, 2006-2008, pp. 206-207.

<sup>6</sup> En première approche, il peut être retenu qu'une explication féconde à l'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace, peut être trouvée dans la non-reconnaissance par l'État requis, de l'instrument juridique instituant ledit traitement, à savoir le jugement dans notre hypothèse d'analyse.

L'étude de ces limites ayant déjà fait l'objet d'importantes analyses doctrinales<sup>1</sup>, il ne sera pas question de reprendre autrement ce qui a déjà été dit ailleurs. Il conviendra de s'intéresser ici à l'actualité de ce risque d'instabilité ou plus précisément de discontinuité spatiale bien connu. Une telle démarche se justifie par le fait qu'aujourd'hui, les droits fondamentaux, faisant de plus en plus irruption dans le domaine de la coordination des ordres juridiques, éclipsent les méthodes traditionnelles du droit international privé<sup>2</sup>. Il y a là un bouleversement méthodologique, puisque la coordination des ordres juridiques ne se structure plus autour d'un objectif de protection des valeurs fondamentales du *for* d'accueil, mais tendrait plutôt à se reconstruire autour de la protection de la personne,<sup>3</sup> réduisant considérablement le risque d'écartèlement spatial des situations individuelles. On assisterait alors, sous l'influence des droits fondamentaux, à une circonscription du risque d'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace, puisque la prévalence abstraitement donnée aux intérêts du *for* requis ne suffirait plus à justifier la cristallisation d'une discontinuité dans les situations personnelles et familiales. La Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme veillent à un examen concret des situations conflictuelles à travers la mise en balance des intérêts antagonistes<sup>4</sup>.

Cependant, il apparaît aussi à la réflexion que cette intégration pragmatique des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques est susceptible de créer un nouveau risque d'instabilité, peu appréhendé. En effet, en axant la coordination des ordres juridiques autour des droits fondamentaux, on oublie que ceux-ci, s'ils peuvent imposer à l'État requis d'assurer la continuité du résultat issu du traitement juridictionnel des conflits d'intérêts, peuvent également être invoqués pour voir consacrer un refus de reconnaissance de la situation personnelle ou familiale acquise à l'étranger. Par exemple, l'invocation du droit au procès équitable peut permettre à une partie d'imposer à l'État requis une rupture dans la continuité du traitement des conflits d'intérêts, s'il s'avère que la décision a été rendue à l'étranger en méconnaissance des exigences du procès équitable. En raison de cette ambivalence fonctionnelle des droits fondamentaux, on assisterait alors à un renouvellement

<sup>1</sup> Voir, P. MAYER, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 23 et s. - Pour une analyse récente, voir, S. TRIKI, *La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille*, th. dactyl. Paris 1, 2013.

<sup>2</sup> Analysant la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'Homme, un auteur notait à juste titre qu'« on a l'impression que les droits fondamentaux pourraient venir éclipser le droit international privé, pour opérer à sa place, **et d'une meilleure manière**, la coordination des ordres juridiques en droit privé ». L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in, E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, éd. A. Pédone, 2010, p. 170 (à noter que la portion en gras a été spécifiquement mise en évidence par nos soins).

<sup>3</sup> Voir, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, PUF, 2<sup>e</sup> éd. 2010, n° 575.

<sup>4</sup> Ce qui signifie que la cristallisation d'une discontinuité dans le traitement des conflits d'intérêts ne pourrait survenir sans une pesée concrète entre les intérêts individuels en jeu postulant à une continuité de la situation juridique acquise à l'étranger et les intérêts du *for* s'opposant à sa réception.

du risque d'instabilité. La sauvegarde des intérêts du *for* principalement matérialisés à travers l'exception d'ordre public ne constituerait plus le risque majeur de cristallisation d'une discontinuité spatiale dans le traitement des conflits d'intérêts. En effet, la nécessité de protection des intérêts de la personne, souvent habillés en droits fondamentaux, participe grandement à la rupture de la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. Un tel constat est d'autant plus surprenant qu'à l'origine l'application des droits fondamentaux, en suivant un auteur, était censée assurer une meilleure coordination des ordres juridiques<sup>1</sup>.

Pour traduire cette ambivalence fonctionnelle des droits fondamentaux, il convient de démontrer qu'ils permettent à la fois de contenir (Section I) et d'exacerber le risque d'instabilité du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille (Section II).

## **SECTION I : LE CANTONNEMENT DU RISQUE D'INSTABILITÉ PAR LES DROITS FONDAMENTAUX**

**149.** Les règles françaises de droit international privé, parce qu'elles poursuivent avant tout l'objectif de cohésion de l'ordre juridique interne, accentuent le risque d'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace (§-1). En effet, en cas de tension entre l'exigence de continuité des situations personnelles et familiales acquises à l'étranger d'un côté, et de l'autre les intérêts du *for*, l'application des règles françaises de droit international privé conduit à la prévalence de ces derniers. Cependant, il ne faudrait pas en pratique exagérer la réalité d'un tel risque. En témoignent les arrêts des Cours européennes qui en intégrant le respect des intérêts personnels en matière de coordination des ordres juridiques, aboutissent à un cantonnement du risque d'instabilité engendré par l'application des règles françaises de droit international privé (§-2).

### **§-1 : UN RISQUE D'INSTABILITÉ ENGENDRÉ PAR LES RÈGLES NATIONALES DE COORDINATION DES ORDRES JURIDIQUES**

**150.** Les règles du droit international privé, en subordonnant la reconnaissance du traitement étranger des conflits d'intérêts à la satisfaction de certaines conditions, engendrent un risque d'écartèlement spatial des situations personnelles et familiales. En effet, en définissant les conditions d'efficacité des jugements au regard de l'impératif de préservation

---

<sup>1</sup> L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in, E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op.cit., p. 170.

des intérêts du *for* (A), le droit positif érige indirectement des obstacles à la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts (B).

## A — L'EXIGENCE DE CONDITIONS D'EFFICACITÉ DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

151. S'intéresser à l'efficacité en France du traitement étranger des conflits d'intérêts nécessite une appréhension préalable de l'efficacité internationale du jugement qui le contient<sup>1</sup>. Concrètement, sur le plan de ses effets, le traitement juridictionnel étranger des conflits d'intérêts ne fait que bénéficier indirectement de la reconnaissance internationale accordée au jugement qui le contient<sup>2</sup>. Pour qu'un tel traitement établi à l'étranger soit également effectif en France, il est indispensable qu'il ne puisse pas être indirectement remis en cause, sur le territoire français, par le biais d'une contestation du jugement lui-même, d'une part, et d'autre part, que les parties puissent obtenir en France son respect en sollicitant son exécution. En d'autres termes, l'effectivité du traitement dépend de la reconnaissance<sup>3</sup> et de l'exécution du jugement étranger en France.

Pour ce qui est tout d'abord de l'exécution en France des jugements étrangers, il faut souligner que les règles posées par le législateur sont relativement simples et ne nécessitent pas de développements particuliers. Pour qu'un jugement étranger puisse produire des effets coercitifs sur les personnes ou sur les biens, le législateur exige qu'il soit soumis à une procédure dite *d'exequatur*<sup>4</sup>. Au cours de cette procédure, le juge français confère au jugement étranger la force exécutoire, après avoir vérifié son caractère exécutoire dans le pays d'origine et sa régularité au regard des exigences du droit international privé français<sup>5</sup>.

Pour ce qui est ensuite de la reconnaissance en France des jugements étrangers, la complexité de la réglementation nécessite qu'il soit procédé ici à quelques rappels de nature à éclairer les modalités d'une telle reconnaissance.

Limitant la réflexion à la matière personnelle et familiale, il faut relever qu'en l'absence de conventions étatiques ou de règlements, la France reconnaît de plein droit les jugements

<sup>1</sup> Sur l'efficacité internationale des jugements, voir par exemple, H. PÉROZ, *La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français*, LGDJ, 2005 - E. BARTIN, *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, LGDJ, 1907 - D. HOLLEAUX, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, LGDJ, 1970 - E. FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008 - P. LAGARDE « La reconnaissance, mode d'emploi », in, *Mélanges H. GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 481 et s.

<sup>2</sup> En somme, la reconnaissance du contenant entraîne celle du contenu. À ce propos, un auteur relevait très clairement que « lorsque la situation résulte d'un jugement, c'est le jugement qui est reconnu et la situation ne l'est qu'indirectement ». P. LAGARDE « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in P. LAGARDE (dir.), *Reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone 2013, p. 19 et s., spéc. p. 20.

<sup>3</sup> Par reconnaissance du jugement étranger, on désigne à la fois l'efficacité substantielle et l'autorité de la chose jugée.

<sup>4</sup> Voir art. 509 CPC.

<sup>5</sup> Voir par exemple, M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 739 et s.

étrangers extrapatrimoniaux. Depuis un arrêt *Hainard*<sup>1</sup>, la Cour de cassation systématisant le principe de l'efficacité substantielle immédiate dégagé un siècle plus tôt par l'arrêt *Bulkley*<sup>2</sup>, considère que « les jugements rendus par un tribunal étranger, relativement à l'état et à la capacité des personnes, produisent leurs effets en France indépendamment de toute déclaration d'*exequatur* sauf les cas où ces jugements doivent donner lieu à des actes d'exécution matérielle sur les biens ou de coercition sur les personnes »<sup>3</sup>. Autrement dit, pour assurer la continuité du statut personnel et familial des individus, les jugements étrangers qui les fixent ou les modifient, bénéficient en France d'une efficacité substantielle en dehors de toute procédure d'*exequatur*. Disposant de l'autorité de la chose jugée, le jugement étranger prononçant la rupture du lien conjugal ou l'annulation du mariage peut être transcrit sur les registres de l'état civil français sans *exequatur* préalable. Les intéressés peuvent ainsi jouir en France des effets — à l'exception de l'exécution forcée — reconnus au jugement dans son ordre juridique d'émission<sup>4</sup>, de sorte qu'ils peuvent, par exemple, retrouver leur liberté matrimoniale<sup>5</sup>.

**152.** Toutefois, cette reconnaissance de plein droit, en raison de sa précarité, ne doit pas masquer le sens des réalités. En effet, même en matière personnelle et familiale, l'efficacité substantielle du jugement étranger et l'exception de chose jugée à l'étranger attachés à la reconnaissance ne sont définitivement acquises en France qu'après un contrôle de la régularité internationale du jugement étranger. Ainsi en droit extrapatrimonial de la famille, l'efficacité substantielle reconnue en principe aux jugements étrangers, en dehors de toute procédure d'*exequatur*, est en réalité précaire ; elle n'est définitivement consolidée que par un contrôle *a posteriori* de sa régularité. Ce qui signifie que le rapport de droit institué par le jugement étranger risque de ne pas être reconnu dans l'ordre juridique interne — provoquant une discontinuité dans les droits et obligations des parties — si ce jugement est déclaré irrégulier. La Cour de cassation s'est prononcée dans ce sens à plusieurs reprises. Elle a par exemple retenu en droit des personnes que « si les jugements étrangers qui statuent sur l'état et la capacité des personnes produisent leur effet en France indépendamment de tout *exequatur*, (...) les tribunaux français ne peuvent retenir cet effet lorsqu'il est invoqué devant eux sans contrôler leur régularité »<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Cass., req., 3 mars 1930, *Hainard*, Rev. crit. DIP 1931, p. 329, note J.-P. NIBOYET.

<sup>2</sup> Cass. civ., 28 févr. 1860, *Bulkley c. Defresne*, S. 1860, 1, p. 210, concl. DUPIN ; GAJFDIP, 5<sup>e</sup> éd., n° 4.

<sup>3</sup> Cass., req., 3 mars 1930, *Hainard*, précit.

<sup>4</sup> Cass. civ., 28 févr. 1860, *Bulkley c. Defresne*, précit ; CA Paris, 7 nov. 1957, JDI (Clunet) 1960, p. 170, obs. J.-B. SIALELLI ; Rev. crit. DIP, 1959, p. 319, note P. BELLET.

<sup>5</sup> Dans une affaire, il a été décidé que le divorce étranger autorise un préfet à tenir compte de la perte par un étranger de la qualité de conjoint d'un ressortissant français, pour refuser la délivrance d'un titre de séjour ; CE, 24 nov. 2006 ; Dr. adm. 2007, comm. 60, obs. M. AUDIT ; AJDA 2007, p. 638, note O. LECUCQ.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 déc. 1972, Rev. crit. DIP, 1975, p. 83, note D. HOLLEAUX. Voir aussi, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avr. 1998, Rev. crit. DIP, 1998, p. 659, note B. ANCEL.

Le contrôle de la régularité internationale du jugement étranger est alors assimilable à une condition résolutoire. Pour assurer la continuité des situations personnelles et familiales, les jugements étrangers jouissent *de plano* d'une efficacité substantielle dans l'ordre juridique français, mais ces effets — en vertu desquels d'autres rapports vont être noués — sont réputés ne s'être jamais produits, si par le biais d'un contrôle à titre principal ou à titre incident du jugement étranger, son irrégularité vient à être constatée. Finalement, seule une action en *exequatur* permet de lever la précarité des effets produits par le jugement étranger, après vérification de sa régularité internationale<sup>1</sup>.

De même, lorsque l'exception de chose jugée à l'étranger qui permet d'éviter le recommencement, dans un autre ordre juridique, du même procès opposant les mêmes parties, est invoquée devant le juge français, celui-ci est obligé de vérifier la régularité internationale du jugement étranger en question<sup>2</sup>. Or, la régularité internationale du jugement étranger constitue une condition indispensable à son efficacité substantielle et à son autorité. Les critères d'appréciation de cette régularité internationale, autrefois nombreux, ont progressivement été réduits<sup>3</sup> en raison de la prise en compte de l'exigence de continuité internationale des situations individuelles et familiales.

Aujourd'hui, en mobilisant les règles françaises de droit international privé, un jugement étranger est reconnu dans l'ordonnancement juridique interne si, tout d'abord, la compétence de l'autorité étrangère est acquise<sup>4</sup>, ensuite si ledit jugement est conforme à l'ordre public<sup>1</sup> et

<sup>1</sup> Concrètement, un jugement étranger prononçant l'annulation d'un mariage du moment qu'il est passé en force de chose jugée à l'étranger permet à l'un des ex-époux de se remarier en France sans procédure d'*exequatur* préalable. Cependant, si son ex-partenaire par le biais d'une action en inopposabilité invoque l'irrégularité du jugement et que les juridictions françaises accueillent une telle prétention, la nouvelle union court le risque d'une annulation pour bigamie ou polyandrie.

<sup>2</sup> Les conflits d'intérêts ne connaîtraient pas de fin et leur traitement marqué du sceau de la précarité si le droit d'agir en justice des parties ne disparaissait pas une fois la chose jugée. Tel est le rôle de l'autorité de la chose jugée qui est également reconnu de plein droit aux jugements étrangers à condition que soit reconnue en France la triple identité de parties, de cause et d'objet (*Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 janv. 1972, Bull. civ. 1972, I, n° 14 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 2014, n° 13-11.711*). Mais, cette faveur pour ce qui a été jugé à l'étranger s'explique par la présomption de régularité attachée au jugement. Ce qui signifie que malgré l'identité de parties, de cause et d'objet, le juge français pourra à nouveau statuer sur la même demande en raison de l'irrégularité internationale du jugement étranger (*Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, Dr. fam. 2011, comm. 47, obs. E. VIGANOTTI ; JDI (Clunet) 2011, p. 124, note I. Barrière-Brousse. Voir également, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Droit international privé, op. cit., n° 856, p. 863 « Force exécutoire, autorité de la chose jugée et efficacité substantielle constituent ainsi les trois effets normatifs du jugement susceptibles d'être revendiqués par une partie en France. Lorsque l'un de ces effets est réclamé en France, il apparaît somme toute assez naturel qu'il soit conditionné par la régularité de la norme à laquelle on demande qu'il soit attaché [...] »).*

<sup>3</sup> L'arrêt *Munzer* a supprimé le pouvoir de révision au fond du jugement étranger (*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 janv. 1964, Rev. crit. DIP 1964, p. 344, note H. BATIFFOL*) et l'arrêt *Cornelissen* a récemment supprimé le contrôle de la compétence législative indirecte au titre des conditions de régularité internationale des jugements étrangers. En vertu de cette exigence, l'*exequatur* n'était pas accordé et le jugement étranger considéré comme irrégulier lorsque la loi en vertu de laquelle le juge étranger l'avait rendu était différente de celle que le juge français aurait appliquée en vertu des règles françaises de conflit de loi (*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 2007, Rev. crit. DIP 2007, p. 420, note B. ANCEL, H. MUIR WATT ; D. 2007, p. 115, note L. D'AVOUT et S. BOLLÉ*).

<sup>4</sup> Un jugement étranger est irrégulier au regard des règles françaises de droit international privé s'il intervient dans un domaine où la règle française de solution des conflits de juridictions attribue une compétence exclusive

s'il a été rendu sans fraude<sup>2</sup>, et enfin si sa réception n'est pas inconciliable avec un autre jugement déjà intégré dans l'ordre juridique français ou une procédure en cours<sup>3</sup>. Observant cette libéralisation dans l'appréciation de la régularité internationale des jugements étrangers, un auteur souligne que « l'ordre juridique français professe actuellement une confiance de principe face au produit de l'accomplissement d'une justice civile étrangère. Pour autant, cette confiance n'est pas irrévocable ; elle peut être à tout moment rétractée pour assurer la protection de l'ordre juridique et des intérêts français (...) »<sup>4</sup>.

En définitive, les jugements étrangers ne sauraient produire des effets en France si leur reconnaissance est susceptible de porter atteinte à la cohésion de l'ordre juridique interne. Même si une telle préservation des intérêts du *for* requis heurte de plein fouet les droits acquis des parties au jugement étranger<sup>5</sup>, ces derniers sont sacrifiés, et la rupture dans le traitement des conflits d'intérêts cristallisée. C'est ce qui ressort des applications jurisprudentielles des règles françaises de coordination des ordres juridiques.

## B — LES CONSÉQUENCES SUR LE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

**153.** L'application des règles françaises de droit international privé conduit à l'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace, lorsque le jugement étranger

---

aux tribunaux français comme par exemple, en matière de nationalité française et de succession concernant les immeubles situés en France. En revanche, lorsqu'il n'existe pas de compétence exclusive des juridictions françaises dans le cadre de la matière ayant donné lieu au jugement étranger, la compétence du tribunal étranger est retenue chaque fois que « le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux » (*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 févr. 1985, Simitch c. Fairhurst, JDI 1985, p. 460, note A. HUET*).

<sup>1</sup> La conformité du jugement étranger à l'ordre public international concerne à la fois l'ordre public de procédure et l'ordre public de fond. À travers l'ordre public de procédure, on cherche à vérifier si la décision étrangère a été rendue dans les conditions de loyauté et d'équité que le droit procédural français s'efforce de garantir aux justiciables. En revanche, à travers l'ordre public de fond, on cherche à vérifier si le résultat pratique auquel aboutit le jugement étranger est compatible avec les principes essentiels sur lesquels reposent les règles substantielles de l'ordre juridique français. Voir par exemple, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, Dalloz, 2013, p. 889 et s. - B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd., Economica, 2013, p. 468 et s.

<sup>2</sup> Le domaine de la fraude est très vaste. Par cette notion est visée aussi bien la fraude à la loi, la fraude à la compétence juridictionnelle, la fraude au jugement et plus généralement la fraude aux droits d'autrui. La fraude nécessite à la fois un élément matériel (manipulation artificielle ou altération volontaire d'un élément de rattachement) et un élément intentionnel (volonté d'éluder une règle, une compétence juridictionnelle). L'élément intentionnel peut être présumé. C'est le cas lorsque le jugement étranger est une réplique à une action intentée contre le demandeur en France (*voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2012, n° 11-30120, JDI 2013, p. 3, note E. FOHRER-DEDEURWAERDER, à propos d'un mari qui s'empresse d'obtenir un jugement de divorce à l'étranger pour s'opposer en France à une action en contribution aux charges du mariage, intentée par son épouse*).

<sup>3</sup> Sont inconciliables des décisions qui ne sont pas susceptibles d'une exécution simultanée. Sur cette condition, voir, M.-L. NIBOYET, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., *op. cit.*, n° 783 et s.

<sup>4</sup> L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *in*, E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, *op. cit.*, p. 174.

<sup>5</sup> Il ne faut pas oublier que le jugement étranger en fixant les droits et obligations des parties, constitue une directive individuelle sur laquelle les parties ont pu légitimement régler leur conduite.

qui le contient ne satisfait pas les conditions de régularité posées par l'ordre juridique interne. Faute de pouvoir produire des effets dans l'ordre juridique français, le jugement étranger, va même conduire dans certaines situations, à la renaissance du conflit d'intérêts devant le juge français, qui à la suite du juge étranger, va établir un nouveau rapport juridique entre les parties. En clair, les exigences françaises en matière d'efficacité des jugements étrangers sont susceptibles d'engendrer l'instabilité du traitement juridictionnel des conflits d'intérêts. La jurisprudence regorge d'ailleurs de cas de conflits d'intérêts tranchés par une autorité étrangère et qui renaissent dans l'ordre juridique interne, faute de reconnaissance du traitement acquis à l'étranger. En droit extrapatrimonial de la famille, ces situations se présentent principalement en matière de divorce, d'autorité parentale et d'établissement du lien de filiation.

Dans ces matières, qu'on se trouve dans la sphère d'application du droit commun ou d'une convention, le refus d'assurer la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts acquis à l'étranger est souvent justifié par une contrariété de la décision avec l'ordre public international ou par une fraude à la loi.

Ainsi, le divorce entre deux algériens domiciliés en France et prononcé par les juridictions algériennes, ne sera pas reconnu en France au motif qu'un tel divorce qui s'apparente à une répudiation unilatérale est contraire au principe d'ordre public d'égalité des époux<sup>1</sup>. De même, le fait pour un époux de se rendre dans son pays d'origine afin d'obtenir un jugement de divorce qu'il s'empresse d'opposer, une fois de retour en France, à la procédure de contribution aux charges du mariage initiée par son épouse, constitue une fraude au jugement qui prive d'effets la rupture du lien matrimonial acquis à l'étranger<sup>2</sup>.

En matière d'autorité parentale, la Cour de cassation a pu décider qu'un jugement de divorce, prononcé par une juridiction texane qui avait procédé à une répartition manifestement déséquilibrée des prérogatives relatives à l'exercice de l'autorité parentale au profit de la mère, et ce, sans que l'intérêt des enfants ne le justifie, était contraire au principe d'égalité des droits parentaux ; ce principe déclaré essentiel en droit français, constitue à ce titre une composante de l'ordre public international, justifiant ainsi l'irrégularité internationale du jugement étranger<sup>3</sup>.

De même, il a été jugé que les décisions étrangères entérinant un accord sur la filiation notamment dans un cadre de gestation pour autrui étaient contraires au principe

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), Rev. crit. DIP 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; D. 2004, p. 815, note P. COURBE ; JCP (G) 2004, p. 1481, note H. FULCHIRON.

Voir également, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 oct. 2005, D. 2006, pan. 1503, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1997, D. 1997, p. 400, note M.-L. NIBOYET - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999, D. 1999, p. 671, note E. AGOSTINI ; JDI 2001, p. 1293, note J. RUBELLIN-DEVICHI - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 2014, n° 13-17.124.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 juin 2012, n° 11-30120, JDI 2013, p. 3, note E. FOHRER-DEDEURWAERDER ; Rev. crit. DIP 2012, p. 900, note H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, JDI 2011, p. 124, note I. BARRIÈRE-BROUSSE ; RJPF 2011, n° 1, p. 23, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; RLDC 2011, n° 78, p. 46, note J. GALLOIS.

d'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, et ne pouvaient dès lors produire effets en France<sup>1</sup>.

En ce qui concerne le droit d'établir sa filiation, il peut être retenu au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière, que la situation créée par le refus d'un ordre juridique étranger de procéder à l'établissement de la filiation naturelle d'un enfant au motif que la loi applicable prohibe toute recherche de paternité naturelle, ne pourrait être reconnue en France — en raison de sa contrariété à l'ordre public international — si elle revient à priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation<sup>2</sup>.

**154.** À travers ces quelques exemples, on prend conscience de la réalité du risque de discontinuité internationale du traitement des conflits d'intérêts. Ce risque est d'ailleurs amplifié par la maniabilité incertaine de l'exception d'ordre public international en tant que critère d'appréciation de la régularité internationale des jugements étrangers.

Bien qu'on sache à travers la jurisprudence de la Cour de cassation que l'ordre public international est configuré par les principes essentiels du droit français, le contenu même de ces principes reste flou et ne se précise qu'au gré des interventions de la Haute juridiction qui détermine au regard des évolutions du droit positif, le moment où certains principes deviennent essentiels ou cessent de l'être<sup>3</sup>. Même si la démarche est casuelle, il peut être retenu, à l'heure actuelle, que constituent des principes essentiels du droit français dans le cadre du droit extrapatrimonial de la famille<sup>4</sup>, l'égalité entre époux dans l'accès au divorce, l'égalité entre parents dans l'exercice de l'autorité parentale, l'indisponibilité de l'état des personnes, le droit à l'établissement de sa filiation naturelle pour tout enfant français ou résidant en France et la liberté matrimoniale sans discrimination fondée sur le sexe ou l'orientation sexuelle<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), D. 2011, p. 1522 note D. Berthiau et L. Brunet ; Rev. crit. DIP 2011, p. 722, note P. HAMMJE ; D. 2012, p. 1228, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; RJPF 2011, n°6, p. 14, note M.-C. LE BOURSICOT.

Adde, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), D. 2014, p. 1059, note H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE ; Rev. crit. DIP 2014, p. 1, note P. CHEVALIER ; JDI 2014, p. 134, note. J. GUILLAUMÉ ; RTD civ. 2013, p. 816, obs. J. HAUSER.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 févr. 1993, n° 89-21997, Bull. 1993, I, n° 64 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 2006, n° 05-10299, D. 2006, p. 2890, note G. KESSLER et G. SALAMÉ - Pour une réitération de la solution en des termes généraux sans référence à l'ordre public de proximité, voir, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, Dr. fam. 2012, comm. 19, obs. M. FARGE ; JDI 2012, p. 176, note J. GUILLAUMÉ.

<sup>3</sup> En raison de ce caractère évolutif de l'ordre public (par exemple, le divorce par consentement mutuel a cessé d'être contraire à l'ordre public avec la loi du 11 juill. 1975 ; même constatation à propos de la reconnaissance des enfants naturels adultérins avec la loi du 3 janv. 1972) il existe un principe dit d'actualité de l'ordre public qui oblige le juge à prendre en compte la teneur de l'ordre public au moment où il statue et non au moment où il a été saisi de la contestation.

<sup>4</sup> Voir sur ce point, F. MONÉGER, G. PLUYETTE, « Exequatur et principes essentiels du droit français », in, *Mélanges Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 447 et s.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, JCP (G) 2015, p. 525, note L. GANNAGÉ ; D. 2015, p. 464, obs. I. GALLMEISTER ; RJPF 2015, n° 2, p. 20, note J. DUBARRY ; LPA 2015, n° 37, p. 6, note J.-G. MAHINGA.

*In fine*, il apparaît que les principes essentiels du droit français recourent les droits fondamentaux. Une telle convergence ne surprend guère, puisque la France s'étant engagée à protéger les droits de l'homme, son ordre public étatique doit traduire l'effectivité de cet engagement. Ceci passe donc par l'intégration des droits fondamentaux dans l'ordre public étatique<sup>1</sup>.

Toutefois, il faut souligner que si certains droits fondamentaux s'intègrent facilement aux principes essentiels du *for*, d'autres, en raison de leur incompatibilité avec les intérêts de ce *for*, soulèvent un doute raisonnable quant à la légitimité des critères internes d'appréciation de la régularité internationale des jugements. Le droit au respect de la vie privée et familiale confronté au principe d'indisponibilité de l'état des personnes constitue un exemple topique. En effet, selon la conception française de l'ordre public international, l'indisponibilité de l'état des personnes constitue un principe essentiel pouvant justifier la méconnaissance par l'État requis du droit au respect de la vie familiale. La sauvegarde des particularismes nationaux justifie cette prévalence accordée aux valeurs étatiques en matière de coordination des ordres juridiques. Or, c'est précisément cette prévalence systématiquement accordée aux intérêts du *for* que les juridictions européennes entendent remettre en cause, en imposant aux États, en matière de coordination des ordres juridiques, une prise en compte concrète des droits fondamentaux et indirectement des intérêts personnels qui postulent à la continuité des situations individuelles et familiales. Et, parce qu'à l'issue de ce contrôle opéré par ces juridictions les principes essentiels des États requis sont de plus en plus écartés au bénéfice des droits fondamentaux, il peut être retenu qu'on assiste sous l'essor de ces droits fondamentaux à un endiguement du risque de discontinuité sus-évoqué.

## §-2 : UN RISQUE ENDIGUÉ PAR L'APPLICATION DES DROITS FONDAMENTAUX

**155. Le cadre général de la réflexion.** — Pour assurer l'effectivité du besoin de continuité des situations personnelles et familiales, la Cour de justice de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'Homme se sont livrées à une démarche pragmatique à contre-courant du raisonnement abstrait adopté par le droit international privé en matière de coordination des ordres juridiques. En effet, les méthodes de coordination du droit international privé français sont construites en référence au principe absolu de prévalence des intérêts ou valeurs essentielles du *for* ; une telle approche qui se traduit généralement par le recours à l'exception d'ordre public international entraîne de manière mécanique le rejet des

---

<sup>1</sup> Par exemple, le droit fondamental au procès équitable de l'article 6, §-1 de la Conv. EDH rejoint le principe d'équité procédurale et se retrouve intégré à l'ordre public procédural. La logique veut en effet que les États qui s'engagent par traité à protéger les droits fondamentaux les intègrent dans le contenu même de leur ordre public étatique pour que la protection soit réellement effective.

situations acquises à l'étranger, sans une prise en compte concrète des intérêts antagonistes en jeu y compris lorsqu'ils sont protégés à travers les droits fondamentaux de la personne.

Prenant acte d'un tel état des choses, les Cours européennes<sup>1</sup> proposent une approche qui se veut concrète. L'objectif n'est pas de remettre en cause — du moins frontalement — les mécanismes du droit international privé, mais de vérifier que malgré l'obstacle qui est fait à la continuité des situations personnelles et familiales en application de ces mécanismes, les juges internes ont néanmoins tenu compte à travers un exercice de proportionnalité, de la nécessité de ménager un juste équilibre entre les intérêts du *for* et la protection des droits fondamentaux, même si l'effectivité de ces dernières risque de heurter frontalement les intérêts du *for*<sup>2</sup>.

Une telle démarche a pour conséquence de délégitimer le refus de l'État membre requis d'assurer la continuité internationale des situations personnelles et familiales, s'il s'avère au terme d'une appréciation concrète de la situation, que la discontinuité imposée excède ce qui est nécessaire à la protection des intérêts du *for*.

La Cour européenne des droits de l'Homme par exemple, après avoir évalué la compatibilité des résultats de l'application des règles nationales de droit international privé avec les droits fondamentaux, s'emploie ensuite à vérifier en fonction des particularités de l'espèce, si la violation de ces droits est justifiée par un besoin social impérieux et proportionnée au but poursuivi<sup>3</sup>. Les droits fondamentaux participent ainsi à l'effectivité des décisions étrangères et indirectement à celle du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace. Pour en rendre compte, il conviendra tout d'abord d'identifier au sein du catalogue des droits fondamentaux ceux qui sont capables de jouer un tel rôle (A) de manière à pouvoir vérifier ensuite, si dans la pratique, la mobilisation de ces droits fondamentaux aboutit à la consécration d'un droit à la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts (B).

<sup>1</sup> En réalité, cela apparaît de manière plus visible dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

<sup>2</sup> Un tel constat ressort de manière éclatante d'un récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, (JCP (G) 2014, p. 877, note A. GOUTTENOIRE, D. 2014, p. 1797, note F. CHÉNÉDÉ ; RTD civ. 2014, p. 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2014, p. 616, obs. J. HAUSER) spéc. §-84 ; « La Cour constate que cette approche se traduit par le recours à l'exception d'ordre public international, propre au droit international privé. Elle n'entend pas la mettre en cause en tant que telle. Il lui faut néanmoins vérifier si en appliquant ce mécanisme en l'espèce, le juge interne a dûment pris en compte la nécessité de ménager un juste équilibre entre l'intérêt de la collectivité à faire en sorte que ses membres se plient au choix effectué démocratiquement en son sein et l'intérêt des requérants – dont l'intérêt supérieur des enfants – à jouir pleinement de leurs droits au respect de leur vie privée et familiale ».

<sup>3</sup> CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, *Negrepontis-Giannis c. Grèce*, spéc. §-61 ; « Pareille ingérence méconnaît l'article 8 sauf si, « prévue par la loi », elle poursuit un ou des buts légitimes au regard du second paragraphe de cette disposition et est « nécessaire dans une société démocratique » pour les atteindre. La notion de « nécessité » implique une ingérence fondée sur un besoin social impérieux et, notamment, proportionnée au but légitime recherché ».

Il apparaît que la coordination des ordres juridiques à l'aune des droits fondamentaux va plus loin que la simple désactivation de l'exception d'ordre public. En effet la nécessité d'un contrôle de proportionnalité est transposable à toutes hypothèses de discontinuité justifiée par la protection des intérêts du *for*.

## A — L'IDENTIFICATION DES DROITS FONDAMENTAUX MOBILISABLES AU PROFIT DU BESOIN DE CONTINUITÉ

**156.** Au titre des droits fondamentaux susceptibles de garantir la circulation internationale des situations personnelles et familiales, il peut être fait mention de la liberté de circulation (art. 45 du TFUE, art. 45 de la Charte européenne des droits fondamentaux, et art. 2 du protocole additionnel n°4 à la Conv. EDH), du droit au procès équitable (art. 6, §-1 Conv. EDH), du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 Conv. EDH, art. 7 Chartes des droits fondamentaux), de la prohibition des discriminations (art. 14 Conv. EDH).

S'agissant de la liberté de circulation tout d'abord, il convient de relever qu'on doit l'association de cette liberté fondamentale à l'idée de continuité des rapports familiaux dans l'espace, à deux arrêts célèbres de la Cour de justice de l'Union européenne portant sur la continuité de l'état civil des personnes par-delà les frontières<sup>1</sup>.

Dans ces deux affaires à la configuration factuelle similaire, il était question d'enfants binationaux qui se heurtaient à un refus de mise en cohérence de leur état civil. En effet, un des États dont ils possédaient la nationalité refuse de procéder à la modification de leur état civil destinée à leur permettre, comme dans le pays de résidence dont ils étaient également ressortissants, de porter un double nom. La Cour, constatant que les refus étaient motivés par l'intérêt général dans les *fors* requis d'assurer la cohérence des règles juridiques en matière de nom de famille, avait néanmoins considéré que l'intérêt des enfants revêtus du manteau du droit fondamental au déplacement sans entraves du citoyen européen l'emportait systématiquement sur toute considération d'intérêt général. En effet, le trouble qui résulte de l'absence de continuité internationale de l'identité des enfants constituait une violation d'un droit fondamental qui ne saurait être justifiée, dans la configuration factuelle et juridique des espèces, par l'intérêt général.

En ce qui concerne le droit au procès équitable ensuite, même s'il n'y a aucune jurisprudence concernant l'usage de ce droit fondamental dans le but d'assurer la continuité internationale des situations personnelles et familiales, il est intéressant de relever que depuis un arrêt *Hornsby c. Grèce* de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>2</sup>, un tel raisonnement est tout

<sup>1</sup> CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rev. crit. DIP 2004, p. 192, note P. LAGARDE ; JDI 2004, p. 1225, note S. POILLOT-PERUZZETTO ; D. 2004, p. 1476, note M. AUDIT. - CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, Rev. crit. DIP 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; JDI 2009, p. 203, note L. D'AVOUT ; JCP (G) 2009, II, 10071, note A. DEVERS ; Dr. fam. 2009, comm. 50, obs. F. VIANGALLI.

<sup>2</sup> CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, D. 1997, n° 6, p. 74, note N. FRICÉRO.

Dans cet arrêt, la Cour a étendu la notion de « procès équitable » au droit à l'exécution des jugements définitifs et obligatoires. En effet pour la Cour, l'art. 6, §-1 de la Conv. EDH recouvre non seulement le droit d'accès à tribunal et le droit d'obtenir de ce tribunal un jugement à l'issue d'une procédure offrant les garanties d'équité,

à fait envisageable. Même si dans cet arrêt, les faits n'étaient pas relatifs à la problématique des coordinations des ordres juridiques, comment ne pas relever que si le droit fondamental au procès équitable avait permis dans l'arrêt *Pellegrini c. Italie*<sup>1</sup> de s'opposer à l'*exequatur* d'une décision étrangère, qu'il puisse également, à l'inverse, permettre de sanctionner les coordinations défectueuses, c'est-à-dire les refus d'*exequatur* ou les *exequatur* tardifs. Ainsi, lorsqu'un État membre, sans raisons légitimes ferait traîner une procédure d'*exequatur*, l'intérêt du demandeur à la continuité internationale de la décision étrangère, habillé en droit au procès équitable lui permettra d'assurer l'effectivité des droits qui lui ont été reconnus par le jugement étranger.

S'agissant du droit au respect de la vie privée et de la prohibition des discriminations enfin, c'est par un arrêt *Hussin c. Belgique* que la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé pour la première fois la possibilité d'assurer dans un État membre, l'effectivité des décisions étrangères par le truchement de ces droits fondamentaux. En effet, au détour d'une formulation audacieuse, la Cour a pu affirmer que « le refus d'accorder l'*exequatur* des jugements (étrangers) a représenté une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale des requérantes, ainsi qu'une atteinte à leur droit au respect de leurs biens »<sup>2</sup>.

Toutefois, il ne faudrait pas en déduire l'existence d'un droit à la reconnaissance des décisions étrangères, puisqu'en rappelant par cette formulation générique que le refus d'*exequatur*, dans l'absolu, est susceptible de violer les droits garantis par la Convention, la Cour ne fait que justifier le contrôle qu'elle va exercer sur la décision de l'État membre de refuser l'*exequatur* qu'elle avait préalablement accordée. D'ailleurs, dans la suite de son raisonnement, elle va juger qu'il n'y a, en l'espèce, pas d'atteinte à un droit garanti par la Convention, puisque la rétractation de l'*exequatur* s'explique par le fait que « les requérantes ne se seraient pas adressées aux juridictions compétentes ». Donc, « il ne saurait être fait grief aux autorités belges d'avoir refusé l'exécution de décisions qui leur sont apparues comme n'ayant pas été prises dans le respect des règles de compétence applicables ».

---

de célérité et de publicité, mais aussi le droit d'obtenir dans un délai raisonnable l'exécution dudit jugement devenu définitif.

<sup>1</sup> CEDH, 20 juill. 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, Rev. crit. DIP 2004, p. 106, note L.-L. CHRISTIANS ; LPA 18 avr. 2002, n° 78, p. 11, note J.-F. FLAUS.

<sup>2</sup> CEDH, 6 mai 2004, *Hussin c. Belgique*, n° 70807/01. D'ailleurs, la formule est devenue une clause de style par laquelle la Cour justifie le contrôle de proportionnalité qu'elle va exercer entre les intérêts s'opposant à l'*exequatur* et les droits fondamentaux. Voir par exemple une adaptation de la formule au droit à un procès équitable dans l'affaire *Mc Donald c. France* (CEDH, 29 avril 2008, n°18648/04, Rev. crit. DIP 2008, p. 830, note P. KINSCH) : « La Cour reconnaît que le refus d'accorder l'*exequatur* des jugements du tribunal américain a représenté une ingérence dans le droit au procès ».

Finalement, c'est l'arrêt *Wagner c. Luxembourg*<sup>1</sup> qui fournira l'illustration d'une neutralisation, par les droits fondamentaux garantis aux articles 8 et 14 de la Convention, des obstacles à la continuité internationale des situations personnelles et familiales.

En l'espèce, pour justifier le refus de reconnaissance d'une décision étrangère d'adoption plénière prononcée entre une luxembourgeoise célibataire et un enfant péruvien, les juridictions luxembourgeoises soulevaient l'impérativité de la réglementation interne prohibant l'adoption plénière par un célibataire. Cet obstacle à la continuité des rapports familiaux entre l'adoptant et l'adopté fut jugé injustifié par la Cour qui retint une violation combinée des articles 8 et 14 de la Convention.

Il apparaît au regard de ces quelques exemples que l'effectivité d'une décision étrangère peut désormais résulter d'une mobilisation des droits fondamentaux. Toutefois, il convient d'affiner la réflexion et se demander si par la mobilisation des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques, on n'assisterait pas à l'émergence d'un droit à la stabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace. En peu de mots, il sera question d'évaluer l'impact de la mobilisation des droits fondamentaux sur l'ordonnement juridique.

## **B — L'ÉVALUATION DE L'IMPACT DES DROITS FONDAMENTAUX SUR LE DROIT POSITIF**

**157.** S'il est permis au regard de la jurisprudence européenne de discuter de l'émergence d'un droit à la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille (1), il faut s'empresse de préciser, toujours à l'aune de cette même jurisprudence, qu'un tel droit, s'il devait être reconnu, ne saurait être absolu (2).

### **1) L'émergence d'un droit à la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts**

**158.** Au regard de leur jurisprudence actuelle, on discerne deux éléments qui soutiennent l'idée d'une reconnaissance ou d'une continuité internationale des situations personnelles et familiales. Si dans l'espace européen le droit à la continuité internationale trouve un fondement naturel dans le droit à la libre circulation (art. 45 du TFUE, art. 45 de la Charte européenne des droits fondamentaux, et art. 2 du protocole additionnel n°4 à la Conv. EDH), il convient de souligner de manière générale, que le respect des prévisions légitimes

---

<sup>1</sup> CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n° 76240/01, D. 2007, p. 2700, note F. MARCHADIER ; Rev. crit. DIP 2007, p. 807 note P. KINSCH ; JCP (G) 2007, I, 182 obs. F. SUDRE ; JDI 2008, p. 183, n. L. D'AVOUT.

(a), et l'impératif de protection de l'intérêt supérieur de l'enfant peuvent également servir de fondement à un tel droit à la continuité (b).

**a) La légitimité des prévisions, fondement du droit à la continuité**

**159.** En analysant certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, il apparaît que le droit à la continuité internationale des situations personnelles et familiales « dérive directement de la confiance légitime des intéressés dans la stabilité internationale de la situation acquise. Lorsque cette confiance légitime n'existe pas, la non-reconnaissance par les autorités d'un État contractant n'est pas une violation des droits de l'homme »<sup>1</sup>. Reste toutefois à discerner les prévisions légitimes des prévisions illégitimes.

Pour y arriver, la Cour au détour de ses arrêts semble déduire de certaines circonstances, la légitimité de la croyance en la stabilité internationale de la situation acquise à l'étranger. Ces circonstances peuvent être la régularité de la situation acquise à l'étranger, l'existence d'un usage ou d'une pratique allant dans le sens d'une reconnaissance de la situation dans le *for* requis, et la stabilité dans le temps de la situation en cause.

**160. La régularité de la situation acquise à l'étranger.** — Lorsqu'une situation a été régulièrement acquise à l'étranger, les intéressés peuvent légitimement s'attendre à ce que sa stabilité internationale leur soit assurée. En raison de la constitution régulière d'une telle situation au regard des règles en vigueur dans l'ordre juridique étranger, on présume de la légitimité en l'espérance de sa stabilité internationale. Cependant, il ne pourrait s'agir que d'une présomption simple susceptible d'être combattue par la vérification concrète de la légitimité en l'espérance d'une stabilité internationale. Ainsi, lorsqu'il apparaît que la constitution de la situation litigieuse à l'étranger résulte d'un rattachement volontaire à cet ordre juridique, la régularité d'une telle situation devrait s'apprécier non seulement à l'aune des règles de cet ordre juridique, mais aussi à l'aune des règles impératives de l'ordre juridique d'origine qui se retrouve requis.

Cette évaluation de la légitimité de la prévision de continuité internationale à l'aune des règles juridiques du *for* requis, procède d'une idée très simple ; celui qui va à l'étranger pour y créer une situation qu'il n'aurait pas pu constituer dans son pays en raison de sa prohibition, doit logiquement s'attendre à une réaction de cet ordre juridique dont les normes ont été éludées, lorsqu'une fois de retour, il demande la reconnaissance d'une telle situation. Une telle volonté de faire échec aux règles impératives substantielles ou processuelles de l'État requis, qui elle-même se déduit de la création non sincère d'un élément de rattachement afin de justifier la

---

<sup>1</sup> P. KINSCH, « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » in, P. LAGARDE (dir.), *Reconnaissance des situations en droit international privé*, A. Pedone 2013, p. 44.

compétence du *for* étranger, délégitime la croyance de la partie en la stabilité internationale de la situation. C'est ce qui ressort de l'affaire *Mc Donald c. France*<sup>1</sup>.

Dans cette affaire, un américain avait sollicité des juges français un divorce pour faute afin de rompre le lien matrimonial constitué en France entre lui et une française qui acquit plus tard, par le biais d'une naturalisation, la nationalité américaine. Les juges du premier degré l'avaient débouté de sa demande et condamné au paiement d'une certaine somme au titre des obligations du mariage. N'ayant pas exercé de recours contre cette décision devenue définitive, l'époux avait décidé de contourner ces règles procédurales françaises en sollicitant du juge américain, le divorce qui lui avait été refusé en France.

Pour déclencher la compétence des juridictions américaines, il réalisa un court séjour en Floride. L'époux une fois le divorce prononcé par les juridictions américaines cessa de satisfaire aux obligations du mariage et se remaria en Côte d'Ivoire. C'est à l'occasion d'un litige financier l'opposant à son ex-femme lors de la vente d'un immeuble en indivision acquis autrefois en France, qu'il sollicita auprès des juridictions françaises, la reconnaissance du divorce étranger.

Face au refus de ces derniers et après épuisement des voies de recours internes, il saisit la Cour européenne des droits de l'Homme et habilla son intérêt à la continuité du traitement étranger du conflit d'intérêts l'ayant jadis opposé à sa première épouse, en droit au procès équitable.

Relevant la création non sincère d'un élément de rattachement de la situation conflictuelle à l'ordre juridique américain, la Cour souligne qu'« il ne saurait dès lors être fait grief aux autorités françaises d'avoir refusé l'exécution d'une décision qui leur est apparue comme ayant pour but de faire échec, du fait de l'inaction du requérant, aux règles de procédure applicables ».

Dans le même ordre d'idées, la Cour a pu déduire l'illégitimité de la prévision de continuité internationale des liens familiaux établis à l'étranger suite à une convention de mère porteuse, de la connaissance par les parents d'intention de la prohibition dans l'ordre juridique français de telles conventions<sup>2</sup>. La prévision n'étant point légitime, l'ingérence de l'État français dans la vie familiale des parents d'intention se trouvait justifiée.

<sup>1</sup> CEDH, 29 avril 2008, n°18648/04, Rev. crit. DIP 2008, p. 830, note P. KINSCH

<sup>2</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11, Dr. fam. 2014, comm. 128, obs. C. NEIRINCK ; JCP (G) 2014, n° 30-35, 877, note A. GOUTTENOIRE. Voir spéc. §-58 : « Elle constate ensuite qu'à l'époque des faits déjà, les articles 16-7 et 16-9 du code civil prévoyaient expressément la nullité des conventions de gestation pour autrui et énonçaient qu'il s'agissait d'une nullité d'ordre public (...). Selon la Cour, les requérants ne pouvaient dans ces conditions ignorer qu'il y avait au moins un risque sérieux que le juge français conclue de la sorte dans leur cas, même si aucune disposition de droit interne ne faisait expressément obstacle à la reconnaissance d'un lien de filiation entre les premiers et les troisièmes et quatrièmes d'entre eux, et nonobstant le principe de l'effet atténué de l'ordre public ».

Rapp. CEDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, spéc. §-86 ; AJ. fam. 2015, p. 165, note E. VIGANOTTI ; JCP (G) 2015, act. 194, F. SUDRE ; Dr. fam. 2015, chron. 2, obs. A. GOUTTENOIRE. ; D.

Toutefois, même si l'irrégularité de la situation litigieuse au regard du droit positif du *for* requis est acquise pour la simple bonne raison que l'individu ne pouvait valablement ignorer, au moment de la constitution à l'étranger de la situation litigieuse, la teneur des règles juridiques de ce *for*, sa croyance en la continuité internationale de cette situation litigieuse n'en est pas moins légitime et donc protégée, s'il apporte la preuve qu'en raison d'une pratique libérale dans le *for* requis, il pouvait objectivement espérer une continuité internationale de sa situation. L'existence d'une pratique libérale constitue également un critère d'appréciation de la légitimité des prévisions de continuité.

**161. L'existence d'une pratique libérale.** — C'est avec l'arrêt *Wagner c. Luxembourg*<sup>1</sup> qu'est apparue l'idée selon laquelle l'existence d'une pratique libérale, en matière de reconnaissance des jugements étrangers, pourrait constituer un critère d'appréciation de la légitimité des prévisions de continuité.

Dans cet arrêt où le litige portait sur la reconnaissance de jugements étrangers d'adoption, la Cour européenne des droits de l'Homme avait retenu qu'en raison d'une pratique administrative de reconnaissance de plein droit des jugements péruviens d'adoption, la requérante avait pu de bonne foi s'engager dans un processus d'adoption à l'étranger<sup>2</sup>. Elle avait alors conclu en la nécessité de protéger cette prévision légitime des requérants. L'idée ici est celle d'une protection de l'individu contre les changements brusques de l'administration. Puisque les situations personnelles ou familiales dont la stabilité internationale est poursuivie ont été acquises à l'époque où une ancienne pratique libérale avait cours, les individus ont légitimement pu croire en leur reconnaissance internationale.

Outre l'existence d'une pratique libérale en matière de reconnaissance et la vérification de la régularité de la situation acquise à l'étranger, la légitimité de la croyance en la continuité peut enfin s'apprécier au regard de la durée des effets produits par la situation acquise à l'étranger.

**162. La stabilité dans le temps de la situation acquise à l'étranger.** — Ce critère d'appréciation de la légitimité des prévisions de continuité procède de l'idée selon laquelle, la stabilité dans le temps d'une situation acquise à l'étranger justifie sa protection, en dépit de

---

2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2015, p. 325, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RJPF 2015, n° 4, p. 11, obs. I. CORPART.

<sup>1</sup> CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n° 76240/01, précit.

<sup>2</sup> §- 130 « En l'espèce, une pratique existait avant les faits litigieux, selon laquelle les jugements péruviens ayant prononcé une adoption plénière étaient reconnus de plein droit au Luxembourg. Ainsi - et le Gouvernement ne le conteste pas -, plusieurs femmes célibataires avaient pu transcrire un tel jugement sur les registres de l'état civil luxembourgeois sans en demander l'exequatur. La première requérante entreprit dès lors ses démarches de bonne foi en vue d'une adoption au Pérou. L'intéressée ayant suivi toutes les règles imposées par la procédure péruvienne, le juge prononça l'adoption plénière de la deuxième requérante. Une fois au Luxembourg, les requérantes pouvaient légitimement s'attendre à ce que l'officier de l'état civil procédât à la transcription du jugement péruvien. Toutefois, la pratique de la transcription des jugements avait subitement été abrogée et leur dossier fut soumis à l'examen des autorités judiciaires luxembourgeoises ».

l'irrégularité affectant sa constitution ou l'absence d'une pratique libérale de reconnaissance au moment de sa constitution.

En d'autres termes, les obstacles à la reconnaissance, découlant de la mobilisation des garde-fous nationaux, doivent être désactivés en raison de la production et de la jouissance au cours d'une période suffisamment longue, des effets d'une situation irrégulièrement acquise à l'étranger. La réalité sociale doit en quelque sorte l'emporter.

Certains auteurs auraient défendu l'idée parce qu'ils y verraient une sorte de prescription acquisitive à travers les frontières permettant la circulation des situations<sup>1</sup>, ou encore une prise en compte de l'apparence en droit international privé<sup>2</sup>.

D'autres en revanche, pointant la consécration d'une méthode du fait accompli, l'auraient fustigée<sup>3</sup>. Quant aux magistrats de la Cour européenne des droits de l'Homme, il semblerait, depuis l'arrêt *Negrepointis-Giannisis c. Grèce*<sup>4</sup>, qu'ils partagent les opinions des auteurs favorables à la protection des situations irrégulièrement acquises en raison de leur durée dans le temps.

En effet, pour sanctionner le refus des juridictions helléniques<sup>5</sup> de reconnaître le lien de filiation adoptive établi à l'étranger entre un moine de nationalité grecque et son neveu de même nationalité, la Cour avait, entre autres, pris en considération la durée du lien d'adoption — 24 ans en l'espèce — et sa réalité<sup>6</sup> — une vie familiale a été vécue entre l'adoptant et l'adopté qui a même fait accoler le nom de l'adoptant à son nom d'origine —, pour conclure que ce lien ne pouvait être remis en cause sans entraîner dans la vie de l'adopté un trouble disproportionné par rapport au but légitime poursuivi par l'État<sup>7</sup>. Il apparaissait aussi en filigrane de son raisonnement que la Cour reprochait aux frères et sœurs de l'adoptant de ne

<sup>1</sup> P. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, 1958, spéc. n° 212.

<sup>2</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *L'apparence en droit international privé*, LGDJ, 1984. - Voir également, C. PAMBOUKIS, La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 513, spéc. p. 553 « Pourtant, il nous semble en fait que la raison de la soumission à la méthode de reconnaissance des rapports effectivement créés n'est peut-être pas tant la matière que la durée du rapport dans le temps et un espace donné au sein d'un même ordre juridique, durée productrice des effets et qui crée une apparence, une croyance commune si forte que sa négation perturbe l'ordre des choses. Et en effet, cette perturbation est plus grave quand elle est afférente au droit de l'état de personnes que quand elle se réfère au droit patrimonial ».

<sup>3</sup> Y. LEQUETTE, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2011, n° 213.

<sup>4</sup> CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, *Negrepointis-Giannisis c. Grèce*, JDI 2012, comm. 7, p. 215, note A. DIONISI-PEYRUSSE ; D. 2012, p. 1239, obs. F. JAULT-SESEKE ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 817, étude P. KINSCH ; *Dr. fam.* 2012, étude n° 8, obs. A. GOUTTENOIRE.

<sup>5</sup> Ce refus était justifié par l'existence d'un principe d'ordre public interdisant aux religieux de prendre part aux actes juridiques ayant un rapport avec les activités séculières.

<sup>6</sup> Dans ce sens, voir, A. GOUTTENOIRE, obs. sous CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, *Dr. fam.* 2012, études, n° 6, spéc. n° 4. D'après l'auteur, « la Cour européenne franchit un pas supplémentaire, après l'arrêt *Wagner c. Luxembourg* du 28 juin 2007, vers la consécration d'une obligation pour les États de reconnaître les effets jugements étrangers établissant un lien familial, même si ceux-ci sont contraires à l'ordre public national, dès lors que ce lien correspond à une vie familiale effective ».

<sup>7</sup> Voir paragraphes 75 et 76.

s'être opposés à cette adoption dont ils avaient pourtant connaissance<sup>1</sup>, qu'au moment de l'ouverture de la succession du *de cuius*.

En clair, il appartient aux personnes intéressées de ne pas laisser la situation constituée à l'étranger se consolider en raison de la jouissance de ses effets dans le temps. Pour ce faire, elles auraient dû exercer, dans les pays où la reconnaissance de la situation créée à l'étranger est susceptible de heurter leurs intérêts, une action en inopposabilité du jugement étranger dont découle le lien de filiation adoptive.

Dans le même ordre d'idée, il convient de souligner que, la prise en compte de la jouissance prolongée dans le temps des effets d'une situation irrégulièrement acquise pour en déduire l'existence d'une prévision légitime à sa continuité, n'est pas un procédé inconnu du juge interne intervenant en matière familiale. Même si l'affaire qui offre une illustration de l'utilisation du procédé ne présente aucun élément d'extranéité, elle mérite d'être relevée, tant la Cour de cassation semble faire sien le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>2</sup>.

Dans les faits, le litige portait sur l'annulation d'un mariage incestueux célébré entre une belle-fille et son beau-père. Contrairement aux juges du fond, la Cour de cassation a décidé, dans un arrêt du 4 décembre 2013, de protéger ce mariage incestueux, prétexte pris d'une consolidation dans le temps de ce rapport familial irrégulier. En effet, après avoir relevé que le mariage litigieux était prohibé par le droit français, la Cour de cassation a toutefois jugé que ce mariage méritait d'être protégé, dès lors qu'il avait quand même duré plus de vingt ans<sup>3</sup>. Pour ce faire, elle a commencé par relever que le précédent mari, qui remet en cause aujourd'hui la validité d'un tel mariage, ne s'était jamais opposé à sa célébration comme le lui permettait la loi ; qu'en attendant le décès du nouveau mari qui était également son père pour solliciter l'annulation du mariage, l'action en nullité intentée n'était motivée que par des intérêts successoraux. Visant ensuite l'article 8 de la Conv. E.D.H., les juges du droit ont retenu que l'annulation d'un tel mariage constituerait une ingérence injustifiée dans le droit au respect de la vie privée et familiale de l'épouse. On ne peut manquer de souligner que le raisonnement rappelle furieusement celui tenu par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*.

<sup>1</sup> Prendre en compte la durée de la situation pour justifier un droit à la continuité revient à instaurer une espèce de droit de la possession d'état. Donc, pour que l'effet du temps soit utile en la matière, il faut que les intéressés aient joui des effets juridiques résultant de cette situation de manière continue, paisible, publique et non équivoque. Il s'agit là des vices classiques de la possession.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, RTD civ. 2014, p. 88, obs. J. HAUSER ; RJPF 2014/2, p. 23, note A. CHEYNET DE BEAUPRÉ ; D. 2014, p. 179, note F. CHÉNÉDÉ.

<sup>3</sup> Il a en revanche été jugé qu'une durée de huit années ne suffit pas à la cristallisation d'un mariage incestueux. Cependant, il faut noter que la brièveté de la durée du mariage incestueux peut-être compensée par l'intérêt des enfants si ce mariage a donné lieu à la naissance d'enfants. Tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque le mariage incestueux n'a conduit à la naissance d'aucun enfant. Voir aussi, CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939, Dr. fam. 2015, n° 3, comm. 44, obs. J.-R. BINET.

En définitive, la régularité de la situation acquise à l'étranger, l'existence d'une pratique libérale, la stabilité dans le temps de la situation acquise à l'étranger constituent autant de faisceaux d'indices permettant de retenir dans une situation donnée, l'existence de prévisions légitimes à la continuité internationale du traitement acquis à l'étranger. Ce qui obligerait l'État requis à laisser les traitements étrangers des conflits d'intérêts, produire leurs effets dans son ordre juridique. Si le droit à la continuité internationale peut reposer sur l'existence d'une prévision légitime, il convient de ne pas oublier que l'intérêt supérieur de l'enfant peut aussi contribuer à la garantie de ce droit.

### ***b) L'intérêt supérieur de l'enfant, fondement du droit à la continuité***

**163.** Au regard des jurisprudences européennes, il semblerait que la nécessité d'assurer le respect de l'intérêt supérieur de l'enfant puisse justifier la reconnaissance à son profit d'une continuité internationale de sa situation juridique<sup>1</sup> ; c'est en tout cas, du moins en pratique, le résultat auquel on aboutit.

En effet, en donnant un poids prépondérant à l'intérêt supérieur de l'enfant sur toute autre considération, on fait pencher, presque automatiquement la balance des intérêts du côté du droit à la continuité chaque fois qu'il y va de l'intérêt de l'enfant.

Par exemple, la Cour de justice des communautés européennes dans les arrêts *Garcia Avello*<sup>2</sup> et *Grunkin et Paul*<sup>3</sup>, même si elle ne le dit pas expressément reconnaît la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant conduisant, au nom du droit à la libre circulation, à assurer dans ces affaires, la continuité internationale de son statut personnel.

Cette volonté d'assurer lors de la pesée des intérêts en présence, la prévalence de l'intérêt de l'enfant, se vérifie d'ailleurs dans un récent arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne. Dans un domaine fort éloigné de celui de la reconnaissance des jugements étrangers, la Cour insista sur le fait qu'en vertu de l'article 24 §-2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, « il incombe aux autorités nationales compétentes, lors de la mise en œuvre de la directive 2003/86 et de l'examen des demandes de regroupement familial, de procéder à une appréciation équilibrée et raisonnable de tous les intérêts en jeu, en tenant particulièrement compte de ceux des enfants concernés »<sup>4</sup>. L'utilisation en l'espèce de l'adverbe particulièrement tient à démontrer que la pesée doit être sublimée dans le sens de l'intérêt de l'enfant.

<sup>1</sup> Un auteur voit même dans l'intérêt de l'enfant un instrument permettant « d'œuvrer à la difficile conjugaison des impératifs de droit international privé et de la cohérence des systèmes nationaux ». Voir, P. HAMMJE, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in, *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 365 et s., spéc., p. 367.

<sup>2</sup> CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, précit.

<sup>3</sup> CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, précit.

<sup>4</sup> CJCE, 6 déc. 2012, n° C-356/11, spéc. §-81.

La nécessité d'assurer une telle continuité internationale des situations personnelles et familiales au bénéfice des enfants ressort de manière éclatante des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi dans l'affaire *Mennesson c. France*, il faut rappeler que si la Cour refuse de reconnaître une continuité internationale du rapport de filiation au bénéfice des parents, elle relève en revanche une atteinte au respect de la vie privée des enfants « étant donné aussi le poids qu'il y a lieu d'accorder à l'intérêt de l'enfant lorsqu'on procède à la balance des intérêts en présence (...) »<sup>1</sup>. De même, dans l'affaire *Wagner c. Luxembourg*, la Cour a rappelé « que c'est l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit primer dans ce genre d'affaires, et que les juges luxembourgeois ne pouvaient raisonnablement passer outre au statut juridique créé valablement à l'étranger et correspondant à une vie familiale au sens de l'article 8 de la Convention »<sup>2</sup>. Mais, contrairement à la Cour de justice des communautés européennes qui, dans les arrêts *Garcia Avello* et *Grunkin et Paul*, préservait l'intérêt de l'enfant à la continuité internationale de sa situation par le truchement du droit à la libre circulation, les juges de Strasbourg eux vont arriver au même résultat sur le fondement du droit à l'identité<sup>3</sup>. Comme le soulignent à juste titre des auteurs<sup>4</sup>, contrairement au droit à la libre circulation dans l'Union européenne qui limite la portée de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, le droit à l'identité en raison de sa généralité, donne une portée universelle à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. En définitive, il convient de relever que l'idée qui tend à s'imposer aujourd'hui est qu'il est insupportable de faire subir à l'enfant une discontinuité dans sa situation personnelle ou familiale, soit en raison du comportement de ses parents<sup>5</sup>, soit en raison de l'incompatibilité de sa situation avec les normes juridiques internes<sup>6</sup>. Cependant, un tel droit à la continuité motivé par l'intérêt de l'enfant ne saurait être absolu.

## 2) Les limites d'un droit à la continuité du traitement des conflits d'intérêts

**164.** Pour ne pas ruiner toute idée de cohésion des ordres juridiques requis, le droit à la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts doit nécessairement souffrir de limitations. Cependant, ces limites ne sont pas faciles à appréhender. Même si la prudence reste de mise en la matière, on peut néanmoins discerner à travers une décision

<sup>1</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11 spéc. §-101.

<sup>2</sup> CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n° 76240/01, spéc. §- 133.

<sup>3</sup> CEDH, 5 déc. 2013, *Henry Kismoun c. France*, n° 32265/10, AJ fam. 2014. 194, obs. C. DOUBLEIN ; RJPF 2014 -2/10, obs. I. CORPART ; RTD civ. 2014, p. 332 obs. J. HAUSER ; JCP (G) 2014, n° 3, p. 106, note F. SUDRE. - CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, précit.

<sup>4</sup> H. GAUDEMET-TALLON, F. JAULT-SESEKE « Panorama de jurisprudence de droit international privé », D. 2015, p. 1056, spéc. I, B, 1, e.

<sup>5</sup> C'est l'hypothèse de l'affaire *Mennesson c. France*.

<sup>6</sup> C'est l'hypothèse des affaires *Garcia Avello*, *Grunkin et Paul*.

d'irrecevabilité rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1</sup>, une potentielle limite à la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts. En effet, il semblerait que le droit à la continuité soit limité dans les domaines où le *for* requis disposerait d'une marge nationale d'appréciation (a).

Au final, la seule certitude qui se dégage c'est que le droit à la continuité internationale ne peut être absolu. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que les fondements sur lesquels reposerait ce droit — à savoir le caractère légitime des prévisions de continuité et l'intérêt de l'enfant — demeurent fragiles. Ainsi, la méthode la plus simple pour s'opposer à la continuité internationale des traitements revient à fragiliser les fondements sur lesquels celui qui invoque le bénéfice d'un tel droit tente de le faire reposer (b).

### **a) Un droit limité par l'existence d'une marge nationale d'appréciation**

**165.** Dans les domaines où l'État requis dispose d'une marge d'appréciation<sup>2</sup>, l'invocation des droits fondamentaux par les particuliers ne saurait conduire à la consécration d'un droit à la continuité internationale des situations acquises à l'étranger. C'est le principal enseignement qu'on peut tirer de l'arrêt *Green et Farhat c. Malte*<sup>3</sup>.

Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'Homme refuse de sanctionner sur le fondement du droit au respect de la vie familiale, un État membre qui s'était opposé à la reconnaissance d'un mariage étranger qui avait pourtant duré vingt ans.

Dans les faits, madame Green, maltaise avait épousé en 1978 à Malte un autre maltais conformément au rite catholique. En 1980, elle s'expatria sans son époux en Libye et se convertit à l'Islam. Au regard de la loi islamique appliquée en Libye, la conversion à l'Islam entraîne automatiquement la rupture des liens matrimoniaux existant entre le converti et un non-musulman. En application de cette règle, madame Green reçut l'autorisation d'une juridiction libyenne de se remarier puisqu'en raison de sa conversion, son mariage précédent avec un catholique maltais se trouvait automatiquement dissout. Elle épousa ensuite monsieur Farhat conformément au rite islamique. Les nouveaux époux vécurent en Libye. Vingt ans plus tard, souhaitant s'établir à Malte, madame Green sollicita la reconnaissance de son

<sup>1</sup> CEDH, 6 juill. 2010, *Green et Farhat c. Malte*, n° 38797/07, Rev. crit. DIP 2011, p. 665, note L. D'AVOUT.

<sup>2</sup> Pour une analyse de la notion, voir par exemple, M. IZORCHE, M. DELMAS-MARTY, *Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit*, RIDC, 2000, n° 4, p. 753 et s., spéc. p. 765. - P. LAMBERT, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in, F. SUDRE (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1998, p. 63 et s. - F. TULKENS, L. DONNAY, *L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'Homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?*, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2006, p. 3 et s. - P. WACHSMANN « Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in, *Mélanges P. LAMBERT*, Bruylant, 2000, p. 1017 et s. - A.-D. OLINGA, C. PICHERAL, *La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme*, R.T.D.H. 1995, p. 567 et s., spéc. p. 602 sur l'impossibilité de définir la notion.

<sup>3</sup> CEDH, 6 juill. 2010, *Green et Farhat c. Malte*, n° 38797/07, précit.

mariage libyen afin de permettre à son second époux d'y résider sans solliciter de visa. Les juridictions maltaises s'y opposèrent au motif que la demanderesse n'apportait pas la preuve de la dissolution de son premier mariage. Or, en l'absence de cette preuve, le premier mariage reste valable et le second mariage nul en raison de la prohibition des unions polygamiques. Après épuisement des voies de recours internes, madame Green et monsieur Farhat saisirent la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 8 de la Convention. Pour la Cour, la détermination des règles relatives à la validation du mariage relève de la compétence des États. Elle souligne qu'en la matière, les États ont une marge d'appréciation conséquente et qu'en ne se conformant pas aux règles relatives à la dissolution de son premier mariage, la requérante ne pouvait se plaindre du refus de reconnaissance qui lui était opposé par les autorités maltaises en ce qui concerne son second mariage. Or, si on se livrait à une analyse de cette situation litigieuse à l'aune du critère de la légitimité des prévisions précédemment dégagé, le droit au respect de la vie privée et familiale invoqué par les requérants devrait aboutir à la consécration d'une continuité internationale de leur situation familiale, puisque le mariage litigieux a duré plus de vingt ans. Mais, contre toute attente, la Cour se réfugie derrière la marge d'appréciation nationale de l'État requis, pour refuser une telle continuité.

Cette fonction d'annihilation de la continuité des situations acquises à l'étranger que joue la marge d'appréciation peut s'expliquer ainsi. Dans les domaines où la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît une marge d'appréciation aux États, elle pose à leur profit, une présomption simple de satisfaction aux exigences de proportionnalité entre les mesures par eux adoptées au nom de l'intérêt général, et le nécessaire respect des droits fondamentaux<sup>1</sup>. Si une atteinte aux droits fondamentaux en découle, elle est *a priori* jugée admissible, sauf si la situation litigieuse laisse apparaître de manière objective un profond déséquilibre entre l'intérêt général que poursuit l'État membre et la garantie due aux droits fondamentaux<sup>2</sup>.

Dans cet arrêt, au-delà du constat évident suivant lequel, le droit à la continuité internationale des situations acquises à l'étranger est limité en présence d'une marge d'appréciation reconnue aux États, il est possible de retenir également une autre interprétation de la solution posée par la Cour. En effet, on peut considérer que la Cour ne fait que consacrer de manière implicite, l'absence d'autonomie du critère de la stabilité dans le temps des situations irrégulièrement acquises. Autrement dit, la durée dans le temps d'une situation irrégulièrement acquise n'est pas à elle seule, suffisante à l'acquisition d'un droit à sa continuité internationale.

---

<sup>1</sup> S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. TULKENS, F. OST, Bruylant, PFUSL, 2001, p. 510.

<sup>2</sup> Voir par exemple, CEDH, 25 mars 1992, n° 13343/87, *B c. France*, §-63 (affaire portant sur la question de la modification d'état civil d'une personne transsexuelle).

**b) Un droit limité par la preuve de son absence de légitimité**

**166.** Les critères qui seront dégagés ici ne constituent pas, à proprement parler, des limites au droit à la continuité internationale, mais plutôt des hypothèses d'absence ou d'inexistence d'un tel droit. Cette absence peut être justifiée soit par le comportement fautif de celui qui revendique un tel droit, soit par l'interprétation erronée de l'intérêt supérieur de l'enfant, lorsque le droit à la continuité internationale repose sur ce critère.

**167. L'absence d'un droit à la continuité internationale justifiée par le comportement fautif de celui qui le revendique.** — Lorsque le refus de donner effet au traitement étranger des conflits d'intérêts se justifie par le fait qu'un tel traitement n'aurait pu être consacré dans l'ordre juridique requis en raison de sa contrariété avec les principes essentiels de ce *for*, il a été souligné que l'invocation de certains droits fondamentaux était de nature à briser une telle résistance, et consacrer *in fine* un droit à la continuité internationale. Cependant, un tel droit à la continuité ne pourrait être réalisé lorsque le refus de reconnaissance opposé par l'État requis se justifie par le comportement fautif de celui qui l'invoque. Il s'agit donc pour s'opposer à la légitimité des prévisions, d'appliquer une règle de bon sens souvent rappelée par la Cour en vertu de laquelle, « nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer »<sup>1</sup>. En sus, il semblerait au regard de l'arrêt *Green et Farhat c. Malte*, que la stabilité dans le temps de la situation litigieuse ne suffit pas à excuser le comportement fautif reproché. Ce qui signifie dans le cas des époux Mennesson<sup>2</sup> par exemple, qu'en raison du contournement volontaire des règles impératives du *for*, la création d'un rapport de filiation à l'étranger, quelles que soient sa durée et son intensité, ne pourrait conduire ces parents d'intention à réclamer en leur propre nom, une stabilité internationale de la situation. La seule possibilité pour les parents d'intention d'obtenir en leur propre nom, la réalisation du droit à la continuité internationale malgré leur comportement fautif, serait donc d'invoquer, en plus de la stabilité de la situation litigieuse dans le temps, l'existence d'une pratique libérale en matière de reconnaissance, comme dans l'arrêt *Wagner c. Luxembourg*<sup>3</sup>. L'existence de cette pratique libérale constituerait en quelque sorte, une cause d'exonération au comportement fautif reproché. *In fine*, il apparaît que le recours à la stabilité temporelle d'une situation ne suffit pas toujours pour garantir sa stabilité internationale.

**168. L'absence d'un droit à la continuité internationale justifiée par l'interprétation erronée de l'intérêt supérieur de l'enfant.** — Lorsque le droit à la

<sup>1</sup> CEDH, 30 janv. 2003, n° 73443/01, *Freimanis et Lidums c. Lettonie*, CEDH, 29 avril 2008, n° 18648/04, *Mc Donald c. France*, CEDH, 6 mai 2004, *Hussin c. Belgique*, n° 70807/01.

<sup>2</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, précit.

<sup>3</sup> CEDH, 28 juin 2007, *Wagner c. Luxembourg*, n° 76240/01, précit.

continuité internationale se justifie par l'intérêt supérieur de l'enfant, il est possible d'éviter sa consécration en invoquant, en l'espèce, une interprétation erronée de cet intérêt. En effet, l'idée de fonder un droit à la continuité internationale sur l'intérêt supérieur de l'enfant repose sur un double postulat. Le premier présuppose qu'il est de l'intérêt de l'enfant d'avoir une situation juridique personnelle ou familiale stable, peu importe le phénomène de la frontière. Le second affirme la prévalence de l'intérêt de l'enfant sur toutes autres considérations notamment celles qui s'opposent dans notre hypothèse d'étude à la réception des situations acquises à l'étranger.

À l'heure actuelle, il apparaît aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme que seul le premier postulat est susceptible d'être réfuté au moyen d'une appréciation *in concreto* de l'intérêt de l'enfant. En apporter la preuve reste donc le seul moyen permettant de justifier la consécration d'une discontinuité au détriment de l'enfant.

En conclusion à cette section, il convient de souligner que l'usage des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques a eu pour finalité de suppléer les mécanismes du droit international privé lorsque le besoin de stabilité des situations personnelles et familiales n'était pas suffisamment pris en compte au regard des configurations de l'espèce. La pesée concrète des intérêts qui en découle atténue l'absolutisme des valeurs de l'ordre juridique requis<sup>1</sup> ; les droits fondamentaux participent ainsi à la stabilité internationale du traitement des conflits d'intérêts. L'effectivité du traitement des conflits d'intérêts étant assurée dans l'espace, la discontinuité des ordres juridiques n'engendre plus d'incertitude dans les rapports juridiques.

Toutefois, il convient de souligner que si le recours aux droits fondamentaux permet de cantonner le risque d'instabilité internationale des solutions acquises à l'étranger, le pragmatisme qu'ils impriment à la méthode de coordination laisse poindre l'émergence de nouveaux facteurs d'instabilité. En effet, puisque l'influence des droits fondamentaux conduit à replacer les intérêts de la personne au cœur de la coordination des ordres juridiques<sup>2</sup>, cette finalité, lorsqu'elle est poussée à l'extrême, est susceptible d'annihiler le traitement des conflits d'intérêts acquis à l'étranger. On assiste dès lors à un renouvellement du risque d'instabilité dont il faudra mesurer l'impact sur la sécurité juridique.

---

<sup>1</sup> *In fine* la méthode conduit les Cours européennes à modeler les ordres publics internationaux étatiques dans le creuset des valeurs fondamentales européennes dont le contenu est s'il fallait encore le rappeler, déterminé par elles.

<sup>2</sup> Voir, D. BUREAU, H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. I, PUF, 2<sup>e</sup> éd. 2010, n° 575.

## **SECTION II : LE RENOUVELLEMENT DU RISQUE D'INSTABILITÉ AU CONTACT DES DROITS FONDAMENTAUX**

**169.** Pour assurer la stabilité internationale des situations personnelles et familiales, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas hésité à recourir aux droits fondamentaux pour tempérer l'absolutisme des valeurs du *for*. Ainsi, lorsque les intérêts étatiques s'opposaient à la continuité internationale des situations acquises à l'étranger, l'objectif de la Cour était de vérifier, à travers une pesée concrète, si un équilibre acceptable était préservé entre l'intérêt général protégé par le *for* requis et les intérêts individuels à la continuité, déguisés en droits fondamentaux. L'usage des droits fondamentaux permettait ainsi de préserver la sécurité juridique et la permanence des solutions régulièrement acquises à l'étranger, chaque fois que le refus de reconnaissance opposé par l'État requis paraissait disproportionné au regard des buts légitimes qu'il poursuit.

Mais, ces droits fondamentaux utilisés comme facteurs de coordination des ordres juridiques, peuvent être dévoyés de cet objectif s'ils sont invoqués non plus comme un moyen de protection de l'individu contre l'absolutisme des valeurs de l'ordre juridique requis, mais comme un moyen de protection de l'individu contre les solutions acquises à l'étranger. Les droits fondamentaux deviennent alors, en raison de cette ambivalence fonctionnelle, des entraves à la circulation internationale des jugements étrangers. Partant de cette ambivalence fonctionnelle des droits fondamentaux (§-1), il sera question de rendre compte de l'impact d'une généralisation du recours aux droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques (§-2).

### **§-1 : UN RISQUE D'INSTABILITÉ ENGENDRÉ PAR L'AMBIVALENCE FONCTIONNELLE DES DROITS FONDAMENTAUX**

**170.** Même en matière de coordination des ordres juridiques, les États signataires de la Conv. E.D.H. se doivent de respecter les droits fondamentaux. Un État contractant qui accepterait de faire produire effet à un jugement étranger rendu en violation des droits fondamentaux, méconnaît indirectement ses obligations conventionnelles. Il s'agira dans une telle circonstance de faire jouer les droits fondamentaux contre l'objectif de stabilité ou de continuité internationale des situations personnelles et familiales. Ainsi, pour s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution en France d'un jugement étranger tranchant un conflit d'intérêts, il suffit à la partie qui y a intérêt d'invoquer la méconnaissance par ledit jugement, des garanties tant processuelles (A) que substantielles (B) issues des droits fondamentaux.

## A — LE REFUS D'EXÉCUTION DES TRAITEMENTS ÉTRANGERS RENDUS EN MÉCONNAISSANCE DES GARANTIES PROCESSUELLES

171. Le phénomène de la frontière n'autorise pas le juge de *l'exequatur* à fermer les yeux sur l'iniquité d'une procédure étrangère. Il doit faire respecter le droit au procès équitable des parties en refusant d'ordonner l'exécution du jugement étranger sur le fondement de l'article 6 de la Convention. Classiquement, les exigences du procès équitable<sup>1</sup> obligent l'État requis, d'une part, à permettre l'accès au juge de *l'exequatur*<sup>2</sup> et à faire exécuter avec célérité les décisions étrangères exequaturées<sup>3</sup>, et d'autre part, à contrôler que l'instance menée à l'étranger l'a été dans le respect des droits au procès des parties. Pour les besoins de la présente réflexion qui vise à démontrer que les droits fondamentaux peuvent être des obstacles à l'objectif de stabilité internationale des traitements juridictionnels des conflits d'intérêts, seul le contrôle de la procédure judiciaire étrangère au regard des exigences du procès équitable sera envisagé. En effet, l'article 6 de la Convention oblige le juge de *l'exequatur* à s'assurer que les parties ont été mises en mesure de défendre utilement leurs prétentions aux différents stades de l'instance ayant conduit au prononcé du jugement étranger. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme s'est prononcée en ce sens dans le désormais célèbre arrêt *Pellegrini c. Italie*<sup>4</sup>. Dans cet arrêt les juges de Strasbourg ont retenu que l'Italie se rendait coupable d'une violation de l'article 6 de la Convention, en reconnaissant un jugement rendu par l'État du Vatican au terme d'une procédure ayant méconnu les exigences du procès équitable.

<sup>1</sup> Pour une étude fouillée du champ d'application de l'article 6, voir par exemple, L. SINOPOLI, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux, Recherche sur le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé*, th. dactyl. Paris 1, 2000.

<sup>2</sup> Il a été jugé par la Cour de Strasbourg dans un arrêt *Selin Asli Östürk c. Turquie* que l'impossibilité pour une partie d'accéder au juge de l'exequatur constituait une violation de l'article 6 de la Conv. EDH (CEDH, 13 oct. 2009, *Selin Asli Östürk c. Turquie*, n° 39523/03, Rev. crit. DIP 2010, p. 498, note F. MARCHADIER). En l'espèce, une fille entendait se prévaloir, en Turquie, d'un jugement allemand prononçant le divorce de son père. Ce dernier étant décédé, elle aurait pu bénéficier de l'intégralité des biens compris dans sa succession. Par conséquent, elle sollicite l'exequatur du jugement allemand en Turquie. Or, le droit turc de l'exequatur alors en vigueur n'attribuait qualité pour demander l'exequatur, qu'aux seules parties à la procédure d'origine. Autrement dit, seuls les anciens époux pouvaient demander l'exequatur. L'ex-époux étant décédé, seule l'ex-épouse pouvait solliciter l'exequatur du jugement du divorce. À défaut d'exequatur, l'État Turc considérerait les intéressés comme mariés. L'ex-épouse n'ayant aucun intérêt à solliciter cet exequatur, elle fut considérée comme héritier *ab intestat* et la succession fut partagée entre elle et la fille. Cette dernière saisit la Cour de Strasbourg afin que soit constatée une méconnaissance de ses droits fondamentaux. Pour la Cour, l'impossibilité pour la requérante de solliciter la reconnaissance du jugement étranger constitue à la fois, une violation de son droit d'accès au juge garanti à l'article 6 §-1 de la Convention, et une violation de son droit au respect des biens (art. 1 du protocole n°1).

<sup>3</sup> Le juge de l'exequatur doit se prononcer dans un délai raisonnable et surtout l'État requis doit faire exécuter la décision exequaturée dans un délai raisonnable (Voir par exemple, CEDH, 6 mai 2004, *Hussin c. Belgique*, n° 70807/01 et CEDH, 4 nov. 2008, *Dinu c. Roumanie*, n° 6152/02).

<sup>4</sup> CEDH, 20 juill. 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, Rev. crit. DIP 2004, p. 106, note L.-L. CHRISTIANS ; LPA 18 avr. 2002, n° 78, p. 11, note J.-F. FLAUSS.

Il faut également souligner que cette exigence de respect du droit au procès équitable ne cesse pas pour autant dans les hypothèses où les jugements étrangers n'ont pas besoin *d'exequatur* pour être exécutés en France<sup>1</sup> ; c'est par exemple le cas des jugements européens rendus en matière civile et commerciale (Bruxelles I bis), ou des jugements relatifs aux obligations alimentaires (Bruxelles II bis).

En effet, en matière familiale, le règlement Bruxelles II bis prévoit à ses articles 22 et 23, la possibilité pour un État de refuser l'exécution d'un jugement européen en invoquant une exception d'ordre public. Or, les droits fondamentaux font partie intégrante de cet ordre public du *for*. Donc les droits fondamentaux ne peuvent être occultés au profit des engagements communautaires de l'État requis. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme l'a clairement affirmé dans son arrêt *Bosphorus c. Irlande*<sup>2</sup>.

Dans cette affaire, il était demandé à la Cour de déterminer si un État contractant, en exécution d'obligations découlant d'un règlement communautaire, pouvait être condamné pour violation des droits fondamentaux. Après avoir relevé que les règlements communautaires étaient directement applicables dans les ordres juridiques des États membres et que cette applicabilité directe privait ceux-ci de toute marge d'appréciation dans la mise en œuvre de ces règlements, la Cour posa la règle suivante ; les mesures prises par l'État contractant en exécution d'une obligation découlant de son adhésion à une organisation internationale doivent être réputées justifiées dès lors que cette organisation accorde aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle assurée par la Convention. Toutefois, cette présomption simple de compatibilité peut être renversée s'il apparaît *in concreto* que la protection des droits fondamentaux est entachée d'une insuffisance manifeste<sup>3</sup>.

En définitive, la coordination des ordres juridiques ne peut justifier une violation flagrante des droits fondamentaux. Alors, si l'État requis s'empresse de faire exécuter un traitement juridictionnel acquis à l'étranger alors que la procédure en vertu de laquelle ce traitement a été retenu viole les droits au procès équitable d'une partie, celle-ci peut invoquer ces droits fondamentaux pour s'opposer à la continuité internationale du traitement étranger. De façon générale, pour entraver efficacement la continuité internationale des traitements étrangers, les garanties processuelles issues de la Convention E.D.H. sont associées aux garanties substantielles.

---

<sup>1</sup> Pour un exposé plus fouillé, voir par exemple, M. LOPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, Préf. B. ANCEL, LGDJ, 2013.

<sup>2</sup> CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, n° 45036/98, AJDA 2005, p. 1886, chron. J.-F. FLAUSS ; RTD eur. 2005, p. 749, note J.-P. JACQUÉ.

<sup>3</sup> CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, précit., §-155 et 156.

## B — LE REFUS D'EXÉCUTION DES TRAITEMENTS ÉTRANGERS RENDUS EN MÉCONNAISSANCE DES GARANTIES SUBSTANTIELLES

172. Dans certaines circonstances, les garanties substantielles issues de la Convention E.D.H. peuvent œuvrer au refus d'exécution du traitement étranger donné aux conflits d'intérêts. En droit de la famille, pareille situation peut survenir, lorsqu'au cours du traitement étranger, l'égalité entre époux n'a pas été respectée ou encore, lorsque l'exécution du jugement étranger serait constitutive d'une violation du droit au respect de la vie privée et familiale.

173. **L'éviction du jugement étranger au nom du droit à l'égalité en mariage.** — L'article 5 du Protocole n° 7 dispose que « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités de caractère civil entre eux et dans leurs relations avec leurs enfants au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. Le présent article n'empêche pas les États de prendre les mesures nécessaires dans l'intérêt des enfants ». On en déduit donc une égalité matrimoniale et une égalité parentale.

À propos de l'égalité matrimoniale, il a été jugé par la Cour européenne des droits de l'Homme qu'un État signataire ne peut ordonner l'exécution d'un jugement étranger qui méconnaîtrait l'égalité entre époux<sup>1</sup>. Dans cette affaire, il était demandé à la Cour de déterminer si *l'exequatur* donné par la France à un jugement algérien de répudiation unilatérale était compatible avec l'égalité entre époux exigée à l'article 5 du Protocole n° 7. Si la requérante s'était désistée en cours d'instance, la Cour européenne des droits de l'Homme, avant de prononcer la radiation de l'affaire, avait quand même pris le soin de faire comprendre qu'une décision étrangère de répudiation unilatérale ne saurait être reconnue et exécutée dans un État contractant puisqu'une telle décision était incompatible avec l'exigence d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage<sup>2</sup>.

Pour ce qui est de l'égalité parentale ensuite, on peut considérer qu'un traitement étranger des conflits d'intérêts qui ne garantirait pas suffisamment les droits parentaux d'un des parents peut être écarté en France au nom du principe d'égalité des droits parentaux<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> CEDH, 8 nov. 2005, *D. D. c. France*, n° 3/02.

<sup>2</sup> CEDH, 8 nov. 2005, *D. D. c. France*, précit., §- 27.

Un autre auteur retient également cette interprétation ; J.-F. FLAUSS, AJDA 2006, p. 468.

Pour une illustration récente de l'éviction des jugements étrangers au nom de l'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage, voir, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.751, Dr. fam. 2014, comm. 174, note M. FARGE.

<sup>3</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, JDI 2011, p. 124, note I. BARRIÈRE-BROUSSE ; RJPF 2011, n° 1, p. 23, note M.-C. MEYZEAUD-GARAUD ; RLDC 2011, n° 78, p. 46, note J. GALLOIS.

Mais bien souvent, c'est le droit au respect de la vie privée et familiale qui sert de fondement au refus d'exécution des jugements étrangers tranchant un conflit d'intérêts en droit de la famille.

**174. L'éviction du jugement étranger au nom du droit au respect de la vie privée et familiale.** — S'il a été déjà souligné que le droit au respect de la vie privée et familiale permet d'assurer la continuité internationale des situations personnelles et familiales en imposant leur reconnaissance au-delà des frontières de l'ordre juridique de constitution, il faut également reconnaître qu'on peut se servir de ce droit dans une optique d'éviction des jugements étrangers. En effet, il a été jugé par la Cour européenne des droits de l'Homme que l'exécution par un État membre, d'un jugement non européen ordonnant le retour en Israël d'un enfant enlevé par sa mère, serait incompatible avec le droit au respect de la vie familiale de cette dernière<sup>1</sup>. En effet, le retour de l'enfant obligerait la mère à retourner en Israël si elle souhaite continuer à entretenir des relations avec son enfant ; or, un retour dans ce pays l'exposerait à des poursuites pénales du fait de l'enlèvement dont elle était l'auteure. Partant de ces constatations la Cour retient que l'exécution du jugement israélien serait constitutive d'une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie familiale de la requérante, garanti à l'article 8 de la Convention.

Pour résumer, il était question dans ce paragraphe de mettre en exergue la double influence des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques. En effet, si les droits fondamentaux peuvent d'un côté servir de fondement à la continuité internationale des situations personnelles et familiales<sup>2</sup>, ils peuvent également de l'autre, constituer un facteur de discontinuité s'ils œuvrent à l'éviction des jugements étrangers. D'où la dialectique consistant à mettre en opposition le cantonnement du risque d'instabilité découlant de l'hétérogénéité des ordres juridiques, et le renouvellement de ce risque.

Toutefois, il serait insatisfaisant de limiter la réflexion portant sur le renouvellement du risque d'instabilité autour du simple constat de l'ambivalence fonctionnelle des droits fondamentaux. En réalité, l'intérêt de la section dans laquelle s'inscrit le présent paragraphe consiste à dépasser ce simple constat bien établi en jurisprudence depuis une décennie, pour s'intéresser à l'ampleur de ce risque d'instabilité. S'engageant dans cette voie, l'observateur est d'emblée frappé par l'exacerbation actuelle de ce risque d'instabilité engendré par la généralisation du recours aux droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques.

<sup>1</sup> CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, spéc. §- 151.

<sup>2</sup> Voir supra n° 155

## §-2 : UN RISQUE D'INSTABILITÉ EXACÉRBERÉ PAR LA GÉNÉRALISATION DU RECOURS AUX DROITS FONDAMENTAUX

175. Le problème de la coordination des ordres juridiques relève du droit international privé. Mais les règles de droit international privé étant en grande partie des règles étatiques, il arrive que le point de vue d'un État soit incompatible avec le point de vue d'un autre ; cela s'exprime en matière de coordination des ordres juridiques par un refus de reconnaissance ou d'exécution des situations acquises à l'étranger<sup>1</sup>. De telles hypothèses de coordination défectueuses sont source d'incertitude pour les individus qui voient leurs rapports familiaux ou personnels se modifier par le seul effet de la frontière.

Pour remédier à ces défauts inhérents à la relativité des coordinations étatiques, les Cours européennes ont dans de telles situations substituées les droits fondamentaux aux règles du droit international privé. En centralisant ainsi la coordination des ordres juridiques autour de valeurs communes aux États, ces Cours arrivent à gommer les défauts des coordinations étatiques. Ce recours aux droits fondamentaux, dans un domaine relevant du droit international privé, se justifie par la nécessité d'assurer aux individus, une continuité — entendue au sens de stabilité — internationale dans leurs rapports personnels et familiaux en général, et en particulier lorsque ces rapports sont issus d'un traitement juridictionnel d'une situation contentieuse.

Par conséquent, lorsque le droit international privé atteint lui-même par ses propres règles un tel objectif de continuité internationale, les droits fondamentaux doivent se retirer, sauf hypothèse de violation flagrante d'un droit inconditionnellement garanti. Autrement dit, les droits fondamentaux ne doivent pas être généralisés en matière de coordination des ordres juridiques. Leur application doit être subsidiaire et n'intervenir au secours de l'objectif de continuité internationale des situations personnelles et familiales que dans les hypothèses de coordination défectueuses.

Ce vœu de limitation des droits fondamentaux ne s'est jamais réalisé en pratique, puisque le recours aux droits fondamentaux a été généralisé en la matière, y compris en présence de coordinations satisfaisantes issues des règles du droit international privé. Or, comme il a été souligné, les droits fondamentaux sont susceptibles de produire une influence à double sens en matière de coordination des ordres juridiques. Le danger est alors grand de voir ces droits fondamentaux déconstruire dans certains domaines, l'objectif de continuité consacré par le droit international privé.

Partant de cette crainte de voir les droits fondamentaux en raison de leur absolutisme déconstruire les espaces de continuité issus des règles du droit international privé (A), il sera

---

<sup>1</sup> Voir, F. RIGAUX, *Les situations juridiques dans un système de relativité générale. Cours de droit international privé*, RCADI 1989, t. 213, p. 9 et s.

ensuite question de s'intéresser à leur nécessaire limitation afin de permettre leur cohabitation avec les mécanismes issus du droit international privé (B).

#### **A — LA CRAINTE D'UNE DÉCONSTRUCTION DES ESPACES DE CONTINUITÉ ISSUS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

**176.** Les instruments juridiques issus du droit international et qui sont destinés à assurer une continuité internationale des situations personnelles et familiales peuvent voir leur efficacité annihilée si leur mise en œuvre doit être systématiquement contrôlée au regard des droits fondamentaux. On assisterait alors à un renouvellement du risque d'instabilité en raison de la généralisation du recours aux droits fondamentaux. C'est de ce phénomène qu'il faudra rendre compte dans les présents développements.

**177. La propagation de l'instabilité aux espaces de continuité issus du droit international privé.** — De nombreux traités multilatéraux de droit international privé garantissent aux individus un espace de continuité, qu'il s'agisse d'une continuité du statut juridique ou d'une continuité de la situation familiale vécue. S'intéressant au statut personnel, il peut être fait mention du règlement Bruxelles II bis qui coordonne au sein des pays membres de l'Union européenne, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale. S'intéressant aux situations familiales vécues, on peut signaler que de nombreuses conventions conclues entre la France et d'autres pays ont également pour mission d'assurer une continuité internationale des situations familiales. Sans prétendre à l'exhaustivité<sup>1</sup>, il peut être fait mention de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, la Convention franco-égyptienne du 15 mars 1982 sur la coopération judiciaire en matière civile, y compris le statut personnel, et en matière sociale, etc.

Ces instruments ont pour finalité d'assurer une meilleure coordination des ordres juridiques en permettant, en général, la réception des situations familiales établies à l'étranger et en particulier la reconnaissance des jugements étrangers. Toutefois, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il semblerait que l'effectivité du besoin de stabilité des situations personnelles et familiales ne puisse s'opérer au prix d'un renoncement aux droits fondamentaux. La Cour impose alors, même en présence de tels accords internationaux organisant un espace de continuité des situations personnelles et familiales,

---

<sup>1</sup> Pour une liste exhaustive, Voir, M. ATTAL, J. BAUCHY, *Code de droit international privé*, Bruylant, 2011, *V<sup>o</sup> Statut personnel*.

qu'une pesée concrète soit réalisée entre les objectifs de stabilité poursuivis par la norme de droit international privé et le besoin de protection des droits fondamentaux des parties.

Si ce raisonnement en soi n'est pas critiquable, on ne peut qu'être circonspect, lorsqu'il conduit la Cour européenne des droits de l'Homme, à transformer les droits fondamentaux en droits absolus<sup>1</sup>, susceptibles d'annihiler les règles de coordination issues du droit international privé<sup>2</sup>. Le risque d'instabilité du traitement des conflits d'intérêts en raison du phénomène de la frontière, originellement circonscrit aux hypothèses d'absence de coordination ou de coordinations défectueuses, se propage alors, en raison de l'absolutisme des droits fondamentaux, aux domaines de coordination satisfaisante ou harmonieuse. C'est cette réalité nouvelle qu'il sera question de mettre en exergue. On en trouve d'ailleurs l'illustration dans le domaine des enlèvements internationaux d'enfants où il est de plus en plus dénoncé un risque d'inefficacité du mécanisme du retour immédiat de l'enfant du fait de l'hégémonie des droits fondamentaux<sup>3</sup>.

**178. L'illustration en matière d'enlèvements internationaux d'enfants<sup>4</sup>.** — Au moment de la rupture du couple parental, lorsque le juge du pays d'établissement fixe la résidence habituelle de l'enfant au domicile de l'un des parents avec pour le second un droit de visite et d'hébergement, ce dernier bien souvent insatisfait par une telle décision va profiter — à plus forte raison s'il est ressortissant d'un autre pays — de son droit de visite pour déplacer l'enfant à l'étranger.

Pour préserver la stabilité de la situation personnelle et familiale de l'enfant, et lutter efficacement contre de tels enlèvements, les instruments internationaux tels que la convention de la Haye de 1980 ou le règlement « Bruxelles II bis » par exemple, organisent, à condition que l'enfant soit déplacé d'un État signataire vers un autre, une protection dite « possessoire » de la garde.

Il ne s'agit pas de statuer au fond sur l'autorité parentale, mais de prononcer le retour immédiat de l'enfant dans l'État de résidence habituelle. L'idée est qu'en cas d'enlèvement, l'intérêt de l'enfant réside dans le rétablissement du *statu quo ante*, même si techniquement,

<sup>1</sup> L. GANNAGÉ, « À propos de "l'absolutisme" des droits fondamentaux », in, *Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON*, Dalloz, 2008, p. 265 et s.

<sup>2</sup> Comme l'a souligné un auteur, le problème ainsi posé n'est autre que celui de l'articulation des droits fondamentaux et du droit international privé de la famille. Voir, L. GANNAGÉ, *Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile*, APD, t. 57, Dalloz, 2014, p. 229 et s.

<sup>3</sup> Voir par exemple, A. BOICHÉ, *La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la convention de La Haye ?*, AJ fam. 2012, p. 97 et s.

<sup>4</sup> Pour une vue d'ensemble sur cette problématique, voir, A. BIGOT, *L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, Préf. H. FULCHIRON, PUAM, 2003. - E. GALLANT, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Préf. P. LAGARDE, Defrénois, 2004. - H. Fulchiron (dir.), *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Bruylant, 2005.

en raison du déplacement et du séjour à l'étranger, « le retour de l'enfant dans son pays de résidence habituelle n'est jamais un simple retour au *statu quo ante* »<sup>1</sup>.

Donc, que ce soit dans le cadre de la Convention de la Haye de 1980<sup>2</sup> ou dans le cadre du règlement « Bruxelles II bis »<sup>3</sup>, l'intérêt supérieur de l'enfant constitue la finalité qui doit guider la mise en œuvre de ces instruments. En effet, cet intérêt, d'une part, apprécié *in abstracto* justifie que le retour immédiat de l'enfant dans l'État de résidence habituelle soit prononcé afin de sauvegarder ses relations personnelles avec chacun de ses parents et, d'autre part, apprécié *in concreto*, il permet, lorsque les particularités de l'espèce le justifient, de s'opposer à une application mécanique du principe du retour immédiat. C'est dans cette optique que la Convention de la Haye de 1980 par exemple, a prévu comme exceptions au retour<sup>4</sup>, l'intégration de l'enfant dans son nouveau milieu plus d'un an après son déplacement<sup>5</sup> (art. 12 al.2), l'existence d'un danger auquel l'enfant serait confronté dans l'État d'origine (art. 13 al.1 b), et enfin le refus de retourner dans l'État d'origine opposé par l'enfant<sup>6</sup> qui a atteint un âge et un degré de maturité suffisant (art. 13 al.2).

Toutefois, en matière d'enlèvement, il ne faut pas oublier que l'intérêt supérieur de l'enfant au retour dans l'État de résidence habituelle peut se heurter aux droits fondamentaux du parent ravisseur. Ainsi, la prise en compte des droits fondamentaux des parents peut interférer avec le système visant à garantir une continuité internationale des situations personnelles et familiales, faisant alors planer un risque réel d'annihilation de son efficacité. On assisterait alors, au nom de la protection des droits fondamentaux, à une déconstruction des espaces de continuité issus du droit international. C'est ce qui ressort d'un arrêt *Neulinger et Shuruk c.*

<sup>1</sup> H. FULCHIRON, *Les enlèvements internationaux d'enfants*, PUF, 2005, p. 25.

<sup>2</sup> Voir le préambule de la Convention.

<sup>3</sup> Voir les considérants 12, 13 ainsi que l'article 15 du règlement.

<sup>4</sup> Sur les exceptions au retour, voir par exemple, L. BRIAND, *Convention de la Haye : les exceptions au retour des enfants déplacés*, AJ. fam. 2012, p. 391.

<sup>5</sup> Sur le *dies a quo*, c'est à compter du déplacement ou du non-retour que le délai commence à courir et non à compter du jour où le parent demandeur avait eu connaissance du lieu où se trouvaient les enfants (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, RJP 2008-11, p. 29, obs. F. EUDIER ; AJ fam. 2008. 401, obs. A. BOICHÉ ; D. 2008, p. 2078, obs. V. ÉGÉA ; Rev. crit. DIP 2008, p. 841, note H. MUIR WATT)

Sur le *dies ad quem*, c'est la date d'introduction de la procédure de retour qui constitue le terme du délai (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 déc. 2006, n° 06-13.177, RJP 2007-3, p. 38, obs. F. EUDIER ; AJ fam. 2006. 180, obs. A. BOICHÉ)

<sup>6</sup> Il convient de souligner que la Cour de cassation désireuse d'éviter tout risque de manipulation des désirs de l'enfant par le parent auteur de l'enlèvement a décidé que le refus opposé par l'enfant ne suffit pas à faire échec au retour. Pour qu'un tel refus justifie un non-retour, il doit être consolidé par l'existence d'un risque grave (Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, Rev. crit. DIP 2007. p. 96, note E. GALLANT ; AJ fam. 2006, p. 252, obs. A. BOICHÉ - Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 17 oct. 2007, n° 07-11.449, AJ fam. 2007, p. 481, obs. A. BOICHÉ ; JCP (G) 2008, II, 10001, note F. BOULANGER - Cass. civ., 1<sup>re</sup>, 8 juill. 2010, n° 09-66.406, AJ fam. 2010, p. 482, obs. A. BOICHÉ ; D. 2011, p. 1374, obs. F. JAULT-SESEKE.). Au regard de la lettre de la Convention, la jurisprudence de la Cour de cassation est critiquable, puisque cette convention a voulu faire du refus exprimé par l'enfant une exception autonome. Toutefois, au regard de l'esprit de la Convention, cette précaution de la Cour de cassation est plus que bienvenue, puisque dans de tels conflits d'intérêts où la fin justifie les moyens, il serait plus que contestable de laisser l'auteur de l'enlèvement instrumentaliser son enfant contre le parent victime du déplacement.

*Suisse*<sup>1</sup> par lequel la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas hésité à affirmer la prévalence des droits fondamentaux sur l'impératif de continuité internationale garanti par la Convention de la Haye du 25 octobre 1980.

Dans les faits, une ressortissante suisse avait épousé un israélien et le couple s'était établi à Tel-Aviv. De cette union naquit un enfant. Très vite, le prosélytisme religieux de son époux fit craindre à la ressortissante suisse un enlèvement de l'enfant par son père. À la demande de cette dernière, le tribunal des affaires familiales de Tel-Aviv prononça une interdiction de sortie du territoire israélien de l'enfant jusqu'à sa majorité. La résidence habituelle de l'enfant fut fixée à titre provisoire au domicile de la requérante, mais l'exercice de l'autorité parentale demeura conjoint. Par la suite, le comportement agressif du père incita les juges à restreindre son droit de visite. Le divorce des époux finit par être prononcé et la requérante, en dépit de l'interdiction de sortir l'enfant du territoire israélien, l'emmena en Suisse. Saisie par le père, l'autorité centrale israélienne sollicita auprès de son homologue suisse le retour immédiat de l'enfant en application de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfant. En dernière instance, le Tribunal fédéral suisse ordonna à la requérante d'assurer le retour de l'enfant en Israël.

Pour s'opposer à ce retour, la mère, auteur de l'enlèvement, invoqua entre autres devant la Cour européenne des droits de l'Homme, une violation du droit au respect de sa vie privée et familiale.

Contrairement à sa position traditionnelle qui consistait à éviter que les parents auteurs des enlèvements n'usent trop facilement des droits fondamentaux pour vider l'impératif de stabilité internationale quant à la situation juridique des enfants de ses garanties<sup>2</sup>, la Cour va admettre en l'espèce que le droit au respect de la vie privée et familiale de la requérante puisse s'opposer à l'exécution de la décision ordonnant le retour de l'enfant en Israël. Elle retient que la mère subirait une ingérence disproportionnée dans son droit au respect de sa vie familiale si elle était contrainte à retourner en Israël. Ce qui revient à admettre que par le biais des droits fondamentaux, l'auteur d'une voie de fait puisse être conforté dans ses agissements illicites. Le raisonnement emporte difficilement l'adhésion.

En effet, il est légitime de se demander ce qu'est devenue la règle de bon sens souvent rappelée par la Cour en vertu de laquelle, « nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer »<sup>3</sup> ? Peut-être objectera-t-on que l'enlèvement et donc la

<sup>1</sup> CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, D. 2010, p. 2062, obs. I. GALLMEISTER ; AJ famille 2012, p. 97, obs. A. BOICHÉ ; RTD civ. 2010, p. 735, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

<sup>2</sup> La cour s'était toujours refusé d'annihiler au nom des droits fondamentaux le principe du retour immédiat de l'enfant victime de l'enlèvement. Voir par exemple, CEDH, 22 juin 2006, *Bianchi c. Suisse*, n° 7508/04. - CEDH, 6 déc. 2005, *E. et C. c. Turquie*, n° 14600/05. - CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, AJ fam. 2008. 83, obs. A. BOICHÉ.

<sup>3</sup> CEDH, 30 janv. 2003, n° 73443/01, *Freimanis et Lidums c. Lettonie*, CEDH, 29 avril 2008, n° 18648/04, *Mc Donald c. France*, CEDH, 6 mai 2004, *Hussin c. Belgique*, n° 70807/01.

violation du droit de l'autre parent à maintenir des relations avec l'enfant pouvait se justifier en l'espèce par le danger pesant sur la personne de la mère en raison du comportement violent du père ainsi que celui pesant sur l'enfant. Tout cela reste hypothétique, mais les dangers d'une généralisation des discontinuités au nom de l'absolutisme des droits fondamentaux sont bien réels. On imagine sans peine que la menace pour l'auteur du déplacement d'être privé d'un droit au procès équitable, lors des suites juridictionnelles que le *for* de la résidence habituelle de l'enfant donnera à son acte, peut également justifier un non-retour ; le droit au respect de la vie privée et familiale ainsi que le droit au procès équitable excluent en quelque sorte que l'enfant soit coupé de toutes relations avec le parent auteur de l'enlèvement.

D'ailleurs, comme le souligne un auteur, ce refus de la Cour en matière de déplacement illicite d'enfants, d'apporter des limites aux droits fondamentaux au nom du « vivre ensemble » pourrait conduire, à terme, les États non européens à refuser de laisser les enfants résidant sur leur sol venir en Europe dans le cadre de l'exercice du droit de visite<sup>1</sup> ; et c'est l'intérêt de l'enfant au maintien des relations avec ses deux parents qui en sort bafoué.

Par cet exemple, il apparaît clairement que la généralisation du recours aux droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques peut avoir pour conséquence l'annihilation de l'efficacité des instruments de coordination des ordres juridiques issus du droit international privé. La coexistence dans l'espace d'ordres juridiques autonomes devient une source d'incertitude quant à l'effectivité du traitement des conflits d'intérêts. Néanmoins, une telle incertitude ne dégénère pas en insécurité juridique puisqu'un effort d'articulation entre les droits fondamentaux et les normes du droit international privé est réalisé.

## **B — L'EFFORT D'UNE ARTICULATION ENTRE LES DROITS FONDAMENTAUX ET LES NORMES ISSUES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

**179.** Contrairement aux apparences, la Cour européenne des droits de l'Homme semble consciente du risque de déconstruction des espaces de continuité issus du droit international privé. En effet, elle prône de plus en plus, au détour de ces arrêts, une articulation harmonieuse entre les normes issues du droit international privé et les droits fondamentaux. D'ailleurs, en scrutant sa jurisprudence relative aux litiges portant sur l'exécution de décisions de retour ordonnées en application de la Convention de la Haye, on peut discerner dans ce domaine particulier, l'existence d'une volonté d'harmonisation. Toutefois, il faudra s'extirper du domaine particulier des enlèvements internationaux pour proposer des techniques génériques d'articulation entre les droits fondamentaux et les règles du droit international privé.

---

<sup>1</sup> A. BOICHÉ, note sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, AJ famille 2012, p. 97.

**180. Méthode d'articulation entre droits fondamentaux et mécanisme du retour immédiat dégageé de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. —**

À l'analyse de son arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, il peut être souligné que la prise en compte du risque d'annihilation des mécanismes de la Convention de la Haye ne soit pas totalement absente du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>1</sup>. En effet, la Cour essayait de démontrer, en creux, que l'application des droits fondamentaux aux décisions de retour ordonnées en vertu de la Convention de la Haye n'engendrait en aucun cas, un risque d'annihilation de l'efficacité du mécanisme.

Effectivement, il peut être souligné que la Cour considère les deux normes comme étant complémentaires. Le raisonnement peut être synthétisé ainsi.

L'objectif de la Convention de la Haye est d'assurer la prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant en matière d'enlèvement. Or, l'intérêt supérieur de ce dernier se confond avec le respect des droits fondamentaux de l'enfant. Donc en protégeant les droits fondamentaux de l'enfant, la Cour adopte bien une démarche conforme à la philosophie générale de la Convention de la Haye. D'ailleurs, cette volonté d'assurer une complémentarité entre ces deux conventions est aussi perceptible du côté de la Convention de la Haye, puisque celle-ci prévoit, en plus des exceptions particulières au retour de l'article 13, une exception générale à l'exécution d'une décision de retour fondée sur les droits fondamentaux. En effet, lorsque l'exécution d'une décision de retour entraînerait le non-respect des droits fondamentaux dont l'État requis est tenu, l'article 20 de la Convention de la Haye légitime une non-exécution. Cette volonté de la Cour d'assurer une articulation harmonieuse entre ces différents instruments relatifs à la protection des droits de l'enfant ressort clairement d'un arrêt *X. c. Lettonie* du 26 nov. 2013<sup>2</sup>. Mais, en dépit d'un tel constat, il pourrait être objecté qu'il s'agit d'une articulation de façade, puisque le refus d'exécuter une décision de retour est dans certaines hypothèses légitimé au nom des droits fondamentaux, non pas de l'enfant, mais des parents. Or, la finalité commune qui permet de rendre complémentaires ces instruments internationaux reste l'intérêt supérieur de l'enfant ou les droits fondamentaux de ce dernier.

À une telle critique, on pourrait faire remarquer que dans l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, la Cour semble considérer qu'il n'y aurait une ingérence injustifiée dans les droits fondamentaux du parent ravisseur que si l'exécution de la décision de retour n'est pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant<sup>3</sup>. Ce qui signifie que l'ingérence de l'État requis,

<sup>1</sup> CEDH, 6 juill. 2010, gr. ch., *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, §- 135 à 138.

<sup>2</sup> CEDH, gr. ch., 26 nov. 2013, *X c. Lettonie*, n° 27853/09, spéc. §-94 et s., D. 2013, p. 2848 ; AJ fam. 2014, p. 58, obs. A. BOICHÉ.

<sup>3</sup> Voir, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, §-151.

Voir aussi, CEDH, gr. ch., 26 nov. 2013, *X c. Lettonie*, n° 27853/09, dans lequel la Cour avait considéré que le refus des juridictions de l'État requis de prendre en compte toutes les allégations défendables de « risque grave » pour l'enfant en cas de retour dans le pays de résidence habituelle, constituait une violation des obligations procédurales inhérentes à l'article 8 de la Conv. E.D.H., parce qu'un tel comportement ne permettait pas de

dans l'exercice par le parent ravisseur de son droit à la vie familiale avec son enfant, serait nécessaire lorsqu'il est établi qu'aucune des exceptions au retour prévues par la Convention de la Haye ne saurait être caractérisée en l'espèce<sup>1</sup>. En d'autres termes, la violation d'un droit fondamental du parent ne saurait empêcher le retour de l'enfant si ce retour est dans le cas d'espèce conforme à l'intérêt de l'enfant. Il s'agit là d'une articulation entre les droits fondamentaux et la Convention de la Haye autour de l'idée de prévalence de l'intérêt supérieur de l'enfant qui constitue un objectif commun à ces deux textes. Alors, en l'absence d'objectifs communs, est-il néanmoins possible d'arriver à une articulation harmonieuse des droits fondamentaux et des règles du droit international privé ?

**181. Proposition de méthode d'articulation entre les droits fondamentaux et les mécanismes du droit international privé.** — Même en matière de coordination des ordres juridiques, il a été relevé que les États ayant ratifié la Convention européenne des droits de l'homme sont tenus de garantir les droits fondamentaux des individus sous peine d'engager leur responsabilité. La logique des droits fondamentaux reste donc, en principe, au cœur des traités internationaux par lesquels ces États entendent assurer la coordination des ordres juridiques.

Dès lors, la méthode la plus simple pour articuler les droits fondamentaux et les mécanismes du droit international privé reste donc celle de l'évitement du conflit de normes en posant une présomption simple de conformité des traités internationaux organisant une coordination des ordres juridiques avec les droits fondamentaux.

---

caractériser avec certitude la conformité de l'exécution de la décision de retour avec l'intérêt supérieur de l'enfant.

<sup>1</sup> Il faut souligner que l'appréciation par la Cour. E.D.H. des exceptions au principe du retour immédiat, notamment celui de danger a cristallisé les critiques de la doctrine (voir par exemple, J.-P. MARGUÉNAUD, *L'intérêt supérieur de l'enfant, instrument d'hégémonie de la Convention EDH sur les conventions procédurales*, RTD civ. 2010, p. 735. - A. BOICHÉ, *La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la convention de La Haye ?*, AJ fam. 2012, p. 97 et s.). Celle-ci reprochait à la Cour, notamment dans son arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, de dénaturer la Convention de la Haye en réalisant, sous couvert de cette appréciation, un réexamen au fond du conflit relatif à la garde qui opposait les parents. En effet, dans cet arrêt, la Cour va inviter les juridictions de l'État requis - la Suisse en l'espèce - à réaliser au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant un examen complet de sa situation avant de se prononcer sur la pertinence du retour (§-139). Cela revient à apprécier les exceptions au retour, à l'aune de l'intérêt supérieur de l'enfant obligeant ainsi les juges de l'État requis à s'intéresser aux modalités d'exercice de l'autorité parentale. Or, une telle compétence sur le fond est réservée aux juridictions de l'État de la résidence habituelle de l'enfant ; la Convention de la Haye n'est qu'un instrument procédural dont l'objectif est de faire cesser une voie de fait.

Toutefois la Cour européenne des droits de l'Homme, par l'arrêt *X c. Lettonie* du 26 nov. 2013, a précisé sa jurisprudence *Neulinger et Shuruk c. Suisse*. Elle affirme qu'elle n'a en aucun cas entendu modifier les attributions de compétence juridictionnelle issues de la Convention de la Haye. Qu'elle a seulement entendu mettre à la charge des juridictions de l'État requis, au titre des obligations procédurales de l'article 8 de la Conv. E.D.H., une obligation de motivation lorsque le parent auteur de l'enlèvement invoque l'une des différentes exceptions au retour prévues par la Convention (§-105 à 108). Ce qui signifie que toutes les allégations de « risque grave » doivent être étudiées quitte à les écarter ensuite par le biais d'une décision motivée (Pour une confirmation récente de cette jurisprudence, voir, CEDH, 5 févr. 2015, *Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c. Portugal*, n° 66775/11).

En d'autres termes, il faut considérer que ces traités internationaux prenant en compte dans l'absolu les obligations de garantie des droits fondamentaux, la mise en œuvre de ces traités ne devrait normalement pas aboutir à une méconnaissance de ces droits fondamentaux<sup>1</sup>. Ainsi, la bonne application de la Convention de la Haye de 1980, par exemple, ne saurait aboutir à une violation des droits fondamentaux.

Cependant, une telle présomption de conformité aux droits fondamentaux tomberait lorsqu'il est établi que la mise en œuvre de la règle d'articulation des ordres juridiques issue du droit international privé heurte frontalement un droit fondamental.

Néanmoins, il faudrait souligner que face à la fundamentalisation ambiante des droits subjectifs, les mécanismes de coordination du droit international privé se retrouveraient systématiquement écartés au profit des droits fondamentaux. Pour éviter une telle expropriation des mécanismes du droit international privé dans un domaine où une compétence exclusive leur a traditionnellement été reconnue, il faudrait subordonner l'intervention des droits fondamentaux à l'hypothèse d'une violation des droits de l'homme auxquels nos sociétés démocratiques attachent une valeur capitale. Tel est par exemple le cas du droit à la vie, du droit de ne pas subir des traitements inhumains ou dégradants et de ne pas être soumis à la torture, du droit de ne pas être réduit en esclavage ni en servitude, du droit à un procès équitable, du droit à la liberté de pensée, de conscience, de religion<sup>2</sup>, etc.

L'idée qui est soutenue, c'est que les droits fondamentaux doivent être des relais aux mécanismes de coordination des ordres juridiques issus du droit international privé et ne doivent pas servir à les annihiler comme on a pu l'illustrer en matière de déplacement illicite d'enfants. Cette vision est également partagée par un auteur qui plaide pour un recours subsidiaire aux droits de l'homme en matière de coordination des ordres juridiques. Pour cet auteur<sup>3</sup>, les droits de l'homme ou droits fondamentaux ne pourront s'appliquer directement en matière de coordination des ordres juridiques que lorsque les conditions cumulatives suivantes se trouvent réunies : « a) que le résultat de l'application ordinaire du droit international privé viole incontestablement la substance d'un droit fondamental ; b) que le droit violé soit donc nettement identifié et inconditionnellement garanti dans son système d'origine (ce qui suppose que ce système, supranational, impose sa compétence pour le type

---

<sup>1</sup> Il s'agit d'une transposition de l'idée de protection équivalente des droits fondamentaux qui a permis d'articuler les systèmes de protection des droits fondamentaux issus du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. Voir par exemple, F.-X. MILLET, *Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux*, RFDA, 2012, p. 307 et s. - D. RITLÉNG, *De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union*, RTD eur., 2013, p. 267 et s.

<sup>2</sup> Pour une étude plus fouillée d'une hiérarchisation des droits fondamentaux ou droits de l'homme en fonction de leur importance dans une société démocratique, voir, M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Préf. M. LEVINET, Bruylant, 2011, p. 163 et s.

<sup>3</sup> L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in, E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p. 197, n° 29.

de relations privées transfrontières considéré) ; c) qu'aucune des exceptions ordinaires aux règles de droit international privé ne suffise, par son jeu autonome, à rendre substantiellement justice à la prérogative individuelle garantie ». En conclusion, l'auteur souligne « qu'en cas de doute insurmontable, et de contradiction apparente entre les méthodes de coordination et le droit de l'homme allégué, le juge devrait pratiquer la maxime suivante : (...) le doute profite au droit international privé, car c'est lui en effet qui constitue la charnière primordiale des ensembles étatiques (...) »<sup>1</sup>.

En définitive, l'intérêt de la présente section aura été de démontrer que si l'invocation de certains droits fondamentaux était susceptible de légitimer la consécration d'une discontinuité internationale du traitement de certains conflits d'intérêts, un tel risque d'instabilité ne pouvait engendrer une insécurité juridique puisque les Cours européennes réalisent en la matière un effort louable d'articulation entre les droits fondamentaux et les règles de coordination issues du droit international privé.

---

<sup>1</sup> L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in, E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), *Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques*, op. cit., p. 197, n° 29.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**182.** Il était question dans le présent chapitre de vérifier si les solutions données aux conflits d'intérêts en droit de la famille souffraient, du fait de la souveraineté des différents ordres juridiques, d'une instabilité dont l'ampleur pouvait légitimer un sentiment d'insécurité juridique.

S'il a été rappelé d'entrée que le cantonnement de l'instabilité engendrée par la souveraineté des ordres juridiques constituait l'une des principales missions du droit international privé, il a aussi été souligné que le droit international privé subissait dans la réalisation de cette mission, une concurrence des droits fondamentaux. Or, c'est précisément par cette concurrence des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques que l'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace est susceptible de prendre de l'ampleur.

En effet, la généralisation des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques a eu pour implication méthodologique le recours à une pesée concrète des intérêts en jeu. Si au départ, cette méthode de pesée des intérêts impliqués était présentée comme le gage d'une meilleure protection des situations personnelles et familiales, on s'est très vite rendu compte qu'elle pouvait également légitimer l'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace, y compris lorsque les mécanismes du droit international privé garantissent de manière satisfaisante le besoin de continuité. Cela signifie concrètement que, là où les règles du droit international privé assuraient la coordination des ordres juridiques par l'imposition d'impératifs définis *a priori*, la logique des droits fondamentaux vient promouvoir l'idée selon laquelle il peut être dérogé à ces impératifs par le biais d'une pesée concrète des différents intérêts impliqués. Par exemple, en matière d'enlèvement international d'enfants, il a été démontré que le recours aux droits fondamentaux conduit à neutraliser, le principe du retour immédiat issu de la Convention de la Haye.

Mais, réalisant que « la vocation à l'universel [des droits fondamentaux] semble ne pas toujours s'accommoder du relativisme du droit international privé »<sup>1</sup>, la Cour européenne des droits de l'Homme œuvre désormais pour une articulation harmonieuse entre les droits fondamentaux et les mécanismes de coordination issus du droit international privé ; l'arrêt *X. c. Lettonie* du 26 novembre 2013 illustre cette volonté d'articulation. Persévérant dans cette logique d'articulation et s'inspirant des travaux d'un auteur<sup>2</sup>, il a été suggéré qu'en cas de contradiction insurmontable entre les droits fondamentaux et les mécanismes de coordination

<sup>1</sup> H. FULCHIRON, « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? », in, F. Sudre (dir.), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2002, p. 353.

<sup>2</sup> L. D'AVOUT, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 197.

du droit international privé, la prévalence de ces derniers devrait être assurée, sauf hypothèse de violation d'un droit fondamental inconditionnellement garanti.

En fin de compte, même si le simple constat d'un cloisonnement des différents ordres juridiques suffisait à justifier l'idée d'une incertitude juridique en raison de l'instabilité du traitement des conflits d'intérêts dans l'espace, l'intérêt de ce chapitre aura été de démontrer que les efforts de coordination des ordres juridiques menés par le droit international privé, cumulés à un effort d'articulation entre droits fondamentaux et mécanismes du droit international privé, permettent, tout de même, de garantir une certaine sécurité juridique en la matière.

## CONCLUSION DU SECOND TITRE

**183.** Les présents développements ont permis de souligner en premier lieu que les traitements juridictionnels des conflits d'intérêts sont susceptibles de subir une instabilité en raison de la modification des paramètres factuels et juridiques ayant présidé à leur élaboration.

Pour ce qui est de la modification des paramètres de fait tout d'abord, il a été démontré qu'elle est susceptible d'entraîner la révision des traitements lorsqu'il est établi, d'une part, une volonté du législateur d'aboutir à des traitements individualisés et, d'autre part, lorsqu'il est établi l'existence d'un changement substantiel et durable dans la situation des parties. Cette dernière exigence poursuit un but de sécurité juridique et est destinée à éviter une remise en cause intempestive des situations fixées.

Ensuite, pour ce qui est de la modification des paramètres juridiques, il a été démontré que si les règles du droit transitoire empêchaient en théorie toute révision pour survenance de loi nouvelle, il n'est en revanche pas rare, de rencontrer en pratique de tels cas de révision. L'interprétation extensive des dispositions du droit transitoire, l'interprétation restrictive de la portée de la chose jugée et l'imposition de l'exigence de garantie des droits fondamentaux ont été autant de moyens mis au jour pour justifier une révision pour changement normatif. Mais en enfermant les révisions pour changement normatif dans un cadre strict, notre droit positif se montre sensible au respect des causes finies et partant, participe à la satisfaction de l'exigence de sécurité juridique en la matière.

Les développements du présent titre ont également permis de souligner en second lieu que la concurrence des ordres juridiques dans l'espace rendait possible la renaissance dans notre ordre juridique des conflits d'intérêts ayant reçu dans un autre ordre juridique, une réponse définitive. Il a été souligné qu'un tel état de choses traduisait en somme une coordination défectueuse des ordres juridiques. Il a alors été relevé que cette défectuosité de la coordination des ordres juridiques s'expliquait avant tout par la concurrence des droits fondamentaux en la matière. En effet, si les règles de coordination des ordres juridiques issues du droit international privé aboutissaient dans certaines situations à la création de situations boiteuses, ce défaut de coordination était surmonté efficacement par l'invocation de droits fondamentaux compatibles avec l'idée de continuité internationale des situations juridiques. À notre sens, là devrait s'arrêter le rôle des droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques. On ne devrait donc faire appel aux droits fondamentaux en matière de coordination des ordres juridiques qu'à titre accessoire, là où les règles internes de coordination des ordres

juridiques ont échoué. Au contraire, on a assisté, en matière de coordination des ordres juridiques, à une éviction des méthodes traditionnelles du droit international privé au profit de la logique des droits fondamentaux. Or, on oublie souvent qu'en raison de leur ambivalence, les droits fondamentaux sont susceptibles d'être invoqués à la fois au soutien de l'idée de continuité internationale des traitements, mais aussi au soutien de l'idée d'un droit à la discontinuité internationale de ces mêmes traitements. Le remède des droits fondamentaux risquait alors d'être pire que le mal puisqu'à côté des situations boiteuses engendrées par la mise en œuvre des règles traditionnelles du droit international privé en matière de coordination des ordres juridiques, risquaient de fleurir d'autres situations de discontinuité internationales engendrées cette fois-ci par l'application des droits fondamentaux. Néanmoins, réalisant que la Cour européenne des droits de l'Homme est désormais mue par une volonté d'articulation harmonieuse entre droits fondamentaux et mécanismes du droit international privé, ce risque de remise en cause des réponses juridictionnelles fixées doit être relativisé.

En fin de compte, le temps et l'espace, parce qu'ils sont susceptibles d'entraîner une rupture de la continuité du traitement des conflits d'intérêts participent bien à une incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts, mais il serait exagéré de retenir que cette incertitude dégénère en insécurité juridique.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

**184.** À l'issue de cette première partie, il est apparu que le traitement des conflits d'intérêts est marqué du sceau de l'incertitude. Et que cette incertitude est imputable à la fois à des facteurs spécifiques au droit de la famille, mais également à des facteurs génériques transposés à ce droit.

Pour ce qui est tout d'abord des facteurs d'incertitude spécifiques au droit de la famille, il a été démontré que le droit contemporain de la famille souffre d'une perte des repères puisqu'au nom du droit à l'autodétermination, le législateur renonce de plus en plus à imposer des valeurs, à poser des interdits et surtout à fixer au profit du groupe familial des limites aux libertés individuelles. Pour régler les situations conflictuelles, il se contente simplement de poser des critères de décision souples qui nécessitent pour leur mobilisation un important travail d'interprétation de la part du juge. Ce passage d'un droit de la famille contraignant et inégalitaire à un droit flexible mue par la liberté, l'égalité et la protection des intérêts de l'enfant rend incertain le traitement des conflits d'intérêts, parce qu'il devient difficile de prévoir raisonnablement, avant toute intervention judiciaire, l'intérêt au conflit susceptible de l'emporter. Mais il a aussi été constaté, d'une part, que cette flexibilité du traitement des conflits d'intérêts n'empêche pas toute possibilité de prévision de l'issue des conflits, et, d'autre part, que cette flexibilité, en permettant dans chaque cas d'espèce un traitement compatible à la situation des intéressés, assure l'effectivité dudit traitement. Dès lors, il a été retenu que les causes d'incertitude spécifiques au droit de la famille n'empêchent pas d'atteindre une certaine sécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts.

Pour ce qui est ensuite des facteurs d'incertitude transposés au droit de la famille, il a été démontré, qu'une fois la complexe mission d'arrêter le traitement des conflits d'intérêts réalisée, ce traitement était susceptible d'être remis en cause en raison des avanies du temps ou en raison de la diversité des ordres juridiques dans l'espace.

Appréhendant, d'une part, le temps comme un phénomène perturbateur, le constat suivant a pu être établi : le traitement des conflits d'intérêts n'étant que le cliché d'un fragile équilibre entre les intérêts antagonistes, il est possible qu'en raison de l'évolution de la situation des parties dans le temps ou en raison de l'évolution du droit lui-même, cet équilibre puisse être rompu. Or, parce que bien souvent, la réponse juridictionnelle est destinée à régir les rapports familiaux dans le temps, maintenir et imposer aux parties une solution déséquilibrée est une position difficilement tenable. Ainsi, pour des raisons d'équité, les juges admettent à certaines

conditions une révision des traitements au détriment de l'exigence de sécurité juridique qui postule au contraire à leur stabilité.

Appréhendant, d'autre part, la discontinuité des ordres juridiques, il a pu être démontré que les conflits d'intérêts ayant reçu une réponse définitive étaient susceptibles de renaître dans d'autres ordres juridiques ; ce qui avait pour conséquence de fragiliser les prévisions de continuité du traitement élaborées par les parties.

Mais, l'analyse de ces facteurs d'incertitude transposés au droit de la famille a permis de démontrer qu'en réalité, le droit positif réalise un équilibre acceptable entre le besoin de sécurité juridique qui postule au maintien des solutions fixées et le besoin d'adaptation qui postule à la révision. D'ailleurs, aucune sécurité juridique ne peut être atteinte dans le traitement des conflits d'intérêts si le droit refusait de ne jamais prendre en compte les besoins d'évolution, d'adaptation des rapports juridiques surtout dans une matière comme le droit extrapatrimonial de la famille mue par le besoin de justice dans les cas concrets. Il serait donc exagéré de convenir que les révisions des réponses juridictionnelles dans le temps et dans l'espace conduisent à une insécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. La raison tient principalement dans le fait que la sécurité juridique prend un sens particulier dans les rapports familiaux. Contrairement au droit commun où la sécurité juridique implique très souvent une rigidité de la règle de droit et une cristallisation des rapports juridiques découlant de l'individualisation de la règle générale et abstraite, la sécurité juridique dans les rapports familiaux implique au contraire une certaine flexibilité conformément aux besoins de protection des membres de la famille.

En fin de compte, parce que notre droit de la famille repose dorénavant sur les principes de liberté, d'égalité, de protection du plus faible, le traitement des conflits d'intérêts devient incertain faute de pouvoir reposer sur une hiérarchie claire et rigide préétablie entre les intérêts familiaux. Néanmoins, il reste possible de surmonter cette incertitude juridique en dégagant du système juridique des moyens de rationalisation du traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

## **PARTIE II : LES REMÈDES À L'INCERTITUDE JURIDIQUE**

**185.** La première partie de cette étude a été l'occasion de démontrer que l'application des règles de conflit et l'instabilité des solutions apportées aux conflits sont source d'incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. Même si cette incertitude juridique a pu être jugée raisonnable parce qu'objectivement elle ne dégénérerait pas en insécurité, il est toujours souhaitable de la réduire à une portion congrue pour éviter les ressentis subjectifs d'insécurité juridique.

Or, pour rendre moins incertain le traitement des conflits d'intérêts, il est nécessaire d'atténuer l'effet de surprise tant dans le processus de traitement que dans ses suites. À ce propos, l'analyse du droit positif montre que le législateur essaie tant bien que mal d'atténuer l'incertitude juridique en laissant à la disposition des parties ou du juge des moyens permettant de rendre plus rationnel le traitement des conflits d'intérêts (Titre I). Cependant, parce que les moyens qu'il propose ne permettent pas toujours de dissiper l'incertitude juridique, nous envisagerons, à titre prospectif, d'autres possibilités destinées à limiter l'effet de surprise dans le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille (Titre II).

En somme, l'objectif de la seconde partie de notre étude consiste à maîtriser l'aléa dans le traitement des conflits d'intérêts en le rendant plus cohérent, plus intelligible et surtout moins imprévisible.

## TITRE I : LES REMÈDES *DE LEGE LATA*

186. Il existe en droit positif des techniques de régulation des conflits qui bien exploitées permettent, d'une part, d'améliorer la prévisibilité des traitements et, d'autre part, de rendre plus stables les traitements arrêtés. L'objectif du présent titre consiste alors à identifier ces mécanismes légaux susceptibles de rendre moins incertain le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

À ce propos, l'hypothèse formulée et qu'il faudra vérifier est qu'on peut voir dans le développement des modes consensuels de gestion des conflits (Chapitre I) et dans l'existence de techniques permettant, d'une part, de rationaliser l'action en justice et, d'autre part, de hiérarchiser *a priori* certains intérêts familiaux (Chapitre II), des outils susceptibles de constituer, y compris dans le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille, des remèdes à l'incertitude juridique.

## CHAPITRE I : L'INCITATION À LA GESTION CONSENSUELLE

« Un autre intérêt [du droit collaboratif], qui apparaît également comme une évidence et qui vaut aussi pour le justiciable, est celui d'évacuer l'aléa judiciaire. Qui peut se flatter de n'avoir que des décisions exactement conformes aux demandes faites ? Et même une décision globalement positive donne rarement entièrement satisfaction aux clients, en particulier en matière familiale »<sup>1</sup>.

**187.** Responsabiliser chacun dans la résolution de ses propres conflits afin de tendre vers une justice apaisée<sup>2</sup> : tel pourrait être résumé l'objectif poursuivi par le législateur lorsqu'il incite de plus en plus les litigants à recourir, en matière familiale ou dans d'autres domaines, aux modes consensuels de gestion des conflits.

D'ailleurs, il convient de souligner qu'au cours de ces dernières années, le fait que de nombreux rapports issus de réflexions sur la justice civile au XXI<sup>e</sup> siècle aient tous insisté sur la nécessité de développer les modes amiables de résolution des différends dans toutes les branches du droit y compris dans les relations de famille<sup>3</sup>, n'est pas étranger à cette volonté actuelle du législateur de promouvoir les modes consensuels de gestion des conflits d'intérêts<sup>4</sup>

<sup>1</sup> A. CRESSENT, T. PICAL, I. REIN-LESCASTEREYRES, C. ROBBE-PHAN, « Fiche pratique : le droit collaboratif de A à Z », AJ fam. 2010, p. 260 (Le passage en gras a été mis en évidence par nos soins).

<sup>2</sup> Pour un exposé des différents avantages inhérents au recours aux modes consensuels de gestion des conflits, voir par exemple, N. FRICÉRO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER, G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2014, Livre 0.

<sup>3</sup> Voir par exemple, C. TASCA, M. MERCIER, *Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges*, Sénat, rapport d'information n° 404, 26 févr. 2014. - M. JUSTON, S. GARGOULLAUD, *Médiation familiale et contrat de co-parentalité*, avr. 2014. - D. MARSHALL, *Les juridictions du XXI<sup>e</sup> siècle (...)*, déc. 2013 - P. DELMAS-GOYON, *Le juge au XXI<sup>e</sup> siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice*, La documentation française, 2013. - J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice : la médiation, une autre voie ?*, La documentation française, 2008. - S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, La documentation française, 2008. - J.-C. MAGENDIE, *Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de justice*, La documentation française, 2010. - J.-M. COULON, *Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des Sceaux*, La documentation française, 1997. - Conseil d'État, *Régler autrement les conflits*, La documentation française, 1993.

<sup>4</sup> D'ailleurs, le législateur s'évertue à impulser une révolution culturelle qui consiste - sauf en cas d'urgence ou lorsque l'ordre public est en jeu - à ne plus voir dans les tribunaux la voie naturelle de résolution d'un conflit, mais un ultime recours en cas d'échec de la voie consensuelle. Ainsi, suite à un décret n° 2015-282 du 11 mars 2015, il est imposé aux parties de prouver, avant toute assignation en justice (art. 56 du CPC) ou requête (art. 58 du CPC) l'existence de diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable du litige. Toutefois, il convient de préciser que ces textes rendent obligatoire la « tentative de résolution amiable des différends » et non le recours effectif à un mode amiable de résolution des différends. Par exemple, il suffit qu'une partie propose à l'autre un règlement consensuel de leur différend par lettre recommandée avec accusé de réception et l'informe qu'en cas de refus il ira au contentieux, pour qu'on retienne la tentative de résolution amiable. La sanction en cas

pour lesquels celui-ci prend dorénavant le soin de fixer au minimum un embryon de régime juridique. C'est le cas de l'arbitrage (art. 2059 et s. du C. civ.), de la convention de procédure participative (art. 2062 et s. du C. civ. et art. 1542 et s. du CPC), de la conciliation et de la médiation conventionnelles (art. 1530 et s. du CPC).

Pour promouvoir ces modes consensuels de gestion des conflits<sup>1</sup>, le droit n'hésite pas à reconnaître la validité des clauses de règlement amiables — à condition que la renonciation temporaire des parties à leur droit à saisir le juge soit non-équivoque<sup>2</sup> —, incite en cas de survenance d'un litige à recourir aux modes consensuels de gestion, et a même pu imposer à titre expérimental le recours à la médiation familiale pour les litiges parentaux<sup>3</sup>.

Face à ce phénomène d'incitation à la gestion consensuelle s'insérant lui-même dans un mouvement général de contractualisation qui promeut en droit des personnes et de la famille<sup>4</sup>

de saisine du juge sans tentative de résolution amiable est prévue par l'article 127 du CPC qui dispose que « s'il n'est pas justifié, lors de l'introduction de l'instance et conformément aux dispositions des articles 56 et 58, des diligences entreprises en vue de parvenir à une résolution amiable de leur litige, le juge peut proposer aux parties une mesure de conciliation ou de médiation ».

Face à une obligation limitée aux tentatives et à une sanction loin d'être dissuasive, on a pu dire que la révolution culturelle souhaitée par le législateur n'est pas pour maintenant (E. MARTIN-HOCQUENGHEM, « L'obligation de tenter une résolution amiable du litige préalablement à l'exercice d'une action en justice contentieuse : un encombrant tigre de papier », LPA 2015, n° 129, p. 5 et s. - N. FRICÉRO, « Obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine d'un juge », Revue Procédures 2015, n° 5, p. 14 et s.). Toutefois, il convient de souligner qu'un pas supplémentaire vers cette révolution culturelle tant souhaitée a été franchi avec la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 qui à son article 4 impose désormais, pour tous les litiges inférieurs à 4000 euros qu'une saisine du tribunal d'instance par déclaration au greffe ne soit possible qu'après une tentative de conciliation. La sanction à l'absence de conciliation préalable est cette fois-ci dissuasive puisqu'il s'agit pour le juge de prononcer d'office l'irrecevabilité de la demande.

<sup>1</sup> Comme le souligne un auteur, l'objectif du législateur français à l'époque contemporaine est d'inciter les sujets de droit à abandonner le recours systématique au juge dans la gestion de leurs différends. M. BRUGGEMAN, « Crise(s) de la famille : prévention et gestion par le droit », in, J. LARRIEU (dir.) *Crise(s) et Droit*, LGDJ, 2012, p. 123 et s.

<sup>2</sup> Pour assurer l'efficacité de ces clauses, la Cour de cassation reconnaît que leur non-respect constitue une fin de non recevoir. Voir par exemple : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et 00-19.424 - Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16.001 - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 nov. 2006, n° 05-19.443 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2007, n° 06-13.366. - Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2014 p. 1044 et 2541, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2014 p. 655, obs. H. BARBIER, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014 p. 2004, et 2541, obs. T. CLAY, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO. - Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO.

Pour un point de vue doctrinal sur la question, voir par exemple : P. GRIGNON, « L'obligation de ne pas agir en justice », in, *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, p. 115 et s. - D. VIDAL, « L'actualité des clauses encadrant la réalisation du risque », *Journal des sociétés* 2013, n° 105, p. 48 et s. - X. LAGARDE, « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », *Revue de l'arbitrage* 2000, n° 3, p. 377 et s. - C. CORDIER-VASSEUR, C. CASSAVETTI, « Clauses de règlement amiable : gare à l'insécurité juridique ! », *JCP (G)* 2012, n° 11, p. 343 et s.

<sup>3</sup> Se référer à l'article 7 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Voir aussi, V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? » *Dr. fam.* 2012, n° 5, étude 12, spéc. §-15 et s.

De manière générale, « la médiation, la négociation, et plus généralement tous les modes alternatifs de règlement des conflits, sont à la mode et s'imposent devant les juridictions qui en font, de plus en plus, des passages procéduraires obligés ». B. DE BELVAL, « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », *Gaz. Pal.* 2012, n° 129, p. 11 et s.

<sup>4</sup> À propos de la contractualisation du droit de la famille, voir, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001.

la recherche de la solution la plus adéquate et personnalisée au différend par les parties elles-mêmes, il est légitime de retenir à la suite des auteurs dont la pensée est portée en préambule de ce chapitre, que la mobilisation des modes consensuels de gestion des conflits peut constituer un remède à l'incertitude juridique dont est empreint le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts. D'ailleurs, le législateur y croit, car derrière l'incitation à la gestion consensuelle des conflits se profile — entre autres raisons<sup>1</sup> — une volonté de réconcilier les parties avec un traitement des conflits d'intérêts souvent qualifié de complexe, d'imprévisible, voire d'incohérent.

Cependant, relevons que l'observation du droit positif peut laisser circonspect quant à l'aptitude de la gestion consensuelle à constituer un remède à l'incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. En effet, la gestion consensuelle est souvent limitée aux domaines qui ne sont pas d'ordre public ou aux domaines dans lesquelles les parties ont la libre disposition de leurs droits. Or, le droit extrapatrimonial de la famille est traditionnellement considéré comme empreint d'ordre public. Par conséquent, les traitements négociés devraient être exceptionnels en la matière. Dès lors, on ne saurait faire d'eux un remède à l'incertitude juridique, à moins de démontrer qu'en réalité, l'impression première de « non-négociabilité » de la matière extrapatrimoniale ne résiste pas à une analyse approfondie du droit positif.

Néanmoins, même dans l'hypothèse où la matière extrapatrimoniale serait, contrairement aux apparences, ouverte à la gestion consensuelle, cela ne signifie pas pour autant que cette gestion consensuelle constitue un remède efficace à l'incertitude juridique.

Pour vérifier l'hypothèse suivant laquelle l'incitation contemporaine à la gestion consensuelle est susceptible de constituer un remède à l'incertitude des réponses juridictionnelles apportées aux conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille, il faudra, dans un premier temps, démontrer la négociabilité de la matière extrapatrimoniale (Section I), puis dans un second temps, prouver que la gestion consensuelle est apte à jouer ce rôle que nous tentons de lui assigner (Section II).

---

Pour une vue générique sur le mouvement de contractualisation à l'œuvre dans notre société, voir, S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *Approche critique de la contractualisation*, LGDJ, 2007 - S. CHASSAGNARD-PINET, D. HIEZ (dir.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, PUAM, 2007.

<sup>1</sup> On pense par exemple à la volonté de désengorger les tribunaux et de réaliser des économies.

## SECTION I : L'ADMISSION D'UNE GESTION CONSENSUELLE DES CONFLITS D'INTÉRÊTS EN DROIT DE LA FAMILLE

**188.** S'interroger sur la possibilité d'une gestion consensuelle des conflits d'intérêts en droit de la famille revient, d'une part, à délimiter le domaine de la gestion consensuelle, c'est-à-dire identifier en droit de la famille les conflits d'intérêts susceptibles de faire l'objet d'une gestion consensuelle (§-1) puis, d'autre part, à préciser, si tant est que la gestion consensuelle des conflits d'intérêts s'avère possible, le moment auquel celle-ci pourra intervenir (§-2).

### §-1 : LE DOMAINE DE LA GESTION CONSENSUELLE

**189.** Dans une matière réputée d'ordre public, la place de la volonté dans la résolution des conflits familiaux ne devrait être que résiduelle à plus forte raison lorsqu'on s'intéresse à la dimension extrapatrimoniale de ce droit<sup>1</sup>. Or, contrairement aux apparences (A), la réalité témoigne d'un droit extrapatrimonial de la famille accessible à la gestion consensuelle des conflits d'intérêts (B). Ainsi, lors des procédures de séparation de corps, de divorce, de dissolution du Pacs, ou encore à propos de l'exercice de l'autorité parentale, la gestion consensuelle est aujourd'hui admise ; ce qui conduit à relativiser l'impression première d'étroitesse du domaine de la gestion consensuelle en droit extrapatrimonial de la famille.

#### A — UN DOMAINE D'APPLICATION D'APPARENCE RESTREINT

**190.** Dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, le domaine d'application de la gestion consensuelle se trouve circonscrit de manière générale par l'article 6 du Code civil — qui dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » —, et de manière spécifique par le régime juridique des différents modes consensuels de gestion des conflits d'intérêts.

**191. L'ordre public, critère général d'exclusion de la gestion consensuelle.** — Même si l'ordre public fait partie des notions difficiles à définir<sup>2</sup>, on s'accorde généralement

<sup>1</sup> Les relations patrimoniales en droit de la famille ne sont que très partiellement soumises à l'ordre public.

<sup>2</sup> À propos de l'ordre public, le professeur MALAURIE relevait dans sa thèse de doctorat que « nul n'a jamais pu en définir le sens, chacun en vante l'obscurité et tout le monde s'en sert. (...) » P. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Paris, 1954, spéc. p. 3, n° 1. Voir aussi, P. MALAURIE, « Rapport de synthèse », in, T. REVET (dir.),

sur le fait qu'il s'agit d'une limite posée à la volonté individuelle au nom de la protection de valeurs indispensables à la bonne marche de la société<sup>1</sup>. On s'accorde également sur le fait que l'ordre public se subdivise en ordre public de direction et en ordre public de protection<sup>2</sup>.

L'ordre public de direction vise la défense des intérêts publics, c'est-à-dire des valeurs qui importent à la collectivité dans son ensemble, puisque c'est sur elles que reposent l'ordre économique ou moral de la société. En revanche, l'ordre public de protection vise la défense des intérêts privés, c'est-à-dire des valeurs chères à un groupe particulier de citoyens qui en raison de la situation de faiblesse dans laquelle ils se trouvent, sont incapables d'en assurer efficacement la défense, justifiant ainsi une intervention de l'État<sup>3</sup>.

Transposant au droit de la famille cette subdivision de l'ordre public, il est proposé de considérer que l'ordre public de direction en droit de la famille tend à la préservation de la structure des rapports familiaux telle qu'elle a été conçue par le législateur et que l'ordre public de protection en revanche vise à protéger dans le cadre du fonctionnement de la cellule familiale, les intérêts particuliers de certains membres de la famille.

En approfondissant l'analyse, il convient de retenir qu'en droit de la famille, l'ordre public de direction serait en réalité un ordre public structurel qui aurait pour fonction d'imposer un cadre au phénomène familial, parce que les structures familiales participent à la structuration sociale. En effet, comme l'avait si bien affirmé PORTALIS, « (...) c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande »<sup>4</sup>. Il est donc indispensable que soit soustrait du jeu des volontés individuelles, tout ce qui touche au cadre général tracé par le législateur et

*L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 105. - J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V<sup>o</sup> *Ordre public et bonnes mœurs*, n<sup>o</sup> 1.

<sup>1</sup> Voir par exemple, Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 14<sup>e</sup> éd., Sirey, 2014, p. 340, n<sup>o</sup> 861 « L'ordre public, d'une façon très schématique, représente tout ce qui est nécessaire à la bonne marche de la société protégée par l'État contre les initiatives personnelles des individus ». Voir aussi, J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 1994, p. 127 « L'ordre public exprime le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrat. C'est, a-t-on dit encore, un mécanisme par lequel l'État réprime les conventions particulières qui porteraient atteinte à ses intérêts essentiels ».

<sup>2</sup> Même si l'idée de cette catégorisation était latente dans des réflexions doctrinales plus anciennes (G. COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in, *Mélanges J. FLOUR*, Defrénois, 1978, p. 95), on attribue la paternité de la distinction ordre public de protection et de direction au doyen CARBONNIER (J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. IV, *Les obligations*, PUF, 1955, n<sup>o</sup> 3. Voir aussi les éditions postérieures qui ont peaufiné la distinction). La distinction a ensuite été reprise par de nombreux auteurs qui lui ont assurée son succès actuel (voir par exemple, J. GHESTIN (dir.) *Traité de droit civil, Les obligations*, t. 2, *La formation du contrat*, LGDJ, 2013, n<sup>o</sup> 2165 et s. - J. MESTRE, « L'ordre public dans les relations économiques », in, T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 33 s. - F. TERRÉ, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 2013, n<sup>o</sup> 383 et s.).

<sup>3</sup> Toutefois, il faut souligner que cette distinction entre ordre public de direction et de protection aussi séduisante soit-elle en théorie, n'est pas toujours facile à mettre en œuvre en pratique (Sur les limites de cette distinction entre ordre public de direction et de protection, voir par exemple, J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V<sup>o</sup> *Ordre public et bonnes mœurs*, n<sup>o</sup> 2 et n<sup>o</sup> 40-43.). En effet, la distinction intérêts publics et privés n'est pas aussi tranchée qu'on pourrait le croire puisqu'il peut arriver qu'en protégeant des intérêts privés, le législateur ait eu aussi à cœur la défense d'un intérêt public comme la stabilité des rapports juridiques ou la paix sociale.

<sup>4</sup> J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil » in, P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. I, Paris, 1836, p. 522.

dans lequel va s'organiser la vie de la cellule familiale. En d'autres termes, le moule qui dans l'abstrait est pensé pour formater selon les mots de PORTALIS, « des bons enfants, des bons maris, des bons pères qui feront de bons citoyens »<sup>1</sup>, ne peut, dans l'intérêt de la société, être déconstruit par le jeu des volontés individuelles. L'ordre public de direction permet ainsi d'éviter la remise en cause des options fondamentales qui structurent notre droit de la famille. Partant, on peut considérer comme d'ordre public de direction, les règles de rattachement d'un enfant à une lignée et, de façon générale, les règles gouvernant l'accès et le fonctionnement des institutions familiales. Ce qui justifie par exemple dans le cadre du mariage, le caractère d'ordre public de la règle prohibant la bigamie, ou le caractère d'ordre public des devoirs issus du mariage (art. 1388 du C. civ). Ce qui justifie aussi en matière de filiation, le caractère d'ordre public de la règle interdisant qu'une action en recherche de paternité soit dirigée contre un tiers donneur dans le cadre d'une procréation médicalement assistée (PMA) exogène (art. 311-19 du C. civ).

En revanche, l'ordre public de protection serait un ordre public fonctionnel qui au nom de la protection des intérêts d'un membre de la famille susceptible de se trouver en situation de faiblesse, imposerait aux individus une limite à la liberté d'organisation de la vie concrète de la cellule familiale. En d'autres termes, n'est pas en jeu « ce qui fait famille »<sup>2</sup> c'est-à-dire nos options fondamentales en matière familiale, mais l'organisation pratique des relations familiales. Ainsi, la protection des intérêts de l'enfant justifie que le législateur interdise, la renonciation aux actions relatives à la filiation (art. 323 du C. civ.), la renonciation ou la cession conventionnelle de l'autorité parentale (art. 376 du C. civ.), la dérogation conventionnelle aux règles relatives à l'autorité parentale (art. 1388 C. civ.). L'intérêt de l'enfant et des parents justifient aussi l'égalité des droits parentaux. De même, on peut relever que l'intérêt des tiers et l'intérêt de la famille justifient que soit imposée une solidarité légale entre époux en matière de dettes ménagères (art. 220 du C. civ.).

Incontestablement, un ordre public se maintient en matière familiale même si on reconnaît volontiers qu'il a muté<sup>3</sup> dans le sens où on a assisté à un retrait de l'ordre public de direction au profit d'une expansion de l'ordre public de protection<sup>4</sup>. Aussi, perçoit-on sans difficulté

<sup>1</sup> J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de Code civil », *op. cit.*

<sup>2</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, p. 12, n° 17.

<sup>3</sup> Sur les causes de cette mutation, voir par exemple, J.-L. RENCHON, « Les causes des mutations de l'ordre public », *Dr. fam.* 2015, dossier 46.

<sup>4</sup> Des auteurs parlent « d'autonomisation » de l'ordre public en droit des personnes et de la famille, puisque l'ordre public en la matière tend vers la protection de la liberté, de la dignité, de l'égalité, de l'intégrité, de l'état des personnes, des relations familiales (J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz, V<sup>o</sup> Ordre public et bonnes mœurs*, n° 87). Voir aussi, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz, V<sup>o</sup> Famille*, n° 330.

Pour d'autres analyses de l'ordre public en droit de la famille, voir par exemple, A. BÉNABENT « L'ordre public en droit de la famille », in, T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 27 et s. - C. ROPERS, « Reste-t-il un ordre public familial », in, C. PIGACHE (dir.), *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, PUR, 2004, p. 89 et s. - C. DUARD-BERTON, *L'ordre public dans le droit de la famille*, th.

que l'ordre public est plus prégnant en droit extrapatrimonial de la famille, puisque dans ce domaine, en plus de protéger l'individu dans le cadre de ses relations de famille, on touche surtout aux structures mêmes de notre droit de la famille, à « ce qui fait famille ». En définitive, que l'on soit en présence d'un ordre public de direction ou de protection, il convient de retenir que la gestion consensuelle des conflits d'intérêts qui surviennent dans les matières d'ordre public sera impossible, sauf disposition contraire de la loi. Et, au regard de la vitalité de l'ordre public en droit extrapatrimonial de la famille, on pressent que la gestion consensuelle, parce qu'elle sera rarement possible, ne pourrait constituer un remède à l'incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts.

**192. Le régime juridique des modes consensuels de gestion, critère spécifique de délimitation.** — Si la gestion consensuelle est généralement interdite dans les matières d'ordre public, il peut arriver qu'exceptionnellement, des règles spécifiques réglementant le recours à un mode particulier de gestion consensuelle admettent la négociation à propos de certaines matières pourtant d'ordre public. Dès lors, il convient de garder à l'esprit que le critère général d'exclusion de la gestion consensuelle qu'est l'ordre public ne sera mobilisé pour délimiter le champ d'application de la gestion consensuelle, dans une situation conflictuelle donnée, qu'en l'absence de règles spécifiques réglementant le recours à un mode particulier de gestion consensuelle. Il s'agit en réalité de donner la priorité à l'application des critères spécifiques délimitant le domaine de la gestion consensuelle, et de n'appliquer le critère général d'exclusion de la gestion consensuelle qu'est l'ordre public que lorsque les critères spécifiques de délimitation font défaut. Pour concrétiser cette démarche, il sera question de s'intéresser au régime juridique des différents modes consensuels de gestion des conflits.

**193.** Mais, avant toute chose, il convient de relever que, si par mode consensuel de gestion, on vise un procédé de traitement des conflits d'intérêts qui donne un rôle actif aux parties dans l'élaboration de la solution du conflit, il faut alors exclure l'arbitrage<sup>1</sup> puisqu'en matière d'arbitrage, les parties renoncent au droit de rester maître de la solution. En effet, en optant pour l'arbitrage, les parties confient le pouvoir de trancher le litige à un tiers ; ce litige trouvera ainsi sa solution avec une sentence arbitrale qui s'impose aux parties. En matière d'arbitrage donc, la volonté des parties n'a d'emprise que sur le choix du mode de gestion et

---

dactyl. Paris 2, 2004. - F. CADET, *L'ordre public en droit international de la famille*, L'harmattan, 2005. - H. HAMADI, *Recherches sur l'ordre public familial*, th. dactyl. Toulon, 2008.

<sup>1</sup> J.-B. RACINE, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? (Contribution à la définition du terme alternatif) », LPA 2001, n° 105, p. 16 et s. À propos de l'arbitrage en général, voir par exemple, L. CHEDLY, « Arbitrage et médiation », in, F. OSMAN (dir.) *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012, p. 93 et s. - Y. GUYON, *L'arbitrage*, Economica, 1995. - M. BOUCARON-NARDETTO, *La réforme du droit de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011: Premier bilan d'étape après un an d'application*, Cahiers de l'arbitrage 2012, n° 3, p. 735.

non sur la solution à retenir. Dès lors, les modes consensuels de gestion tels que nous l'entendons recouvrent la médiation, la conciliation, la procédure participative et le droit collaboratif. Toutefois, avant d'analyser ces modes consensuels de gestion, il convient de rappeler qu'excepté le droit collaboratif<sup>1</sup>, les autres modes consensuels de gestion des conflits d'intérêts ont été consacrés par le législateur qui a pris le soin de leur assigner un régime juridique. Et c'est au détour de ces différents régimes juridiques que se dessine le domaine d'application de la gestion consensuelle. Il faudra donc procéder à l'analyse des règles applicables aux différents processus de gestion consensuelle des conflits pour faire apparaître les limites de chacun d'eux dans le traitement consensuel des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

**194.** À ce propos, il convient de noter qu'en ce qui concerne tout d'abord la médiation<sup>2</sup>, ce processus peut renvoyer à la médiation conventionnelle ou judiciaire. La médiation est conventionnelle lorsqu'elle intervient à l'initiative des parties en dehors de toute procédure judiciaire (art. 1530 du CPC). À l'inverse, elle est judiciaire lorsqu'elle intervient à l'initiative du juge dans le cadre d'une procédure judiciaire<sup>3</sup>.

Si on s'intéresse à la médiation conventionnelle, on constate qu'aucun des articles régissant ce processus de gestion consensuelle (art. 1532 et suivants du C. civ.) ne délimite expressément son domaine d'application en matière familiale. Donc, doit s'appliquer l'article 6 du C. civ qui fait de l'ordre public la limite aux arrangements conventionnels. En d'autres termes, d'après le législateur, la médiation conventionnelle n'est possible que si la matière n'est pas d'ordre public.

---

<sup>1</sup> Par conséquent, pour recourir au droit collaboratif en matière familiale, il faudrait donc que le domaine conflictuel ne soit pas d'ordre public. Voir, N. FRICÉRO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER, G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, Dalloz, 2015, p. 528, n° 43.09.

<sup>2</sup> La médiation fait intervenir un tiers impartial sans pouvoir de décision ayant pour mission d'aider les parties à trouver elles-mêmes la solution au conflit qui les oppose. De l'élaboration des propositions jusqu'à l'adhésion collective à une solution, tout repose sur les parties. À propos de la médiation, voir par exemple, A. LEBORGNE, « Plaidoyer en faveur de la médiation familiale pour une justice familiale apaisée », *RJPF* 2015, n° 5, p. 7 et s. - A. LEBORGNE, « La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux », *RLDC* 2005, n° 132, p. 63 et s. - D. GANANCIA, « Quand la médiation familiale entre dans le Code civil », *AJ. Fam.* 2003, p. 48 - M. JUSTON, « L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant », *Dr. fam.* 2008, étude 10. - L. WEILLER, « La médiation familiale », in, L. WEILLER (dir.), *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, 2012, p. 59 et s. - N. FRICÉRO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER, G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, p. 113 et s. - V. ÉGÉA, « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », *RLDC* 2011, n°88, p. 53 et s. - G. MATTÉI, *Fonction du juge et médiation familiale : étude des systèmes français et anglo-saxon*, th. dactyl. Strasbourg, 2002.

<sup>3</sup> D'après un auteur, « la médiation judiciaire peut se définir comme un mode conventionnel ou amiable de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge, par lequel ce dernier, saisi d'un litige et après avoir recueilli le consentement des parties, désigne un tiers chargé, sous son contrôle et contre rémunération, de conforter les points de vue respectifs des parties et de les aider à trouver une solution pacifique au litige qui les oppose ». J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. GUINCHARD, PUAM, 2003, p. 76.

Si on s'intéresse ensuite à la médiation judiciaire, il convient de souligner qu'elle est réglementée par les articles 131-1 et suivants du CPC. L'article 1071 du même Code donne une compétence générale au juge aux affaires familiales (JAF) pour proposer dans les litiges où il est saisi, une mesure de médiation. Ce qui signifie que le JAF peut proposer une médiation dans tous les litiges relevant de son champ de compétence<sup>1</sup>. D'ailleurs, pour inciter au recours à la médiation, le Code civil institue en matière de divorce (art. 255) et pour les litiges relatifs à l'autorité parentale (art. 373-2-10) des procédures spécifiques.

En définitive, dans le cadre d'une procédure judiciaire, la médiation est largement admise en matière familiale. Le juge peut même l'imposer aux parties sauf si des violences ont été commises au sein de la structure familiale (art. 373-2-10 du C. civ.). La médiation extrajudiciaire en revanche ne serait possible que si la matière n'est pas d'ordre public.

**195.** En ce qui concerne ensuite la conciliation<sup>2</sup>, il faut également relever qu'elle peut être conventionnelle ou judiciaire. Elle est conventionnelle lorsqu'elle intervient à l'initiative des parties en dehors de toute procédure judiciaire (art. 1530 du CPC). À l'inverse, elle est judiciaire lorsqu'elle intervient dans le cadre d'une procédure judiciaire, à l'initiative du juge après avoir recueilli l'accord des parties<sup>3</sup> (art. 1071 du CPC).

Si on s'intéresse à la conciliation conventionnelle, il convient de constater que même si elle est régie par les articles 1536 et suivants du CPC, le législateur n'a cependant pas pris le soin de fixer son domaine d'application. Il s'est simplement contenté d'exclure son application en matière administrative (art. 1529 du CPC) ; ce qui signifie qu'elle reste possible en matière civile. Néanmoins, à défaut de critère spécifique de délimitation en matière familiale, il convient d'appliquer l'article 6 du C. civ. et d'exclure la conciliation conventionnelle dans les domaines d'ordre public.

---

<sup>1</sup> Pour rappel, le JAF est compétent en matière d'homologation judiciaire du changement de régime matrimonial, de divorce, de séparation de corps et de leurs conséquences, de liquidation des intérêts patrimoniaux entre époux, de PACS, d'obligation alimentaire, d'exercice de l'autorité parentale, de prestation compensatoire, de changement de prénom, de protection contre certaines violences familiales, de tutelle des mineurs (art. L. 213-3 et L. 213-3-1 du COJ).

<sup>2</sup> La conciliation laisse également aux parties le pouvoir de décider de la réponse à apporter au conflit qui les oppose. Mais contrairement à la médiation, le tiers ici a un rôle plus actif puisqu'il dispose d'un pouvoir de proposition lui permettant d'élaborer une solution, tout en laissant libre les parties d'y adhérer. Le dernier mot revient aux parties. À propos de la conciliation, voir par exemple, *Les conciliateurs de justice : colloque Cour d'appel de Paris, 8 avr. 2010*, Les Annonces de la Seine 15 avr. 2010, n° 19. - J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaire*, PUAM, 2003 - Y. DESDEVISES, « Remarques sur la conciliation dans les textes récents de procédure civile », D. 1981, Chron. 241. - P. ESTOUP, « Études et pratique de la conciliation », D. 1986, Chron. 161. - N. FRICÉRO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER, G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, *op.cit.*, p. 17 et s.

<sup>3</sup> D'après un auteur, « la conciliation judiciaire peut être définie comme un mode conventionnel ou amiable de règlement des litiges intervenant dans le cadre d'une instance judiciaire et sous l'égide du juge, par lequel les parties, avec ou non l'aide du juge ou d'un conciliateur bénévole que l'autorité judiciaire désigne à cette fin et qui a leur confiance, tentent de rapprocher leurs points de vue respectifs afin de trouver une solution amiable au litige qui les oppose ». J. JOLY-HURARD, *Conciliation et médiation judiciaires*, préf. S. GUINCHARD, PUAM, 2003, pp. 75-76.

Si on s'intéresse à la conciliation judiciaire, il convient de noter qu'en matière familiale, il entre dans la mission du JAF de concilier les parties (art. 1071 du CPC). Ce qui signifie que tous les litiges qui entrent dans le champ de compétence du JAF sont susceptibles de faire l'objet d'une tentative préalable de conciliation. En matière de divorce, cette tentative préalable de conciliation est même obligatoire<sup>1</sup> avant l'instance judiciaire (art. 252 du C. civ.). En définitive, en dehors de l'hypothèse d'une conciliation judiciaire, le recours à ce mode consensuel de gestion des conflits n'est possible que si la matière n'est pas d'ordre public.

**196.** En ce qui concerne enfin la procédure participative<sup>2</sup>, il faut relever qu'aux termes de l'article 2062 du C. civ. il s'agit d'« une convention par laquelle les parties à un différend s'engagent à œuvrer conjointement et de bonne foi à la résolution amiable de leur différend ou à la mise en état de leur litige ». Dans le cadre d'une convention de procédure participative, les parties assistées de leurs conseils restent les principaux acteurs de la solution à donner au conflit. Pour revenir au domaine d'application de la gestion consensuelle des conflits d'intérêts qui nous intéresse dans le cadre des présents développements, il convient de souligner que le recours à la procédure participative n'est possible que dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits (art. 2064). Mais à titre d'exception, le législateur ouvre le champ de la procédure participative au divorce et à la séparation de corps (art. 2067) domaines dans lesquels les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits.

**197.** À l'issue de ces développements, un point d'étape s'impose. En droit de la famille, lorsque la gestion consensuelle se déroule en dehors de toute procédure judiciaire — exceptée, d'une part, la convention de procédure participative possible en matière de divorce et de séparation de corps, et, d'autre part, la nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée (art. 229-1 et s. du C. civ.) —, elle n'est admise que si les parties ont la libre disposition de leurs droits ou quand le domaine n'est pas d'ordre public. Lorsque la gestion consensuelle se déroule dans le cadre d'une procédure judiciaire, elle est possible dans les domaines relevant de la compétence du JAF, dont certains comme le divorce, la séparation de corps, l'autorité parentale sont bien d'ordre public. Ce qui revient à retenir qu'en dehors de toute procédure judiciaire, la gestion consensuelle du conflit d'intérêts en droit de la famille serait exceptionnelle, puisque la matière extrapatrimoniale reste dans

<sup>1</sup> Voir les propositions d'un auteur qui plaide pour un remplacement de l'audience de conciliation obligatoire dans les divorces contentieux par une intervention du juge de la mise en état. C. BOUTY, « Pour une suppression du préalable obligatoire de conciliation en matière de divorce », D. 2008, p. 2728 et s.

<sup>2</sup> H. MOUTARDIER, « Plaidoyer pour une nouvelle lecture de la procédure participative », Gaz. Pal. 2015, n° 83, p. 7 et s. - H. POIVEY-LECLERC, « La convention de procédure participative : un pacte de non-agression à durée déterminée », JCP (G) 2011, actu. 70 - S. SAUPHANOR, « La convention de procédure participative : aspects pratiques », Gaz. Pal. 2011, n° 18, p. 10. - N. FRICÉRO « La convention de procédure participative : un nouveau règlement amiable assisté par avocat », Droit et patrimoine 2011, n° 202, p. 30. - N. FRICÉRO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER, G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op.cit., p. 600 et s.

son ensemble marquée par les règles d'ordre public. Ce sentiment d'étroitesse du champ de la gestion consensuelle se renforce lorsqu'on réalise que la disponibilité des droits, critère spécifique de délimitation du champ de la gestion consensuelle, est elle-même déterminée en référence à la notion d'ordre public<sup>1</sup> ; ce qui revient à dire qu'est indisponible ce qui est d'ordre public. D'ailleurs, des auteurs ont pu considérer que « pour l'heure, le recours à l'idée de libre disponibilité du droit témoigne davantage d'un changement de pied terminologique que notionnel »<sup>2</sup>.

En revanche dans le cadre d'une procédure judiciaire, la gestion consensuelle retrouverait un champ d'application moins étroit à condition que le juge propose aux parties d'y recourir. Mais n'empêche, lorsqu'on réalise une observation d'ensemble, le sentiment d'étroitesse du domaine d'application de la gestion consensuelle domine, à plus forte raison lorsque, pour trouver une cohérence d'ensemble, on a tendance à présenter le recours aux modes consensuels de gestion des conflits en droit extrapatrimonial de la famille comme une exception à leur exclusion de principe dans les matières d'ordre public. Or en réalité, si une cohérence veut être trouvée dans le droit positif relatif aux modes consensuels de gestion des conflits d'intérêts, c'est plutôt vers l'admission de principe de la gestion consensuelle en droit de la famille qu'il faudrait tendre.

## B — UN DOMAINE D'APPLICATION EN RÉALITÉ ÉTENDU

**198. L'ordre public, un obstacle non dirimant à la gestion consensuelle.** — Dans l'optique d'adopter une vue systémique quant au domaine d'application de la gestion consensuelle des conflits d'intérêts, il est proposé de ne plus voir dans l'ordre public un obstacle absolu à la gestion consensuelle des conflits d'intérêts. L'idée serait de reprendre la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection pour faire uniquement de la présence du premier, un obstacle absolu à la gestion consensuelle des conflits d'intérêts. Même si la distinction entre la protection et la direction n'est pas aisée à réaliser<sup>3</sup> surtout dans une « matière familiale engluant naturellement les deux dans un mélange souvent inextricable »<sup>4</sup>, elle n'en est pas moins réalisable. Pour ce faire, il convient de reprendre la

<sup>1</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996, p. 57.

En droit de la famille, la ligne de démarcation classique entre le disponible et l'indisponible consiste à présenter la matière patrimoniale comme disponible et la matière extrapatrimoniale comme étant indisponible en raison du principe de l'indisponibilité de l'état des personnes. À cet effet, les questions relatives à la filiation, à l'autorité parentale, au divorce, à la capacité devraient échapper aux conventions.

<sup>2</sup> M.-E. ANCEL et *alii*, *Le Lamy du contrat*, n° 236-121.

<sup>3</sup> J. HAUSER, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz, V° Ordre public et bonnes mœurs*, n° 2 et n° 40-43.

<sup>4</sup> J. HAUSER, « Les limites d'ordre public », *AJ fam.* 2011, p. 292. L'auteur envisage la possibilité des conventions en présence d'un ordre public de protection, mais reste dubitatif quant aux potentiels de son idée en raison de la difficulté qu'il y a à isoler l'ordre public de protection de l'ordre public de direction.

distinction ordre public structurel et ordre public fonctionnel proposée au tout début de nos développements relatifs à l'ordre public<sup>1</sup>.

**199.** Rappelons, d'une part, qu'on serait en présence d'un ordre public structurel lorsque le litige serait relatif au cadre familial dans lequel le législateur entend enserrer le phénomène familial ; cela renvoie à trois types de règles :

Tout d'abord, renvoient à l'ordre public structurel, les interdits fondateurs c'est-à-dire les règles prohibitives à partir desquelles le législateur entend réaliser des options fondamentales traduisant sa vision du phénomène familial<sup>2</sup>. La prohibition de l'inceste, l'interdiction de la bigamie, l'interdiction de la gestation pour autrui constituent autant d'illustrations des interdits fondateurs sur lesquels repose notre représentation de la famille.

Ensuite, renvoient à l'ordre public structurel, les règles relatives à l'accès aux institutions familiales<sup>3</sup> et de façon plus générale, les règles gouvernant la création d'un rapport de famille. Dès lors, il est impossible de recourir à la gestion consensuelle lorsque le conflit d'intérêts porte sur la formation du lien de famille, que ce soit en matière d'alliance ou de parenté ; c'est l'idée d'adhésion à un statut préétabli qui justifie cette impossibilité de recourir à la gestion consensuelle lorsqu'il est question de formation des rapports familiaux<sup>4</sup>. En clair, il est interdit aux particuliers de créer leurs rapports de famille dans des conditions différentes de celles prévues par la loi.

Enfin, concernent également l'ordre public structurel, les règles qui, sans être relatives à l'accès aux institutions familiales, participent de leur singularité<sup>5</sup>. En d'autres termes, en occultant ces règles, l'institution serait dénaturée dans le sens où l'objectif ayant présidé à sa conception ne pourrait être atteint. Ainsi, à travers le mariage et la parenté, le législateur a principalement entendu enserrer les individus dans un ensemble complexe de droits et de devoirs au rang desquels on retrouve la dévolution successorale, l'obligation alimentaire, le devoir de secours, l'obligation d'entretien, l'autorité parentale, l'exclusivité des relations sexuelles. En d'autres termes, lorsque le conflit d'intérêts touche à l'essence même de l'institution familiale, la gestion consensuelle doit être écartée parce qu'on serait en présence d'un ordre public structurel.

Rappelons, d'autre part, qu'on serait en présence d'un ordre public fonctionnel lorsqu'on est confronté à des règles impératives ne relevant pas d'un ordre public structurel. Cette définition négative serait, à notre sens, la meilleure manière de délimiter l'ordre public

<sup>1</sup> Voir supra n°191

<sup>2</sup> À propos des valeurs fondatrices en général, voir supra n°27

<sup>3</sup> H. HAMADI, *Recherches sur l'ordre public familial*, th. dactyl. Toulon, 2008, p. 50 et s.

<sup>4</sup> V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010, p. 107, n° 157.

<sup>5</sup> Sur la singularité du mariage comme institution familiale, voir par exemple, B. De BOYSSON, *Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, 2012.

fonctionnel. Certes, on avait précédemment retenu l'organisation concrète des rapports familiaux comme critère, mais en réalité, ce critère serait trop étroit, puisque l'ordre public fonctionnel se rencontre également lorsque la famille n'existe plus ; tel est le cas par exemple en matière de divorce où les droits des parties demeurent indisponibles. Toutefois, si on persévère dans l'entreprise d'une définition positive de l'ordre public fonctionnel, il serait plus juste de retenir qu'il s'agit de règles placées au-dessus de la volonté des parties et qui sont relatives non pas à l'existence des rapports de famille, mais à l'organisation des rapports de famille passés, présents ou à venir. Cette définition permet, d'un côté, d'appréhender l'organisation de la vie de la cellule familiale ainsi que l'organisation des conséquences de la dislocation du groupe familial, et de l'autre, d'exclure les questions « d'inexistence du rapport juridique de famille »<sup>1</sup> à savoir l'annulation du mariage et l'anéantissement du lien de filiation. Autrement dit, les règles impératives en matière de divorce feraient partie d'un ordre public fonctionnel tandis que les règles impératives en matière de nullité du mariage, parce qu'il est question d'inexistence du lien matrimonial, feraient partie d'un ordre public structurel.

**200.** Si on tient pour convaincants les critères de reconnaissance de l'ordre public structurel et fonctionnel, il conviendra alors d'en tirer les conséquences suivantes :

Lorsqu'un litige serait relatif à une matière d'ordre public structurel, il ne peut faire l'objet d'une gestion consensuelle. Il s'agit là d'un obstacle absolu, parce qu'il ne relève pas du pouvoir des parties de déterminer, y compris à l'échelle de leurs rapports, ce qui fait famille. Il n'y a donc rien à négocier en la matière puisqu'aucun assouplissement des règles n'est recevable. En revanche, lorsque le litige est relatif à une matière d'ordre public fonctionnel, il ne peut *a priori* faire l'objet d'une gestion consensuelle. Cependant, l'obstacle à la gestion consensuelle n'est que relatif dans cette hypothèse. L'idée qui est alors proposée est celle d'un recours à une gestion consensuelle sous contrôle du juge. Une telle proposition repose sur le constat suivant. En présence de règles d'ordre public édictées pour éviter les dérives de la liberté dans le fonctionnement du groupe familial, si le juge a la possibilité, à l'issue de la gestion consensuelle de vérifier que les intérêts protégés à travers la règle impérative ont été préservés par les parties, l'exclusion de la gestion consensuelle n'est donc plus justifiée. Les impératifs juridiques sont alors susceptibles d'assouplissements à condition que les finalités poursuivies par le législateur soient préservées de façon satisfaisante dans chaque cas concret. Lorsqu'elles ne sont pas préservées, le juge refusera de donner à l'accord des parties une force obligatoire ; autrement dit, l'accord ne sera pas homologué.

---

<sup>1</sup> Par inexistance d'un rapport juridique de famille, on vise la remise en cause rétroactive d'un lien juridique de famille juridiquement consacré par le droit. C'est donc en raison de la rétroactivité de la remise en cause qu'on parle d'inexistence du rapport juridique et non de rupture du lien juridique de famille.

Pour récapituler, la gestion consensuelle des conflits d'intérêts sera possible lorsque le domaine litigieux n'est pas d'ordre public. Cependant, même si le domaine litigieux est d'ordre public, contrairement aux apparences, la gestion consensuelle n'est pas impossible. En effet, lorsque le domaine litigieux est d'ordre public fonctionnel, la gestion consensuelle des conflits serait possible chaque fois qu'il est prévu et imposé un processus permettant au juge de réaliser un contrôle *a posteriori* portant sur le contenu de l'accord des parties. Une telle proposition loin d'être utopique s'inscrirait même dans le cours de l'évolution récente du droit de la famille.

**201. L'ouverture des espaces d'ordre public à la volonté judiciairement contrôlée, une fausse idée neuve.** — Il ne sera pas question dans les développements à venir de retracer une évolution complète de notre droit de la famille<sup>1</sup>, mais simplement de s'appuyer sur quelques points de repères historiques pour donner plus de crédit à notre proposition d'ouverture de la gestion consensuelle aux espaces d'ordre public fonctionnel.

Pour ce faire, on peut commencer par rappeler que lorsqu'il s'est agi à travers la loi du 13 juillet 1965 d'évincer le principe d'immutabilité des conventions matrimoniales, le législateur dans le souci de protection de l'intérêt de la famille et de l'intérêt des enfants avait instauré une mutabilité judiciairement contrôlée (art. 1397 du C. civ.).

De même, on peut rappeler que la loi du 11 juillet 1975 — qui créa à côté du divorce pour faute, le divorce par consentement mutuel et les « divorces faillites » — avait également, dans le cadre du divorce par consentement mutuel, admis que les époux puissent régler eux-mêmes les conséquences de leur divorce<sup>2</sup>. Mais pour éviter que cette volonté de pacification ne se solde par un sacrifice des intérêts du plus faible, le législateur a subordonné le prononcé du divorce par consentement mutuel à l'homologation par le juge de la convention des parties. Ce n'est que par la loi du 26 mai 2004 que le législateur étendit aux autres cas de divorce cette possibilité offerte aux époux de régler conventionnellement les conséquences du divorce (art. 265-2 et 268 du C. civ.).

Enfin, on peut également rappeler qu'en matière d'autorité parentale, lorsque la loi du 4 mars 2002 a généralisé et encouragé la possibilité, pour les parents séparés, de soumettre au juge les conventions par lesquelles ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2-7 et 373-2-10), c'est encore une fois une liberté sous contrôle judiciaire, puisque le juge refusera d'homologuer ces conventions lorsqu'elles préservent insuffisamment les

<sup>1</sup> Sur l'évolution historique du droit de la famille, voir par exemple, F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *La famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, pp. 1-20. - P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, p. 39 et s. - H. LÉCUYER, B. BEIGNIER, P. MURAT (dir.), *Perspectives de réformes en droit de la famille*, éd. Juris-classeur, 2000 - J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in, *Mélanges Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN*, Bruylant, 1998, p. 661 et s.

<sup>2</sup> Voir par exemple, J. RUBELLIN-DEVICHI, « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in, *Mélanges Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN*, op. cit., p. 676.

intérêts de l'enfant. Toutefois, il convient de relever qu'en matière de divorce par consentement mutuel, cet équilibre vient d'être bouleversé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016. Ses dispositions relatives au divorce par consentement mutuel ont créé à côté de la procédure classique, une procédure nouvelle qui permet aux époux, qui s'entendent sur le principe et les effets de la rupture, de divorcer sans juge (nouveaux articles 229-1 à 229-4 du C. civ.). Il reste cependant interdit aux époux de recourir à cette procédure nouvelle de divorce par consentement mutuel lorsque l'un d'eux est placé sous l'un des régimes de protection prévus aux articles 425 et suivants du Code civil, ou lorsque l'un de leurs enfants demande à être entendu par le juge.

Cette nouvelle procédure de divorce par consentement mutuel, en faisant disparaître le juge, supprime tout contrôle judiciaire du contenu de la convention de divorce. Ce qui signifie que la convention de divorce ainsi que les dispositions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale qu'elle contient, seront dotées d'une force exécutoire sans subir un contrôle judiciaire. Une telle évolution du droit positif a été critiquée à juste titre, puisqu'elle a pour conséquence le sacrifice de l'intérêt de l'enfant<sup>1</sup>.

En effet, l'intérêt de l'enfant devant être une considération primordiale dans toute décision le concernant, le contrôle du juge à travers la procédure d'homologation est bien nécessaire lorsqu'il est question, au moment de la séparation des parents, de procéder à la modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale. Or, depuis la nouvelle loi, le juge n'a même plus la possibilité d'effectuer un tel contrôle si l'enfant lui-même ne demande pas à être entendu. Pour mieux assurer la protection des intérêts de l'enfant, un auteur avait à juste titre proposé qu'en présence d'enfant mineur, les dispositions prévues par les parents dans le cadre d'une procédure de divorce sans juge, fassent systématiquement l'objet d'une convention soumise à l'homologation du JAF<sup>2</sup>.

Excepté cette évolution juridique à contre-courant que constitue le droit actuel du divorce sans juge, on voit bien que dans toutes les matières traditionnellement d'ordre public<sup>3</sup> le législateur, dans le souci de pacifier les rapports familiaux et de protéger les intérêts du plus faible, admet la gestion consensuelle sous contrôle judiciaire. D'ailleurs, le doyen CORNU avait très tôt affirmé que « l'accroissement du pouvoir des volontés individuelles dans le droit de la famille est une marque essentielle de l'infléchissement de ce droit. (...) **Le champ que la loi libère, c'est d'abord à des volontés accordées** (conjugales, parentales) non en général à des initiatives individuelles qu'elle l'ouvre, **et presque toujours, sous couvert de la**

<sup>1</sup> Voir par exemple, N. BAILLON-WIRTZ, « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », JCP (G) 2016, p. 1114 et s. - C. BRUNETTI-PONS, « Un divorce sans juge pour un droit dérégulé », Dr. fam. 2016, n° 7-8, dossier 28.

<sup>2</sup> H. FULCHIRON, « L'enfant dans le divorce sans juge », Dr. fam. 2016, n° 7-8, dossier 31, §-7.

<sup>3</sup> Il s'agit d'un ordre public fonctionnel, puisque les structures du phénomène familial ne sont pas en cause.

**juridiction gracieuse, moyennant un contrôle du juge** »<sup>1</sup>. Ce faisant, le législateur remodèle le visage de l'ordre public familial qui n'est plus marqué, du moins quand on parle d'ordre public fonctionnel, par des règles légales verrouillées et inaccessibles à la volonté des parties.

En définitive, il convient de retenir que le domaine de la gestion consensuelle des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille est moins restreint qu'il n'y paraît. Le seul obstacle insurmontable à sa réalisation reste l'ordre public structurel. En clair, la tendance actuelle en droit de la famille, y compris en matière extrapatrimoniale, consiste à favoriser d'un côté la gestion consensuelle des conflits d'intérêts tout en maintenant d'un autre, une protection judiciaire d'intérêts fondamentaux<sup>2</sup>.

Une fois le domaine de la gestion consensuelle des conflits d'intérêts précisé, il convient de s'intéresser au moment auquel cette gestion est susceptible d'intervenir.

## **§-2 : LE MOMENT DE LA GESTION CONSENSUELLE**

**202.** Pour savoir si une gestion consensuelle des conflits d'intérêts est susceptible d'être réalisée, il ne suffit pas seulement de délimiter le domaine dans lequel celle-ci est admise ; il est également indispensable de déterminer le moment auquel cette gestion consensuelle est susceptible d'intervenir, puisque le moment dicte la faisabilité de la gestion consensuelle et très souvent la forme qu'elle doit prendre. Ainsi, s'il ne fait aucun doute que lorsque la gestion consensuelle est permise, celle-ci permettra le règlement des conflits d'intérêts actuels qui opposent les parties (A), il est en revanche moins certain que les parties puissent dès à présent gérer conventionnellement un conflit d'intérêts futur (B).

### **A — LA GESTION CONSENSUELLE D'UN PRÉSENT CONFLICTUEL**

**203.** Du moment que la gestion consensuelle est admise dans un domaine conflictuel donné, aucun obstacle ne s'oppose à ce que les parties y recourent pour le règlement d'un conflit d'intérêts effectif. Si le bon sens voudrait que cette gestion consensuelle soit subordonnée à l'absence d'une réponse juridictionnelle donnée audit conflit,

---

<sup>1</sup> G. CORNU, *La famille*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2006, n° 7, p. 15. Le passage cité figurait déjà dans la première édition de 1984.

<sup>2</sup> D'ailleurs c'est cette protection judiciaire des intérêts fondamentaux comme l'intérêt de l'enfant qui a poussé le législateur dans la loi du 28 novembre 2016 à garantir à l'enfant le droit d'être entendu en justice y compris lorsque ses parents décident de divorcer sans juge. Mais, lorsque l'enfant ne demande pas son audition soit parce qu'il n'a pas connaissance de ses droits, soit parce qu'il ne souhaite pas handicaper ses parents dans leur désir de séparation expresse, on risque de se retrouver après le divorce avec des mesures le concernant décentrées de son intérêt.

il convient néanmoins de s'interroger sur la possibilité d'une gestion consensuelle à la suite d'un jugement ne satisfaisant pas les parties.

**204. La gestion consensuelle d'un présent conflictuel non jugé.** — Les modes consensuels de gestion des conflits visent avant tout à permettre aux parties de trouver elles-mêmes une solution au conflit qui les oppose ; il s'agit d'éviter qu'une solution qu'elles n'auraient pas contribué à élaborer leur soit imposée par le juge. À ce titre, l'intervention du juge destinée à trancher le conflit est perçue comme un évènement dont la réalisation doit être évitée. Partant, la gestion consensuelle des conflits est pensée en amont du jugement et est censée intervenir, soit avant même la saisine du juge, soit en cours d'instance.

Il convient alors de souligner que le choix du mode consensuel de gestion est souvent fonction du moment auquel les parties souhaitent recourir à une gestion consensuelle de leur conflit. En effet, le recours à certains modes consensuels comme le droit collaboratif, la médiation et la conciliation conventionnelle (art. 1530 du CPC) ne sont possibles qu'en l'absence de saisine du juge. D'autres comme la conciliation et la médiation judiciaire interviennent dans le cadre d'une procédure judiciaire, soit avant l'instance comme c'est le cas de la conciliation judiciaire obligatoire en matière de divorce (art. 252 du C. civ.), soit au cours de l'instance comme c'est le cas des conventions par lesquelles les époux règlent tout ou partie des conséquences du divorce (art. 268 du C. civ.). D'autres enfin, et on pense à la convention de procédure participative (art. 2062 du C. civ.), peuvent être utilisés pour trouver à tout moment une solution amiable<sup>1</sup>. De ces observations, il faudra retenir que lorsque les parties souhaitent procéder à une gestion consensuelle de leur conflit, elles doivent se montrer attentives au régime juridique spécifique au mode consensuel qu'elles souhaitent mobiliser.

À l'issue de ces développements, il convient de retenir que la gestion consensuelle d'un présent conflictuel non jugé ne soulève pas de difficultés particulières du moment qu'il est admis que le domaine conflictuel est ouvert à cette forme de traitement des conflits. Poussant un peu plus loin la réflexion, il convient maintenant de s'interroger sur la possibilité d'une gestion consensuelle d'un conflit d'intérêts déjà tranché par le juge.

**205. La gestion consensuelle d'un présent conflictuel déjà jugé.** — La réponse juridictionnelle donnée aux conflits d'intérêts en droit de la famille présente des limites tenant le plus souvent à l'impossibilité de prendre en compte les enjeux humains d'un litige<sup>2</sup>. Il peut

<sup>1</sup> Avant la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, la convention de procédure participative ne pouvait être utilisée qu'en l'absence de saisine du juge. C'est cette loi qui est venue supprimer la condition d'absence de saisine d'un juge et qui permet également d'utiliser ce mode consensuel de gestion pour mettre en état un litige.

<sup>2</sup> Voir par exemple l'affaire « Benjamin ». Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, Dr. fam. 2006, comm. 124, note P. MURAT ; D. 2006, p. 1065, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2007, p. 879, note P. SALVAGE-GEREST ; RTD civ. 2006, p. 292, obs. J. HAUSER. Au final, il a fallu que les parties s'accordent pour trouver une solution qui intègre pleinement cette dimension humaine en prenant en compte l'intérêt de l'enfant. Ainsi, devant la Cour d'appel de renvoi, le père biologique a finalement consenti à une adoption simple en faveur du couple

donc arriver qu'à l'issue d'une décision judiciaire ne satisfaisant aucune des parties, celles-ci décident au final d'élaborer elles-mêmes une meilleure solution. Cependant, en raison du principe de l'autorité de la chose jugée, une fois le conflit définitivement tranché en justice, ni le juge ni les parties ne peuvent modifier la solution, y compris par la voie conventionnelle. Si toutefois, les parties conviennent d'un arrangement amiable, cet accord ne sera pas reconnu par le droit pour qui, les relations entre les parties demeurent régies par la solution retenue par le juge. La seule exception à cette impossibilité de gérer conventionnellement un conflit définitivement tranché reste l'hypothèse d'une révision prévue par le législateur.

Par exemple, il convient de rappeler qu'exceptionnellement le législateur prévoit lui-même le caractère révisable de certaines mesures judiciaires comme c'est le cas en matière d'obligation alimentaire (art. 209, 275, 276-3 du C. civ.) et en matière d'autorité parentale (art. 375-3 et 373-2-13 du C. civ.). Donc, lorsque la mesure est par nature révisable, il n'est pas incongru d'admettre qu'en cas de survenance de faits nouveaux<sup>1</sup>, les parties puissent recourir à la gestion consensuelle, avant même de saisir à nouveau le juge<sup>2</sup>, mais à condition de soumettre ensuite leur accord à homologation. Dans une telle hypothèse, avant même de vérifier si l'accord préserve suffisamment les intérêts des parties, le juge devra vérifier si les éléments présentés comme nouveaux sont assez pertinents pour justifier la révision.

Dans le même ordre d'idées, il faut signaler à titre prospectif que, poussant à son paroxysme la volonté de favoriser la gestion consensuelle des conflits d'intérêts en droit de la famille, le rapport JUSTON prévoit, à propos des conflits d'intérêts en matière d'autorité parentale, le recours à la gestion consensuelle même après une décision judiciaire tranchant le conflit, non pas pour survenance de circonstances nouvelles, mais en raison de la seule puissance de volonté des parties<sup>3</sup>.

Il se pourrait donc qu'à l'avenir, on généralise la possibilité d'une gestion consensuelle des conflits d'intérêts même après la survenance d'une décision juridictionnelle.

Néanmoins, il est permis de penser qu'une telle évolution serait contre-productive. En effet, il ne faut pas oublier que le souci de désengorger les tribunaux et le souci de réduire le coût de la justice pour l'État participent de cette volonté de généralisation de la gestion consensuelle. Or, en laissant aux parties la possibilité de revenir conventionnellement sur la décision

qui a toujours élevé l'enfant (CA Reims, 12 déc. 2006, RTD civ. 2007, p. 558 obs. J. HAUSER. - Defrénois 2007, p. 795, obs. J. MASSIP).

<sup>1</sup> À propos de la révision pour survenance de faits nouveaux, voir supra n°106

<sup>2</sup> D'ailleurs, la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 à son article 7 prévoit que les décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, à la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ne pourront, sauf motif légitime tenant aux violences dans la famille, faire l'objet d'une modification judiciaire que si la demande de modification est précédée d'une tentative de médiation familiale.

<sup>3</sup> On retrouve dans ce rapport une proposition ainsi formulée : « Dans le dispositif de toutes les décisions judiciaires familiales, devraient être insérée la mention suivante : "sauf meilleur accord conclu entre les parties ou élaboré dans le cadre d'une médiation familiale" ». Voir, M. JUSTON, S. GARGOULLAUD, *Médiation familiale et contrat de co-parentalité*, avr. 2014, Proposition n° 6, p. 9. URL : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/144000530.pdf>

judiciaire, celles-ci feraient du litige le préalable à la gestion consensuelle de leur conflit et ne se tourneraient vers la voie conventionnelle que lorsque le jugement ne satisfait aucune d'elles. C'est sans doute pour éviter ce risque que le rapport JUSTON propose d'imposer aux parties comme préalable à toute instance contentieuse, la gestion consensuelle du conflit<sup>1</sup>. Soulignons tout de même que cette précaution ne permet cependant pas d'éviter la réalisation du risque susmentionné, car il est fort à parier que les parties conscientes du fait qu'elles auront, même en prenant le risque d'une solution imposée par le juge, l'opportunité de pouvoir bénéficier à nouveau en bout de course, des avantages de la gestion consensuelle, ne feront pas les efforts nécessaires pour que le processus de gestion consensuelle préalable aboutisse. En sus par une telle proposition, le jugement en lui-même risque de perdre en qualité ; là où le juge traditionnellement s'ingénie à élaborer la solution juridique la plus équilibrée possible au regard des intérêts en présence, il se contentera dorénavant de renvoyer les litigants à leur responsabilité en retenant systématiquement une solution qui n'arrange personne. On assisterait alors à un déplacement de la fonction de juger<sup>2</sup>, voire à « un "affadissement" de la fonction juridictionnelle »<sup>3</sup>.

Il serait alors préférable de continuer à brandir comme épouvantail le risque d'une solution imposée par laquelle les litigants sont susceptibles de perdre la chance d'un meilleur arrangement.

En définitive, le droit positif permet avant tout de gérer conventionnellement un présent conflictuel non jugé ; il conviendra alors de se référer au régime juridique spécifique aux différents modes consensuels de gestion pour déterminer en fonction du moment où intervient la décision d'une gestion consensuelle, le processus susceptible d'être mis en œuvre. Mais, il ne faut pas oublier que le droit positif permet également de gérer un présent conflictuel ayant déjà reçu une réponse juridictionnelle, à condition que cette réponse soit par nature révisable. En sus d'une gestion consensuelle du présent conflictuel, on pourrait, parce que l'avenir se prépare au présent, se demander s'il est possible aux parties de gérer conventionnellement un futur potentiellement conflictuel.

## **B — LA GESTION CONSENSUELLE D'UN FUTUR CONFLICTUEL**

**206.** L'intérêt pour les membres d'une famille de procéder par contrat à la gestion d'un conflit d'intérêts susceptible de les opposer dans le futur est double. Il peut s'agir à

<sup>1</sup> M. JUSTON, S. GARGOULLAUD, *Médiation familiale et contrat de co-parentalité*, op. cit., Proposition n° 5, p. 9

<sup>2</sup> À propos de l'office du juge en matière familiale, voir, C. POMART, *La magistrature familiale*, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'Harmattan, 2003. - V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010.

<sup>3</sup> B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, Mélanges J. HAUSER, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 373, spéc. p. 382.

travers la maîtrise du processus de traitement du conflit d'appréhender plus globalement celui-ci dans sa dimension procédurale ou alors, à travers une délimitation préalable des droits et obligations de chacun, d'appréhender la solution à donner au futur conflit.

**207. La gestion processuelle d'un futur conflictuel.** — Concrètement, il s'agit pour les parties à travers une clause d'aménager conventionnellement leur liberté d'ester en justice en se donnant l'opportunité de trouver une issue consensuelle aux conflits d'intérêts susceptibles de les opposer à l'avenir. Ces clauses de recours préalable à la gestion consensuelle<sup>1</sup> emportent pour les parties deux sortes d'obligations<sup>2</sup>. Tout d'abord, en vertu de telles clauses, les parties sont tenues à une obligation de résultat concernant la mise en œuvre du processus de gestion consensuelle qu'elles prévoient. Ensuite, ces clauses mettent à la charge des parties une obligation de moyens qui consiste à œuvrer de bonne foi à la réussite du processus de gestion consensuelle visé. Cependant, pour que ces clauses puissent valablement mettre ces obligations à la charge des parties, il est indispensable qu'elles satisfassent plusieurs conditions.

Tout d'abord, il est indispensable que le domaine conflictuel visé par ces clauses soit susceptible de faire l'objet d'une gestion consensuelle. Ensuite, il est indispensable que ces clauses soient suffisamment précises. En effet, le litige sur lequel elles portent<sup>3</sup>, ainsi que le processus de gestion consensuelle qu'elles rendent obligatoire et préalable à toute instance judiciaire doivent être précisés<sup>4</sup>. Enfin, il est indispensable que ces clauses ne portent pas atteinte au droit d'accès au juge<sup>5</sup> des parties. Pour ce faire, d'une part, les parties doivent prendre le soin de limiter à travers la clause la durée de la phase de tentative de gestion consensuelle ; d'autre part, elles doivent, dans les hypothèses où le recours au processus de

<sup>1</sup> Il peut s'agir d'une clause de conciliation préalable, de médiation préalable, de conclusion d'une convention de procédure participative ou de tout autre processus permettant aux parties de rechercher une solution consensuelle au conflit d'intérêts qui les oppose.

<sup>2</sup> C. JARROSSON « La portée des clauses de recours au règlement amiable », in, P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, P. MILBURN (dir.), *Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice*, La documentation française, 2003, p. 145 et s. spéc. p. 146.

<sup>3</sup> Voir par exemple, Cass. 2<sup>e</sup> civ. 9 nov. 2006, n° 05-19.443 ; Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45157.

<sup>4</sup> La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu à préciser que « la clause contractuelle prévoyant une tentative de règlement amiable, non assortie de conditions particulières de mise en œuvre, ne constitue pas une procédure de conciliation obligatoire préalable à la saisine du juge, dont le non-respect caractérise une fin de non-recevoir s'imposant à celui-ci » (Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2014 p. 1044 et 2541, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2014 p. 655, obs. H. BARBIER, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO).

En revanche lorsque la clause fait référence à un processus de gestion consensuelle dont les conditions de mise en œuvre sont arrêtées en droit positif comme la conciliation ou la médiation par exemple, la Cour de cassation rappelle, au visa de l'article 1134 du C. civ. qu'elle s'impose au juge (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014 p. 2004, et 2541, obs. T. CLAY, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO).

<sup>5</sup> Sur cette thématique, voir par exemple, S. GUINCHARD, *Rép. proc. civ. Dalloz, V<sup>o</sup> Procès équitable*, n° 9. - M. BÉNICHOU, « L'accès à la justice, un droit menacé », *Gaz. Pal.* 2014, n° 256, p. 9 et s.

gestion consensuelle choisi ne suspend pas le cours du délai de prescription de l'action<sup>1</sup>, fixer la durée de la phase préalable de tentative de gestion consensuelle de telle manière qu'en cas d'échec du processus, elles puissent ensuite disposer d'un délai raisonnable pour pouvoir porter le différend en justice.

Lorsque ces conditions sont satisfaites, la clause a pour effet d'obliger les parties à recourir à la phase préalable de gestion consensuelle<sup>2</sup> ; une telle clause est même qualifiée de fin de non-recevoir<sup>3</sup> susceptible d'être invoquée, sans avoir à justifier d'un grief (art. 124 du CPC), en tout état de cause (art. 123 du CPC), y compris pour la première fois en appel<sup>4</sup>. Selon les mots d'un auteur, dans une telle situation, « la sanction procédurale vient au secours de la force obligatoire du contrat »<sup>5</sup>. Toutefois, il convient de rappeler que si, en principe, l'irrecevabilité de l'action en justice exercée en méconnaissance d'une clause de gestion consensuelle préalable joue devant le juge du fond et aussi devant le juge des référés, il n'est en revanche pas interdit aux parties de saisir le juge des référés avant la mise en œuvre du processus de gestion consensuelle « pour lui demander d'ordonner des mesures urgentes, ou conservatoires, ou encore des mesures d'instruction préventives fondées sur l'article 145 du CPC »<sup>6</sup>.

Il ressort donc de ces développements que les parties peuvent prévoir, par le biais d'un accord de volonté dans un temps présent, la procédure applicable au traitement d'un conflit d'intérêts susceptible de les opposer dans le futur. Cependant peuvent-elles par le même procédé prévoir la solution à appliquer au conflit d'intérêts susceptible de les opposer dans le futur ?

**208. La gestion substantielle d'un futur conflictuel ; l'identification des obstacles.** — A la question « peut-on par contrat trancher en matière familiale une situation juridique future dont les circonstances de survenance restent pour le moment impossibles à appréhender ? », la réponse du juriste ne peut-être qu'embarrassée. D'un côté, s'imposent à son esprit les prescriptions légales qui interdisent de telles conventions anticipatrices comme par exemple la prohibition des renonciations en matière d'autorité parentale (art. 376 du C.

<sup>1</sup> L'article 2238 du C. civ. prévoit que le recours à la conciliation, à la médiation ou la signature d'une convention de procédure participative suspend le cours de la prescription de l'action. Puisque le droit collaboratif n'est pas codifié, le recours à ce processus ne suspendra pas, par exemple, le cours du délai de prescription.

<sup>2</sup> H. KENFACK, « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », D. 2015, p. 384 et s.

<sup>3</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et 00-19.424 - Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16.001 - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 9 nov. 2006, n° 05-19.443 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 oct. 2007, n° 06-13.366. - Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2014 p. 1044 et 2541, obs. T. CLAY ; RTD civ. 2014 p. 655, obs. H. BARBIER, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014 p. 2004, et 2541, obs. T. CLAY, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO. - Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, D. 2015, p. 287, obs. N. FRICÉRO.

<sup>4</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 nov. 2014, n° 13-23784, RDC 2015, n° 2, p. 311, obs. C. PELLETIER - Cass. com. 20 janv. 2015, n° 13-12127, RDC 2015, n° 2, p. 311, obs. C. PELLETIER. - Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, RTD civ. 2005, p. 450, obs. R. PERROT ; JCP (G) 2005, I, 183, obs. T. CLAY.

<sup>5</sup> N. FRICÉRO, « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », D. 2015, p. 1201.

<sup>6</sup> C. PIGACHE, « La clause de conciliation préalable », Gaz. Pal. 2015, n° 225, p. 12 et s (spéc. III. 2). - CA Rouen, 21 oct. 2008, RDC 2009, p. 1160, obs. C. PELLETIER. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 28 mars 2007, Bull. civ. III, n° 43, p. 37, JCP (G) 2007, I, 200, §-9, obs. T. CLAY.

civ.), l'interdiction de renoncer aux actions relatives à la filiation (art. 323 du C. civ.), l'interdiction faite aux époux de déroger, y compris par convention anticipée, aux droits et devoirs résultant du mariage, aux règles de l'autorité parentale, aux règles de l'administration légale et de la tutelle (art. 1388 du C. civ.). De l'autre, raisonnent curieusement dans son esprit des dispositions légales offrant aux particuliers la possibilité d'une anticipation conventionnelle de l'issue d'un conflit d'intérêts latent comme c'est le cas par exemple lorsque le législateur permet aux époux séparés de corps par consentement mutuel de pouvoir renoncer par convention à leurs droits successoraux alors qu'ils sont encore mariés (art. 301 C. civ.), ou encore lorsque ce même législateur offre aux époux la possibilité par contrat de mariage<sup>1</sup> de pouvoir anticiper les conséquences d'une éventuelle dissolution de la communauté en prévoyant que chacun d'eux pourra reprendre les biens apportés à la communauté (art. 265 du C. civ.), ou enfin lorsque le législateur permet à toute personne majeure ou émancipée de pouvoir par un mandat de protection future désigner une personne qui pourvoira à ses intérêts lorsque lui-même ne serait plus en état de le faire (art. 477 C. civ.).

Finalement, c'est l'article 1130 du C. civ. qui traduit le mieux l'embarras de la réponse : les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation, mais tout n'est en revanche pas permis.

**209.** Dès lors, pour répondre à la question de savoir si en droit extrapatrimonial de la famille les parties peuvent par le biais de conventions anticipatrices déterminer l'issue d'un conflit d'intérêts, on est tenté de faire appel au bon sens pour considérer que, ce qu'il n'est pas permis de gérer conventionnellement lorsque le conflit s'est déjà déclaré, devrait également rester inaccessible lorsqu'il est question d'anticiper conventionnellement l'issue d'un conflit d'intérêts latent. Et inversement, admettre que les problématiques susceptibles d'être gérées conventionnellement quand le conflit d'intérêts est effectif puissent être l'objet de conventions anticipatrices.

Si l'idée est vraie, lorsqu'elle tend à exclure la gestion substantielle d'un futur conflictuel dans les mêmes domaines où la gestion consensuelle d'un présent conflictuel est prohibée, elle l'est beaucoup moins quand elle pousse à admettre la gestion substantielle d'un futur conflictuel dans les mêmes domaines où la gestion consensuelle d'un présent conflictuel est autorisée.

À titre d'exemple, si pendant l'instance de divorce les époux peuvent soumettre au juge un accord portant sur la prestation compensatoire (art. 268 et 279-1 du C. civ.), les transactions

---

<sup>1</sup> Pour mesurer les potentialités du contrat de mariage en matière d'anticipation des conflits d'intérêts, voir par exemple, L. PERREAU-SAUSSINE et *alii*. « Les prenuptial agreement et les contrats de mariage », Dr. fam. 2015, dossiers 29, 30, 31, 32. Pour une analyse générale, voir aussi, C. NEIRINCK, « Le couple et la contractualisation de la rupture », RRJ 2009-1, p. 107 et s. - V. LARRIBAU-TERNEYRE, « Les conventions de rupture : état des lieux », Dr. fam. 2015, dossier 4.

portant sur les droits futurs des époux à cette prestation restent interdites<sup>1</sup>. Pour percevoir la raison d'une telle interdiction, il faut avoir à l'esprit que contrairement à la gestion consensuelle des conflits d'intérêts actuels, la gestion consensuelle — sur un plan substantiel — des conflits d'intérêts futurs est bien plus dangereuse dans le sens où elle permet aux parties de renoncer<sup>2</sup> à l'aveugle à la solution légale présumée la plus juste<sup>3</sup>. Il s'agit bien d'une renonciation aveugle à la solution légale, parce que si on reprend l'exemple de la prestation compensatoire, il convient de souligner que son existence et son évaluation dépendent de circonstances que les parties sont dans l'impossibilité d'appréhender avant la survenance de la rupture du mariage (art. 270 et 271 du C. civ.). D'ailleurs, de façon générale, la réponse à nombre de conflits d'intérêts en droit de la famille dépend de la configuration factuelle au moment de leur survenance.

Néanmoins, il faut bien se garder de toute généralisation consistant à retenir que la gestion substantielle des conflits d'intérêts en matière extrapatrimoniaire équivaudrait à une renonciation aveugle à la solution légale. À titre d'exemple, pour les couples mariés, il est possible, sauf survenance de situations exceptionnelles comme l'accouchement anonyme de la mère ou la non-désignation du mari en qualité de père, de déterminer avec précision la filiation des enfants à naître et partant le nom de famille que ces derniers porteront en cas de désaccord des parents quant au choix du nom (art. 311-21 du C. civ.). Donc, lorsque les futurs époux, soucieux d'éviter un conflit d'intérêts futur portant sur le choix du nom de leur premier enfant, décident par convention qu'il portera le nom de la mère, ils connaissent précisément à ce moment la solution légale à laquelle ils renoncent, puisque les règles en matière de dévolution du nom de l'enfant de mariés reposent sur des critères fixes. Ce qui signifie *a contrario* qu'on renonce à l'aveugle à une solution légale que lorsque celle-ci repose sur des critères par nature évolutifs.

Au regard de ces éléments, les obstacles à la gestion substantielle d'un futur conflictuel apparaissent avec plus de netteté. D'une part, il s'agit d'assurer la protection d'un certain ordre social, puisque la gestion substantielle d'un futur conflictuel peut constituer une menace pour les intérêts que le législateur se donne précisément pour mission de protéger. D'autre part, il s'agit de protéger les contractants contre eux-mêmes en évitant une renonciation aveugle à la solution légale du conflit d'intérêts.

---

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 févr. 2004, n° 01-17.094, AJ fam. 2004, p. 101, obs. S. DAVID. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 mars 1988, Bull. civ. II, n° 74 ; Rép. Defrénois 1988, art. 34309, n° 76, note J. MASSIP.

<sup>2</sup> À propos des renonciations en droit de la famille, voir, A. LAPOYADE-DESCHAMPS, « Les renonciations en droit de la famille », D. 1993, p. 259 et s.

<sup>3</sup> Ayant une vision floue de leurs droits et de leurs chances de succès devant le juge, les parties à un conflit d'intérêts futur ne peuvent donner un consentement libre et éclairé à tout accord permettant un traitement substantiel dudit conflit.

**210. La gestion substantielle d'un futur conflictuel ; le dépassement des obstacles.** — Pour répondre concrètement à la question posée en préambule à ces développements, on est tenté de considérer qu'en raison de la dangerosité des conventions anticipatrices, il faudrait les interdire en matière extrapatrimoniale. Mais en même temps, on peine à comprendre au nom de quoi il faudrait s'opposer à la volonté anticipée des parties lorsqu'il apparaît au moment de la survenance du risque — le conflit d'intérêts — que la concrétisation de cette volonté ne porte atteinte ni aux intérêts que le législateur entend sauvegarder en la matière, ni aux intérêts des contractants.

Partant de cette remarque, est proposé le système suivant qui tente de concilier objectifs de respect des règles impératives et prise en compte des volontés individuelles. Suivant le système proposé, lorsque la problématique en cause touche à l'ordre public structurel, les conventions anticipatrices sont frappées de nullité absolue. En revanche, lorsque la problématique en cause touche à l'ordre public fonctionnel, les conventions anticipatrices sont frappées de nullité relative. Néanmoins, puisqu'il s'agit d'une nullité relative, ces conventions sont susceptibles d'être confirmées par les parties au moment de la survenance du risque, ou à défaut de confirmation, l'une des parties pourra demander au juge de prendre en compte l'existence de telles conventions lors de l'élaboration du traitement judiciaire du conflit.

La confirmation par les parties repose sur l'idée suivant laquelle la convention anticipatrice ne serait en fait qu'un projet de règlement qu'il faudra confirmer au moment de la survenance du conflit, lorsqu'il apparaît au regard de la configuration conflictuelle réelle, que la solution autrefois imaginée arbitre de façon satisfaisante les intérêts antagonistes. Ainsi, lorsque les parties sont dans une logique de confirmation, elles se retrouvent en quelque sorte dans l'hypothèse classique d'une gestion consensuelle des conflits d'intérêts effectifs survenant dans une matière d'ordre public fonctionnel ; la seule particularité, c'est qu'il n'y aura plus de négociation, puisque celle-ci a été réalisée en amont de la survenance du conflit. Néanmoins, il appartiendra aux parties de soumettre cet accord à homologation du juge pour le doter de la force exécutoire. Le juge accordera l'homologation lorsqu'il lui apparaîtra que la solution retenue protège suffisamment les intérêts que le législateur a entendu sauvegarder en la matière<sup>1</sup>.

Si les parties ne sont pas dans une logique de confirmation, le juge peut néanmoins, lorsque la convention anticipatrice est invoquée devant lui par une partie, décider de la prendre en compte à l'instar des pactes de famille<sup>2</sup>. Il ne s'agit en aucun cas, pour le juge, d'une

---

<sup>1</sup> Voir par exemple l'article 373-2-7 pour les conventions relatives à l'exercice de l'autorité parentale, et à la fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

<sup>2</sup> A. CHAPELLE, « Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale », RTD civ. 1984, p. 411.

obligation de prendre en compte ces conventions anticipatrices<sup>1</sup> ; il peut les écarter s'il estime que les intérêts que le législateur a entendu protéger sont insuffisamment préservés.

**211.** En définitive, la gestion substantielle d'un futur conflictuel, lorsqu'elle intervient dans une matière réputée d'ordre public comme le droit de la famille, n'aurait en principe aucune force obligatoire, puisque le respect de l'accord qui en est issu ne sera pas juridiquement garanti. Un tel accord reposerait uniquement sur un devoir moral imposant aux parties de respecter la parole donnée. Néanmoins, leur survenance n'est pas dépourvue d'intérêt pratique, puisque demeure l'espoir de les faire passer de l'ombre à la lumière juridique à condition toutefois qu'ils n'interviennent pas dans un domaine relevant de l'ordre public structurel. Ainsi, les parties peuvent une fois le conflit d'intérêts devenu effectif décider de réaliser une gestion consensuelle qui n'aura pour but que de confirmer l'accord autrefois intervenu ; l'accord devra ensuite être soumis à homologation du juge.

De même, lorsque l'une des parties refuse de confirmer l'accord une fois le conflit d'intérêts devenu effectif, le juge peut lorsque cet accord lui semble protéger suffisamment les intérêts en jeu, décider de le prendre en compte dans le cadre de l'élaboration de sa solution. C'est dans ce sens que l'article 376-1 du C. civ. prévoit que lorsque le JAF statue sur les modalités de l'autorité parentale, il peut prendre en compte les pactes librement conclus entre les parents, à moins que l'un d'eux ne justifie de motifs graves justifiant la révocation de son consentement.

Il apparaît alors que la gestion substantielle d'un futur conflictuel a principalement pour intérêt de préparer, soit la gestion consensuelle future du conflit d'intérêts une fois celui-ci devenu effectif, soit l'office juridictionnel lorsque le juge décide d'avoir égard aux pactes intervenus entre les parties. Autrement, les parties n'ont aucune certitude sur le fait que la solution prévue en cas de survenance du conflit d'intérêts régira effectivement leurs rapports une fois le conflit d'intérêts devenu effectif.

En fin de compte, cette première section a permis de dépasser quelques idées reçues concernant la gestion consensuelle des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

Tout d'abord, il a pu être démontré qu'à condition que ne soient pas en cause les options fondamentales qui structurent notre droit de la famille, la matière extrapatrimoniale reste ouverte à la gestion consensuelle. Néanmoins, pour assortir ces accords de la force exécutoire, il est indispensable aux parties de solliciter l'homologation judiciaire.

---

<sup>1</sup> En matière d'exercice de l'autorité parentale ou d'éducation d'un enfant mineur, l'article 376-1 du Code civil exprime d'ailleurs parfaitement cette liberté d'appréciation du juge quant à la prise en compte des pactes de famille.

Ensuite, il a été démontré que la gestion consensuelle des conflits d'intérêts ne se limitait pas aux conflits d'intérêts effectifs n'ayant pas encore reçu de réponse juridictionnelle. En effet, il a été souligné, d'une part, que les conflits d'intérêts effectifs ayant déjà reçu une réponse juridictionnelle peuvent à nouveau faire l'objet d'une gestion consensuelle lorsque cette réponse juridictionnelle elle-même est par nature révisable. D'autre part, il a été constaté que les conflits d'intérêts futurs peuvent faire l'objet d'une gestion processuelle ou substantielle. Par la gestion processuelle d'un conflit d'intérêts futur, les parties s'obligent en cas de survenance du conflit, à recourir préalablement à toute saisine du juge, à un processus de gestion consensuelle. Par la gestion substantielle d'un conflit d'intérêts futur, les parties prévoient avant même la survenance du conflit, son traitement substantiel, sans toutefois avoir la certitude sur le fait que la solution prévue régira effectivement leurs rapports une fois le conflit d'intérêts devenu effectif.

Après avoir démontré que la matière extrapatrimoniale de notre droit de la famille n'est pas imperméable aux accords de volonté, il conviendra ensuite de vérifier si concrètement, cette gestion consensuelle est susceptible de constituer un remède à l'incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts.

## **SECTION II : LA CONTRIBUTION DE LA GESTION CONSENSUELLE À LA CERTITUDE JURIDIQUE**

**212.** On voit naturellement dans les modes consensuels de gestion, des outils susceptibles de rendre moins incertain le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, parce qu'ils offrent aux parties l'opportunité de participer à l'élaboration de la solution applicable au conflit d'intérêts qui les oppose (§-1). Néanmoins, cette prévisibilité ne saurait constituer un remède efficace à l'incertitude juridique si le traitement ainsi négocié, conformément aux prévisions des parties, n'est pas assorti de garanties d'effectivité et de pérennité nécessaires à sa sécurisation (§-2) ; ce n'est qu'à ce prix qu'on pourra considérer les modes consensuels de gestion des conflits d'intérêts comme étant une alternative crédible face aux imperfections du traitement juridictionnel classique.

### **§-1 : LA PRÉVISION DU TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS**

**213.** La gestion consensuelle introduit une prévisibilité<sup>1</sup> dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, d'une part, parce qu'en cas de succès elle aboutit à un

---

<sup>1</sup> À noter qu'ici, la prévisibilité s'entend dans le sens de l'aptitude à ne pas se laisser surprendre par le traitement des conflits d'intérêts. Ce qui renvoie non seulement à l'absence ou à l'atténuation de tout effet de surprise dans

traitement négocié qui met les parties à l'abri de l'aléa judiciaire (A) et, d'autre part, parce qu'en cas d'échec, sa réalisation préalable à la saisine du juge permet aux parties d'avoir une certaine maîtrise sur la procédure aux fins de jugement (B).

### **A — LA GESTION CONSENSUELLE, OUTIL D'ÉLABORATION D'UN TRAITEMENT NÉGOCIÉ**

**214.** La gestion consensuelle des conflits permet aux justiciables de se réapproprier le traitement de leur conflit<sup>1</sup> en évitant l'aléa judiciaire. En effet, en offrant aux parties l'opportunité de participer à l'élaboration de la règle qui va gouverner la solution du conflit d'intérêts qui les oppose, se trouve gommé par la même occasion tout effet de surprise dudit traitement. La gestion consensuelle des conflits d'intérêts permet donc d'accéder à une certaine prévisibilité en raison du pouvoir décisionnel laissé aux parties. Néanmoins, parce que ce pouvoir décisionnel est borné, la gestion consensuelle en fin de compte ne garantit pas aux parties la certitude de voir appliquer la solution qu'elles aimeraient donner à leur conflit.

**215. La prévisibilité du traitement, une conséquence du pouvoir décisionnel des parties.** — Dans le cadre d'un contentieux judiciaire classique, on attend du juge qu'il tranche et qu'il détermine parmi les intérêts en conflit, ceux qui doivent l'emporter. En d'autres termes, il doit désigner au regard de la règle de droit, un vainqueur et un vaincu. Or, lorsque la règle de droit est d'une mobilisation complexe, il est difficile aux parties d'élaborer des prévisions raisonnables quant à l'issue du litige. En s'engageant en revanche dans un processus de gestion consensuelle des conflits, les parties savent dès le départ qu'il faudra réaliser des concessions réciproques. Il ne s'agit pas de désigner un vainqueur et un vaincu. On est plutôt dans une logique de pondération d'intérêts ; on dépasse les divisions en insistant sur les points de convergence<sup>2</sup>. Même en ignorant dès le départ le résultat concret des négociations, les parties savent qu'elles ont intérêt à œuvrer ensemble parce qu'elles pourront satisfaire, au moins en partie, les intérêts dont elles poursuivent la réalisation. En sus, il ne faut pas oublier qu'en fin de compte, le consentement des différentes parties étant indispensable pour tout traitement négocié, aucune d'elles ne pourra ensuite prétendre avoir été surprise par ledit traitement. Cependant, il convient de faire également remarquer que ce pouvoir décisionnel des parties est en réalité limité puisqu'en raison de la matière conflictuelle, un contrôle judiciaire est indispensable pour donner vie à l'accord.

---

la solution appliquée, mais aussi à l'atténuation de cet effet de surprise dans le processus décisionnel conduisant à la solution appliquée.

<sup>1</sup> Un auteur voit à juste titre dans cette réappropriation du traitement des conflits, la manifestation à l'époque contemporaine d'une fonction de juger partagée. V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, op. cit., p. 125 et s.

<sup>2</sup> L. CHEDLY, « Arbitrage et médiation », in, F. OSMAN (dir.) *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012, p. 93 et s. spéc. p. 97.

**216. La prévisibilité du traitement limitée par le contrôle du juge.** — Il ne faut pas perdre de vue que la proposition d'ouvrir en droit de la famille la gestion consensuelle à la matière extrapatrimoniale a été conditionnée à un contrôle *a posteriori* du juge portant sur la légalité et l'opportunité de l'accord des parties<sup>1</sup>. Un tel contrôle s'exerce généralement par le biais de l'homologation qui permet au juge de vérifier si l'accord dans son contenu préserve suffisamment les intérêts en présence<sup>2</sup>. Ce qui signifie que même en présence d'un accord, il est nécessaire, pour que celui-ci puisse valablement régir les rapports entre les parties, que ces dernières sollicitent du juge son homologation. Par exemple, en matière familiale — exception faite de la nouvelle procédure de divorce sans juge — pour toutes les conventions qui intéressent de près ou de loin les conséquences du divorce, le juge doit contrôler qu'elles protègent les intérêts des différents protagonistes, au rang desquels figurent les enfants et les époux divorçant<sup>3</sup> (art. 1100 du CPC et 268 du C. civ.). Le juge doit également s'assurer que ces mêmes intérêts sont protégés lorsque la convention est relative à l'organisation des modalités de l'autorité parentale (art. 373-2-7 du C. civ.).

Il apparaît ainsi que l'exercice du contrôle de l'équilibre des intérêts en présence peut être l'occasion pour le juge de déposséder les parties du traitement des conflits d'intérêts, alors que celles-ci se sont engagées dans un processus de gestion consensuelle pour rester maîtres d'un tel traitement. Néanmoins, il faut s'empresse de relativiser ces propos en précisant que le juge ne dispose pas du « pouvoir de modifier » le contenu de l'accord, mais d'un « pouvoir de faire modifier » son contenu<sup>4</sup>. En effet, il ressort des termes de l'article 1565 al. 2 du CPC que « le juge à qui est soumis l'accord ne peut en modifier les termes ». Ce qui signifie que le juge de l'homologation ne dispose que de deux options : soit homologuer l'accord lorsqu'il constate qu'il satisfait aux exigences légales, soit refuser l'homologation.

Lorsque le juge refuse l'homologation, il doit préciser les conditions et garanties auxquelles sera subordonnée l'homologation sollicitée<sup>5</sup>. Pour ce faire, le juge s'explique sur les éléments qui selon son jugement empêchent l'homologation, propose aux parties des pistes d'amélioration de l'accord, mais jamais n'impose une solution, puisque celle-ci doit théoriquement rester l'affaire des parties. Cependant, désirant obtenir l'homologation de leur accord, les parties n'ont d'autres choix que de suivre les recommandations du juge. Ce qui

<sup>1</sup> Exception faite cependant du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire (art. 229-1 et s. du C. civ.). Dans une telle procédure de divorce, le contrôle judiciaire portant sur l'accord des époux divorçant n'existe plus. La volonté des époux sur le principe du divorce et sur ses conséquences permet de divorcer sans passer devant le juge. L'équilibre de la convention et la protection des intérêts en jeu reposent sur les parties et leurs avocats respectifs.

<sup>2</sup> Voir par exemple, J. HAUSER, « Le juge homologateur en droit de la famille », in, P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 114 et s.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 févr. 2000, n° 98-19177, Dr. fam. 2000, comm. 57, note H. LÉCUYER.

<sup>4</sup> Un auteur a pu parler de pouvoir de « réfaction » de la convention des parties. V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, op. cit., p. 157, n° 235.

<sup>5</sup> C'est par exemple le cas en matière de refus d'homologation d'une convention de divorce (art. 1100 du CPC).

indirectement les prive du droit de déterminer librement le contenu du traitement envisagé. D'ailleurs, l'entêtement à ne pas suivre les recommandations du juge peut entraîner comme en matière de divorce par consentement mutuel une sanction radicale qui est la caducité de la demande<sup>1</sup>. Ce qui tend à démontrer si besoin est que le juge, par son refus d'homologation ou son homologation partielle, force les parties qui souhaitent obtenir l'homologation à modifier ce qui a été leur commune intention quant au traitement de leur conflit.

En définitive, il convient de souligner que même si le recours à la gestion consensuelle n'offre aux parties aucune certitude quant au contenu du traitement de leur conflit, celles-ci en ayant l'opportunité de participer à son élaboration l'acceptent plus facilement. Ce qui conduit à assurer au traitement négocié des conflits d'intérêts une meilleure effectivité qu'au traitement imposé par le juge. Si la prévisibilité du traitement des conflits d'intérêts est présentée comme le principal intérêt de la gestion consensuelle, on oublie souvent que l'aptitude de la gestion consensuelle à accélérer la survenance d'un traitement judiciaire en cas d'impossibilité à trouver un accord, contribue *in fine* à assurer aux parties une maîtrise processuelle du traitement de leur conflit.

## **B — LA GESTION CONSENSUELLE, OUTIL DE MAÎTRISE<sup>2</sup> DU TRAITEMENT JUDICIAIRE ÉVENTUEL**

**217.** En dehors de toute procédure judiciaire, lorsque la gestion consensuelle des conflits d'intérêts n'aboutit pas à un traitement négocié des conflits d'intérêts, les parties doivent alors saisir le juge afin qu'il tranche l'entier litige ou le litige résiduel. De même, lorsque la gestion consensuelle des conflits d'intérêts se déroule dans le cadre d'une procédure judiciaire, l'affaire revient devant le juge qui avait été saisi afin que celui-ci, constatant l'échec d'un traitement négocié, tranche le conflit. Or, le fait pour les parties d'avoir au préalable réalisé un processus de gestion consensuelle des conflits d'intérêts leur permet d'accélérer le traitement judiciaire. Même si de façon générale ce constat vaut pour tous les processus consensuels de gestion des conflits d'intérêts, il faut souligner que cette capacité d'accélérer le traitement judiciaire est plus prégnante lorsque la recherche de la solution consensuelle s'est déroulée dans le cadre d'une procédure participative assistée par avocat.

---

<sup>1</sup> En effet, dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel non déjudiciarisé, à la suite d'un premier refus d'homologation de la convention, si le juge refuse à nouveau d'homologuer la nouvelle convention qui lui est présentée, il rend alors une ordonnance par laquelle il constate la caducité de la demande de divorce (art. 1101 al. 3 du CPC).

<sup>2</sup> Il s'agit d'une maîtrise processuelle et non substantielle.

**218. La participation de la gestion consensuelle à la célérité de la procédure judiciaire.** — Il convient de constater d'abord, que la réalisation d'un processus de gestion consensuelle des conflits d'intérêts empêche le juge aux affaires familiales d'enjoindre aux parties une mesure de conciliation ou de médiation (art. 1071 du CPC) lorsqu'il est saisi du litige. En effet, à quoi bon perdre du temps dans un nouveau processus de gestion consensuelle des conflits d'intérêts lorsqu'il est établi que les parties avaient, préalablement à l'introduction de l'instance, recouru à un processus de gestion consensuelle des conflits qui s'est soldé par un échec<sup>1</sup> ? Toutefois, cette observation, même si elle paraît de bon sens, doit être relativisée en matière de divorce et de séparation de corps où la tentative de conciliation préalable est imposée par la loi avant toute instance judiciaire (art. 252 et 298 du C. civ.). Ce qui signifie qu'en matière de divorce ou de séparation de corps, le constat d'échec d'une gestion consensuelle préalable à la saisine du juge ne peut constituer un constat de non-conciliation implicite des époux ; même si elle est vouée à l'échec, le juge doit réaliser une tentative de conciliation<sup>2</sup>. Il s'agit là d'une compétence exclusive qui ne peut être partagée.

Il convient de constater ensuite, que la gestion consensuelle, même si elle n'aboutit pas, permet dans une certaine mesure aux parties de gagner un peu de temps au stade de la mise en état de l'affaire. En effet, peu importe le processus de gestion consensuelle choisi, la réalisation de celui-ci aura été l'occasion pour les parties de renouer le dialogue, de prendre connaissance des comportements ou agissements reprochés, de formaliser leurs prétentions. Tout cela contribue, dans un domaine aussi particulier que le droit de la famille où les relations entre les parties sont amenées à s'inscrire dans la durée, à atténuer toute agressivité lors de la procédure contentieuse. Les contours du litige ayant été esquissés lors du processus de gestion consensuelle, on peut raisonnablement parier que la mise en état de l'affaire sera un peu plus rapide que la mise en état d'affaires analogues pour lesquelles les parties n'ont pas procédé en amont à la recherche d'un traitement consensuel.

**219. L'accélération de la procédure judiciaire en cas d'échec d'une convention de procédure participative.** — Pour éviter les délais de procédure qui peuvent être longs, il est prévu que lorsque la recherche d'un traitement consensuel se fait dans le cadre d'une convention de procédure participative qui n'aboutit pas à un accord, le traitement judiciaire du différend persistant sera considérablement accéléré ; les parties seront dispensées de toute tentative préalable de conciliation ou de médiation, et, devant le tribunal de grande instance, l'affaire est directement appelée à une audience de jugement sans passer par l'étape de la mise en état (art. 1558 du CPC).

<sup>1</sup> Dans le même esprit, voir l'article 127 du CPC.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296, AJ. fam. 2016 p. 160 obs. S. THOURET ; Dr. fam. 2016, comm. 20, note J.-R. BINET ; Dr. fam. 2016, chron. 1, n° 10, obs. V. ÉGÉA.

Cette règle se justifie par le fait que dans le cadre d'une procédure participative, les parties procèdent elles-mêmes à une mise en état conventionnelle de l'affaire, puisque leurs avocats, dans l'optique d'un traitement consensuel du différend, s'échangent, selon les modalités prévues par la convention, des écritures et pièces pouvant participer à l'émergence d'un accord (art. 1545 du CPC). Partant, lorsque la procédure n'aboutit pas à un accord, si le différend soumis au juge est celui qui a fait l'objet d'une mise en état conventionnelle, il est inutile de recommencer une nouvelle mise en état, devant la juridiction saisie. Ce qui signifie que l'affaire est dispensée de mise en état, si et seulement si, le cadre du litige tel que circonscrit à l'issue de la procédure participative, reste identique à celui de la procédure judiciaire.

En effet, il ne faut pas oublier que dans le cadre de la procédure participative, les parties ont eu l'occasion de formaliser leurs prétentions et de les fonder sur des moyens de fait et de droit. Si elles n'arrivent pas à trouver un accord tranchant leur différend et qu'elles décident de saisir le juge, deux possibilités leur sont offertes. Soit introduire une procédure judiciaire entièrement nouvelle, auquel cas il leur faudra respecter le droit commun applicable à la juridiction saisie — et donc repasser par une mise en état de l'affaire —, soit saisir le juge par requête conjointe, en limitant leur litige aux prétentions qui avaient fait l'objet de la procédure participative (art. 1560 du CPC en présence de désaccord partiel, art. 1562 du CPC en présence de désaccord total). Dans cette dernière hypothèse, excepté la survenance de questions nouvelles ou d'une demande du juge (art. 1561 du CPC), le différend qui est soumis à la juridiction saisie est identique à celui qui a fait l'objet de la mise en état conventionnelle. L'affaire sera directement appelée en audience de jugement. En d'autres termes, la volonté d'accélérer le traitement judiciaire en évitant l'étape d'une mise en état de l'affaire appartient aux parties<sup>1</sup> ; et pour extérioriser une telle volonté, elles doivent saisir le juge par le biais d'une requête conjointe. Ce n'est qu'à ce prix que la procédure participative donnera un accès direct à l'audience de jugement. Toutefois, il convient de préciser que cette règle n'est pas applicable en matière de divorce et de séparation de corps (art. 2067 al. 2 du C. civ.). Dans ces matières, il faudra en cas d'échec de la procédure participative, reprendre la procédure classique de droit commun qui nécessite une assignation en divorce et une mise en état classique devant le tribunal de grande instance<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> N. FRICÉRO, C. BUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, B. GORCHS-GELZER, G. PAYAN, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, op. cit., n° 515.12 et s. - N. FRICÉRO, Rép. proc. civ. Dalloz, *V° Procédure participative assistée par avocat*, spéc. n° 43. - N. FRICÉRO, « Convention de procédure participative et médiation : des instruments concurrents ? », Droit et patrimoine 2012, n° 214, p. 52 et s. - H. MOUTARDIER, « Plaidoyer pour une nouvelle lecture de la procédure participative », Gaz. Pal. 2015, n° 83, p. 7 et s.

<sup>2</sup> Voir par exemple, M. BRUGGEMAN, « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », JCP (G) 2015, dossier 8, spéc. n° 11. Pour une critique de ce retour imposé à la procédure de droit commun en matière de divorce et de séparation de corps, voir, H. MOUTARDIER, « Plaidoyer pour une nouvelle lecture de la procédure participative », op. cit., p. 7 et s.

En définitive, il apparaît que même en cas d'échec de la gestion consensuelle, les parties n'auront pas perdu leur temps puisqu'en ayant en amont essayé de trouver une solution consensuelle, elles démontrent au juge que la solution à leur conflit ne peut être que judiciaire. En sus, lorsque les négociations se déroulent dans le cadre d'une procédure participative, les parties en formalisant leurs prétentions et en les fondant sur des moyens de fait et de droit, auront suffisamment préparé en amont le terrain à un traitement judiciaire, justifiant une dispense de mise en état de l'affaire. Néanmoins, même si l'opportunité d'une maîtrise procédurale d'une éventuelle procédure judiciaire n'est pas négligeable, il ne faut pas perdre de vue que l'objectif principal des parties qui recourent à un traitement consensuel reste la possibilité de pouvoir élaborer elles-mêmes la solution applicable à leur conflit. Si une telle maîtrise substantielle du traitement des conflits d'intérêts est nécessairement constatée en cas d'accord, il est indispensable, pour inciter les parties à s'engager dans la voie d'une justice consensuelle, que le droit leur garantisse l'effectivité et la stabilité du traitement qu'elles auront négocié. En effet, l'effort du législateur destiné à inciter les parties à privilégier les modes consensuels de traitement des conflits serait vain, y compris en présence de conflits d'intérêts en droit de la famille, si ces parties percevaient les modes consensuels de gestion comme une forme de justice incertaine et imprécise, n'apportant pas la même sécurité juridique qu'une décision judiciaire.

## §-2 : LA SÉCURISATION DU TRAITEMENT NÉGOCIÉ

**220.** On a tendance à attribuer à la gestion consensuelle des conflits des vertus de rapidité et d'efficacité qui la rendraient préférable au traitement contentieux<sup>1</sup> ; c'est pourquoi la sagesse populaire véhicule une certitude suivant laquelle « accord vaut mieux que plaid ». Néanmoins, pour que les avantages espérés de la gestion consensuelle se concrétisent, il est indispensable que le traitement ainsi élaboré oblige réellement les parties quant à son exécution<sup>2</sup> et qu'il soit assorti de garanties assurant sa pérennité. Il sera donc question dans les lignes à venir de déterminer, d'une part, les conditions auxquelles les traitements négociés des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille peuvent effectivement s'imposer aux

---

<sup>1</sup> Par exemple, dans *La comédie humaine* d'Honoré de BALZAC, pour convaincre le colonel CHABERT (de retour d'une bataille au cours de laquelle on l'avait pris pour mort) d'accepter une transaction plutôt que de saisir la justice dans le conflit l'opposant à sa femme qui s'était remariée après avoir fait fortune grâce à la liquidation des biens de son époux disparu, l'avoué DERVILLE lui donna le conseil suivant : « Le procès a donc des éléments de durée. Vous aurez le temps de vieillir dans les chagrins les plus cuisants. (...) Dans ces conditions, je crois qu'une transaction serait, et pour vous et pour elle, le meilleur dénouement du procès. Vous y gagnerez une fortune plus considérable que celle à laquelle vous auriez droit ». *Œuvres de H. de Balzac*, T. 3, Bruxelles 1837, p. 356.

<sup>2</sup> Voir par exemple, M. FOULON, Y. STRICKLER, « Accords et force exécutoire en France », *Gaz. Pal.* 2013, n° 246, p. 8 et s.

parties (A), et d'autre part, s'assurer, lorsqu'ils régissent effectivement les rapports entre ces dernières, que le droit garantit leur stabilité dans le temps (B).

## A — L'EFFECTIVITÉ DU TRAITEMENT NÉGOCIÉ

**221. Positionnement du problème.** — Lorsque la gestion consensuelle est couronnée de succès en tout ou en partie, l'accord ainsi obtenu est transcrit par les parties dans une convention. Mais, la particularité de ces traitements négociés en matière extrapatrimoniale, c'est qu'il leur manque, pour être complets, l'approbation judiciaire qui s'exprime par le truchement de l'homologation. En effet, n'oublions pas que l'hypothèse qui a été faite dans la première section de cette étude consistait à ouvrir le droit extrapatrimonial de la famille à la gestion consensuelle, sous réserve d'homologation judiciaire du traitement négocié par les parties. Donc, appréhender la capacité des traitements négociés à régir, en droit extrapatrimonial de la famille, les rapports conflictuels entre les parties oblige au préalable, à s'interroger sur la portée de la règle imposant en ces matières une homologation judiciaire. L'homologation judiciaire serait-elle une condition de validité du traitement négocié ou une condition d'efficacité dudit traitement ?

La distinction n'est pas dénuée d'intérêt pratique<sup>1</sup>, puisque si l'homologation est considérée comme une condition de validité, l'accord non homologué est considéré comme inexistant pour le droit. En revanche, s'il s'agit d'une condition d'efficacité, cela suppose que l'accord, même non homologué, n'est pas dénué de tout effet juridique. Après avoir procédé à quelques précisions notionnelles, il sera question de fixer ensuite le rôle de l'homologation judiciaire dans le traitement négocié des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

**222. Validité, efficacité, force obligatoire, force exécutoire des conventions : de la nécessité de fixer les contours de ces notions.** — La force obligatoire du contrat signifie que ce sur quoi les parties ont accordé leur volonté s'impose entre elles. Le contrat devient pour les parties une norme à respecter. Elles ne peuvent le révoquer ou le modifier que d'un commun accord et le juge lui-même ne pourrait le modifier ni en retrancher certaines clauses. En d'autres termes, « un contrat doté de force obligatoire est un contrat qui se doit d'être respecté »<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Un auteur relevait à juste titre que « l'expression "sous condition d'homologation par le juge" est susceptible de deux sens. Ou bien on la prend au sens courant du terme qui vise simplement un élément déclenchant l'efficacité de quelque chose, ou bien on retient le sens juridique de la condition avec un cortège de conséquences impressionnantes au premier rang desquelles la rétroactivité ». J. HAUSER, « Le juge homologateur en droit de la famille », in, P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, Economica, 2001, p. 114 et s., spéc. p. 124.

<sup>2</sup> M. LATINA, Rép. civ. Dalloz, *V° Contrat*, n° 89. Sur le principe de la force obligatoire du contrat, voir par exemple, P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de*

Cependant, il convient de préciser que la seule volonté des contractants est insuffisante pour doter le contrat de la force obligatoire<sup>1</sup>. D'ailleurs, la loi ne reconnaît cette force obligatoire qu'aux conventions « légalement formées »<sup>2</sup>. Ce qui signifie que la force obligatoire du contrat est subordonnée à un contrôle portant, d'une part, sur les circonstances de la rencontre des volontés, c'est-à-dire les circonstances de survenance de l'accord, et d'autre part, sur le contenu de l'accord, c'est-à-dire ce qui a été décidé<sup>3</sup>. Autrement dit, le contrat se doit d'être respecté — force obligatoire — parce qu'il satisfait aux exigences relatives au consentement, à la capacité, et présente un contenu licite et certain. Or, on constate que ces exigences auxquelles est subordonnée la force obligatoire du contrat sont également imposées à titre de la validité du contrat (art. 1128 du C. civ.). On est donc forcé d'admettre que la force obligatoire présuppose la validité du contrat. En d'autres termes, validité du contrat et force obligatoire vont de pair. Le contrat ne crée de lien de droit<sup>4</sup> entre des parties que s'il est valide ; et s'il est valide, il est assorti de la force obligatoire. La force obligatoire serait l'effet découlant du respect par les parties des conditions de formation du contrat.

Toutefois, il faudrait signaler que si un contrat valide dispose d'une force obligatoire, cette force obligatoire ne permet pas toujours au contrat de produire ses effets essentiels. C'est le cas lorsque le législateur impose une formalité indispensable à la production des effets voulus par les parties. On parle de condition d'efficacité du contrat<sup>5</sup>. Il convient alors de départir cette notion de celle de validité<sup>6</sup>.

---

*l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Marre et Martin, 2014, p. 5 et s. - L. AYNÈS, « À propos de la force obligatoire du contrat », *Revue des contrats*, oct. 2003, p. 323 et s.

<sup>1</sup> Plusieurs théories ont été proposées pour répondre à la question du fondement de la force obligatoire : l'autonomie de la volonté, la loi, les attentes légitimes du créancier, ont été tour à tour avancées sans jamais emporter la conviction de tous (Pour une présentation de ces théories, voir par exemple, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, PUF, 2012, p. 63 et s. - P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 372 et s. - C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, Defrénois, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, 2007, p. 516, n° 1097 et s. - P. LEMAY, *Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme*, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Marre et Martin, 2014, p. 196 et s.). Il semblerait qu'on soit plus proche de la vérité en considérant que tous ces éléments concourent à l'explication de la force obligatoire du contrat (Voir par exemple, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 63. - C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé*, *op. cit.*, n° 1096 et n° 1119 et s. - M. LATINA, *Rép. civ. Dalloz*, V<sup>o</sup> *Contrat*, n° 104).

<sup>2</sup> Article 1194 du C. civ. (ancien art. 1134 du même Code).

<sup>3</sup> Un auteur relevait à juste titre que « le contrat est une "procédure" de création de normes, à l'instar de la procédure parlementaire. La force obligatoire dépend d'un double contrôle : celui de la procédure initiale et celui de la norme créée, que l'on appréciera de manière objective, au regard de critères qui ne doivent rien à la volonté des parties : justice, utilité, équilibre, proportion... ». L. AYNÈS, « À propos de la force obligatoire du contrat », *Revue des contrats*, oct. 2003, p. 323 et s.

<sup>4</sup> Sur la notion de lien de droit, voir, E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455 et s.

<sup>5</sup> L'efficacité « marque l'aptitude d'un mécanisme à produire les effets attendus » (G. CHANTEPIE, « L'efficacité attendue du contrat », *Revue droit des contrats* 2010, p. 347).

<sup>6</sup> Pour une tentative de distinction, voir, P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, préf. G. DE LEVAL, Larcier, 2008, p. 265 et s. - C. BRENNER, *Rép. civ. Dalloz*, V<sup>o</sup> *Acte juridique*, n° 87 et s., spéc. n° 89. - P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 693.

Constitue une condition de validité d'un acte, un élément inhérent à l'existence même du contrat ou « relié directement à la structure de l'acte juridique »<sup>1</sup>. Ainsi, l'aptitude à contracter, l'intégrité du consentement, la teneur du contrat, et les mobiles des parties constituent les éléments constitutifs du contrat. Et l'absence d'une condition de validité entraîne la disparition rétroactive du contrat.

En revanche, constitue une condition d'efficacité du contrat, un élément extérieur à la formation du contrat — entendu au sens de processus de recherche d'un accord entre les parties en vue de réaliser une opération particulière —, mais nécessaire à sa perfection ; la condition d'efficacité serait donc un élément relatif à l'aptitude du contrat à produire les effets de droit voulus<sup>2</sup>. Ce qui signifie que l'existence d'une condition d'efficacité entraîne une dissociation entre le caractère obligatoire du contrat et ses effets essentiels<sup>3</sup>. L'acte ne deviendrait parfait qu'en cas de satisfaction de la condition d'efficacité. En revanche, l'absence de réalisation de la condition d'efficacité rend l'acte caduc dans le sens où il disparaît sans rétroactivité. La caducité comme mode d'extinction se justifie ici, parce que l'acte à l'origine avait été régulièrement formé — valide —, mais n'avait pu produire ses effets juridiques et ne les produira jamais en raison de la certitude quant à l'absence d'un élément indispensable à son efficacité.

Au regard de ces observations, il apparaît qu'un contrat valide dispose d'une force obligatoire, mais peut être privé d'efficacité. Pour produire ses effets, le contrat en plus d'être valide doit être efficace. Ce n'est qu'à ce prix que les parties auront l'obligation d'exécuter le contrat en fournissant la prestation promise. Cependant, s'il arrive que l'une des parties refuse d'exécuter de bonne foi les obligations que lui impose le contrat, l'autre ne pourra exiger une exécution forcée qu'après la reconnaissance de son droit en justice. On parlera alors de force exécutoire.

En matière contractuelle, la force exécutoire renvoie à la capacité à pouvoir solliciter la force publique en vertu d'un titre exécutoire<sup>4</sup>, afin d'imposer à un débiteur qui ne s'exécute pas, l'exécution des obligations découlant du contrat.

<sup>1</sup> C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *V° Acte juridique*, n° 89.

<sup>2</sup> Voir, C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *V° Acte juridique*, n° 88 et n° 103 et s. pour une illustration des conditions d'efficacité.

<sup>3</sup> Comme des auteurs ont pu le relever à juste titre, « la loi, parfois, dissocie les éléments nécessaires à la formation du contrat (**condition de validité**) et ceux requis pour l'attribution de ses effets essentiels (**conditions d'efficacité**), ce que l'on appelle sa perfection ». P. MALAURIE, L. AYNÈS, P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 693, n° 1307 (les parties entre parenthèses et en gras ont été ajoutées par nos soins afin de faciliter la compréhension, sans avoir à reprendre ici, tout le raisonnement des auteurs relatif à la distinction entre les conditions de validité et d'efficacité).

<sup>4</sup> Sur les titres exécutoires, voir l'article L. 111-3 du CPCE.

À l'aune de ces précisions notionnelles, il convient de déterminer le rôle exact joué par l'homologation judiciaire dans le traitement négocié des conflits d'intérêts en droit de la famille.

**223. Le rôle de l'homologation judiciaire dans le traitement négocié des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.** — L'homologation consiste pour le juge à approuver un acte juridique privé soumis à son contrôle juridictionnel<sup>1</sup>. Mais le rôle exact joué par la réalisation de ce contrôle judiciaire varie suivant que l'homologation est facultative ou obligatoire en la matière.

Lorsque l'homologation est facultative, les choses sont relativement simples, puisque « ni l'existence, ni l'exécution des obligations qui résultent du contrat (...) ne dépend, en principe de la décision que le juge sera éventuellement appelé à rendre »<sup>2</sup>. En d'autres termes, l'accord non homologué serait valide, disposerait de la force obligatoire, produirait tous ses effets permettant aux parties de solliciter la force exécutoire en cas d'inexécution. L'intérêt de l'homologation dans cette configuration consisterait à doter les parties d'un titre exécutoire avant même la défaillance de l'une d'elles dans l'exécution du contrat. Cette situation de validité de l'accord sans contrôle judiciaire peut être illustrée en droit de la famille par le changement de régime matrimonial qui peut être fait devant notaire<sup>3</sup>, en l'absence d'enfant mineur ou en l'absence de dissentiment au sein de la famille caractérisé par l'opposition d'enfants majeurs (art. 1397 du C. civ.).

Lorsque l'homologation est obligatoire, l'analyse semble se complexifier. En effet, s'il est certain que l'opération envisagée par les parties ne pourra produire d'effets que si l'homologation est obtenue, reste à déterminer avec précision les effets de l'homologation. À ce propos, deux analyses sont possibles.

On pourrait considérer que l'exigence d'une homologation constitue une condition de validité de l'accord<sup>4</sup> et sa non-survenance entraînerait sa nullité. Dans une telle hypothèse, la force obligatoire, l'efficacité de l'accord et un titre exécutoire ne seront obtenus qu'avec l'homologation. Et en cas d'homologation, il ne saurait être question de rétroactivité, de sorte qu'antérieurement à l'homologation, l'accord n'est point valide ; les parties ne sont pas tenues de respecter la parole donnée et peuvent retirer leur consentement avant la survenance du contrôle judiciaire. En somme, un tel accord ne produirait aucun effet juridique.

<sup>1</sup> P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 252.

<sup>2</sup> P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 252.

<sup>3</sup> Relevons dans cette hypothèse qu'il n'y a aucun intérêt à solliciter l'homologation judiciaire, puisque l'acte notarié sera revêtu de la formule exécutoire.

<sup>4</sup> Voir par exemple, I. BALENSI, « L'homologation judiciaire des actes juridiques », RTD Civ. 1978, 42, spéc. p. 61, n° 35.

On pourrait à l'inverse considérer que la décision d'homologation ne dépendant pas de la volonté des parties, il s'agirait d'un élément qui aurait essentiellement pour but de parfaire l'accord des parties en permettant à la convention de produire ses effets<sup>1</sup>. Une telle position conduirait à reconnaître à l'accord non homologué une validité et une force obligatoire, puisque les parties sont tenues de maintenir la parole donnée jusqu'à la survenance de l'homologation. Et l'homologation, si elle est obtenue, viendrait, d'une part, parfaire l'accord dont les effets remonteraient au jour de sa validité, et, d'autre part, doter les parties d'un titre exécutoire avant une hypothétique défaillance dans l'exécution du contrat. En revanche, lorsque l'homologation est refusée, l'accord deviendrait caduc et chaque partie retrouverait sa liberté.

**224.** Au regard de ces observations, quelle position adopter en droit extrapatrimonial de la famille où l'homologation, sauf exception, est obligatoire ? L'homologation serait-elle une condition de validité ou d'efficacité de l'accord ?

On sait que la matière extrapatrimoniale a pour particularité d'être marquée par l'ordre public. Ainsi, la nécessité d'un contrôle judiciaire « rappelle que la volonté individuelle est impuissante sur les questions traitées qui, par nature, échappent au contrat »<sup>2</sup>. Dès lors, les accords amiables en eux-mêmes ne seraient pas valables, c'est-à-dire que la seule rencontre des volontés ne suffit pas à permettre à ces accords d'accéder à la vie juridique<sup>3</sup>. Leur validité ne serait acquise qu'après une vérification par le juge de leur conformité aux intérêts protégés par la loi<sup>4</sup>. Cette exception au consensualisme traduit la survivance d'un ordre public de protection et fait de l'homologation en matière extrapatrimoniale, une condition de validité de l'accord. D'ailleurs, le fait qu'en la matière, les parties disposent de la faculté de changer d'avis en revenant sur la parole donnée<sup>5</sup>, avant la survenance du contrôle judiciaire, constitue un indice indéniable de l'absence de force obligatoire de ces traitements négociés non

<sup>1</sup> P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 271. - C. BRENNER, Rép. civ. Dalloz, *V° Acte juridique*, n° 110 (l'auteur classe l'homologation judiciaire obligatoire dans les conditions d'efficacité).

<sup>2</sup> M. BRUGGEMAN, C. NEIRINCK, « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », RRJ 2009-1, p. 97.

<sup>3</sup> Il convient toutefois de préciser que dans certaines situations, l'accord qui n'est pas valablement formé peut néanmoins, à titre officieux, régir les rapports juridiques des parties. En sus, il est même possible que cet accord officieux accède à la vie juridique par des chemins de traverse lorsque le juge décide de le faire sien. Par exemple, il ressort de l'article 373-2-11 du C. civ. que lorsque le juge statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, il prend en compte, la pratique précédemment suivie par les parents ; et celle-ci peut résulter d'un accord officieux.

<sup>4</sup> À rapprocher du phénomène plus général de la participation du juge à la formation des contrats. A. ENGEL-CRÉACH, *Les contrats judiciairement formés*, préf. A. BÉNABENT, Economica, 2002, p. 15 et s. - A. LAUDE, *La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat*, préf. J. Mestre, PUAM, 1992.

<sup>5</sup> Voir par exemple, I. BALENSI qui fait de l'existence de ce droit de repentir en matière familiale, un indice en faveur d'une analyse en terme de validité de la condition d'homologation obligatoire (I. BALENSI « L'homologation judiciaire des actes juridiques », RTD Civ. 1978, 42, spéc. p. 63, n° 37).

homologués<sup>1</sup>. Par exemple, il serait contraire à la volonté de pacification des rapports familiaux et à la recherche d'une solution effective au conflit, d'imposer l'homologation à un parent qui ne serait plus d'accord avec les modalités d'exercice de l'autorité parentale arrêtées à la suite d'un processus consensuel de gestion des conflits<sup>2</sup>.

Il apparaît donc qu'en raison de la particularité des rapports familiaux, d'une part, et d'autre part, en raison de la spécificité de la matière extrapatrimoniale, les traitements négociés des conflits d'intérêts pour être effectifs en la matière — c'est-à-dire pour prétendre régir réellement la situation des parties — doivent nécessairement être homologués<sup>3</sup>. L'homologation fait accéder le traitement négocié à la vie juridique — au sens de validité de l'accord —, le dote de la force obligatoire ainsi que de la force exécutoire<sup>4</sup>. En matière extrapatrimoniale donc, les accords de traitement consensuel des conflits d'intérêts constituent, en principe — il peut arriver qu'exceptionnellement l'homologation ne soit pas imposée —, des contrats dits solennels. En effet, le nouvel article 1109 al. 2 du C. civ. définit ces contrats comme un contrat dont la « validité est subordonnée à des formes déterminées par la loi ».

**225. Les conséquences d'une homologation considérée comme la condition de validité du traitement négocié des conflits d'intérêts.** — L'homologation étant donc indispensable à la validité même des traitements négociés en droit extrapatrimonial de la famille<sup>5</sup>, les parties feraient preuve de prudence en prévoyant dans l'accord une clause les obligeant à la solliciter à une certaine date au plus tard, d'autant plus que la demande d'homologation, au regard du droit en vigueur, n'est pas susceptible d'être imposée à une partie. Par exemple, lorsque l'accord survient dans le cadre d'une conciliation menée par un conciliateur de justice, il est consigné dans un constat signé par les parties et le conciliateur

<sup>1</sup> Comme le souligne un auteur, « l'homologation constituerait une condition de validité, si les parties pouvaient, avant elle, retirer leur consentement (...) ». P. MOREAU, *L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale*, op. cit., p. 267.

<sup>2</sup> D'ailleurs, l'article 373-2-7 du C. civ. dispose que « **les parents** peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention (...) ». L'assignation semble donc écartée en matière d'homologation de la convention organisant les modalités d'exercice de l'autorité parentale. Il faut donc une requête conjointe des parents. Et celui des parents qui, entre temps, aura changé d'avis ne pourrait se voir imposer l'homologation.

<sup>3</sup> D'après des auteurs, « l'homologation apparaît donc comme une mesure imposée par la loi aux parties et qui conditionne la validité et l'effectivité de leur acte juridique ». M. DOUCHY-LOUDOT, J. JOLY-HURARD, Rép. proc. civ. Dalloz, *V° Médiation et conciliation*, n° 150. - Voir aussi, M. BRUGGEMAN, C. NEIRINCK, « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », RRJ 2009-1, p. 102.

<sup>4</sup> Cass. 2° civ. 26 juin 1996, n° 94-17991, Bull. civ. II, n° 184.

<sup>5</sup> Il s'agit là de la règle de principe en matière extrapatrimoniale. Mais il peut arriver qu'exceptionnellement, le législateur décide à propos d'une problématique particulière de ne pas rendre l'homologation obligatoire. Dans une telle hypothèse, l'homologation ne participera pas à la validité des accords. Tel est par exemple le cas du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée. Il s'agit d'une convention qui constate la volonté de divorcer, règle les conséquences du divorce et qui est pleinement valable du moment qu'elle respecte les formalités prévues par le législateur (art. 229-1 du C. civ.).

(art. 130 du CPC) ; ce constat d'accord pour être revêtu de la force exécutoire peut être soumis par les parties à homologation du juge (art. 131 al. 2 du CPC).

Aussi, lorsque le traitement est négocié dans le cadre d'une médiation judiciaire, l'article 131-12 du CPC subordonne la demande d'homologation de l'accord à l'introduction d'une requête des parties.

De même, lorsque le traitement est négocié dans le cadre d'une médiation conventionnelle, l'article 1534 du CPC dispose que l'homologation de l'accord est demandée par requête de l'ensemble des parties ou de l'une d'elles avec l'accord exprès des autres. Des dispositions analogues sont retenues par l'article 1541 du CPC en matière de conciliation conventionnelle et par l'article 1557 en matière de procédure participative.

En définitive, il faudrait retenir que lorsqu'un traitement est négocié en matière extrapatrimoniale, s'il est valide, il se trouve aussi doté de la force obligatoire et de la force exécutoire qui garantissent son application effective dans les rapports entre les parties. En effet, le contrôle judiciaire du traitement se solde en cas de conformité, par le prononcé d'une homologation, mesure qui, en vertu de l'article L. 111-3 du CPCE, constitue un titre exécutoire. Même si les traitements négociés sont susceptibles de régir les rapports entre les parties, il est indispensable, si l'on souhaite rendre attrayants les processus de gestion consensuelle des conflits, qu'ils puissent prétendre à une certaine stabilité. Autrement dit, il ne doit pas être aisé de remettre en cause ce qui a été négocié et qui régit les rapports entre les parties.

## **B — LA STABILITÉ DU TRAITEMENT NÉGOCIÉ**

**226.** Pour que le traitement négocié puisse valablement constituer une alternative au traitement juridictionnel des conflits d'intérêts en droit de la famille, il est tout d'abord impératif que ce traitement négocié oblige juridiquement les parties. À ce propos, il vient d'être relevé qu'en matière extrapatrimoniale, l'homologation, sauf situation exceptionnelle, participait à la validité des traitements négociés.

Une fois le traitement négocié engageant les parties et pouvant faire l'objet d'une mesure d'exécution forcée, il est ensuite impératif que le droit assure une certaine stabilité à ce traitement négocié en le mettant à l'abri des velléités de modification émanant des parties. À ce propos, il convient de relever que la question de la stabilité des accords homologués manque de netteté en droit de la famille, car en fonction des problématiques, le droit positif retient des solutions différentes. En partant tout d'abord des solutions retenues dans les différents domaines du droit de la famille où le juge est souvent appelé à homologuer les accords (1), il sera ensuite question d'interpréter ces réponses du droit positif afin de

déterminer si le traitement consensuel des conflits d'intérêts est plus précaire que le traitement contentieux (2).

### 1) L'hétérogénéité des réponses du droit positif

**227.** Puisqu'en matière familiale le juge est souvent conduit à homologuer des conventions portant sur le changement de régime matrimonial, les conséquences du divorce et l'exercice de l'autorité parentale, il sera question de mesurer dans le cadre de ces différentes problématiques la stabilité des conventions homologuées.

**228. La stabilité des accords de changement de régime matrimonial.** — Après deux ans d'application d'un régime matrimonial, il est permis aux époux d'en changer entièrement ou simplement, de procéder à une modification (art. 1397 du C. civ.). Ce changement nécessairement effectué par acte authentique passé devant notaire n'a pas besoin d'être homologué pour être valable, sauf en présence d'enfants mineurs ou de dissentiment au sein de la famille caractérisé par l'opposition d'enfants majeurs. L'homologation du changement de régime matrimonial relève d'après l'article 1301 du CPC de la matière gracieuse. Et selon l'art. 1300-4 du même Code, le juge aux affaires familiales est le juge compétent pour connaître la demande d'homologation des époux. Mais la question nous intéressant dans le cadre de ces développements étant celle de la stabilité de l'accord homologué, il conviendra pour y répondre d'appréhender les possibilités laissées aux parties de pouvoir remettre en cause le traitement consensuel homologué auquel elles sont arrivées. Sur ce point, il convient de noter que la jurisprudence a tendance à distinguer la convention qui contient l'accord, du jugement d'homologation. En effet, même si l'homologation soumet l'accord dont découle le traitement du conflit d'intérêts à un contrôle institutionnel, il ne faut pas oublier que l'origine du traitement ainsi négocié reste bien conventionnelle. Par conséquent, la convention homologuée peut-être attaquée par les parties à deux niveaux. Comme le souligne à juste titre un auteur, « il est possible d'attaquer la convention par une action en nullité lorsqu'il apparaît par exemple qu'elle est viciée (même si en pratique l'intervention du juge réduit considérablement les cas dans lesquels ceci peut arriver) ; il est également possible de remettre en cause le jugement d'homologation par l'exercice des voies de recours »<sup>1</sup>. En d'autres termes, l'homologation, acte juridictionnel, laisse subsister le caractère contractuel de l'accord qui en est l'objet<sup>2</sup>. Abondant dans le même sens, la Cour de cassation par un important arrêt a pu clairement rappeler que « (...) l'homologation judiciaire

<sup>1</sup> B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, Mélanges J. HAUSER, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 373, spéc. p. 375.

<sup>2</sup> La convention homologuée a une nature hybride, puisque l'homologation conduit à additionner un élément contractuel à un élément judiciaire. Voir par exemple, I. BALENSI, *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, RTD Civ. 1978, 42 et s., spéc. n° 42 et s. - L. AMIEL-COSME, *La fonction d'homologation judiciaire*, Justices 1997, n° 5, p. 135 et s. spéc. p. 154.

laisse subsister le caractère contractuel du changement de régime matrimonial des époux, de sorte que la convention des parties peut être annulée pour des causes qui lui sont propres »<sup>1</sup>. Concrètement, il faut retenir tout d'abord, qu'en ce qui concerne la contestation de l'accord lui-même, le changement de régime matrimonial ayant produit effet, s'impose aux parties et au juge. Mais, les époux peuvent contester l'accord même homologué pour vice de consentement ou pour fraude. En revanche, il leur est interdit d'invoquer la non-conformité de l'accord homologué à l'intérêt familial au titre de la nullité<sup>2</sup>. Lorsque ce sont les enfants qui essaient de remettre en cause le changement de régime matrimonial, il faut souligner que leur action est recevable lorsque le changement de régime matrimonial a été réalisé en fraude à leur droit ; tel est par exemple le cas lorsque leur existence a été dissimulée par les époux. Néanmoins, la Cour de cassation a pu préciser que la dissimulation d'un enfant naturel n'est pas en soi une cause de nullité de la convention modificatrice ; elle ne l'est que si elle manifeste la volonté de frauder les droits de cet enfant ou des enfants légitimes<sup>3</sup>. Les créanciers non opposants peuvent aussi attaquer le changement de régime matrimonial dans les conditions de l'article 1167 s'il est fait en fraude à leurs droits (art. 1397 al. 9 du C. civ.). Pour ce qui est de la contestation du jugement d'homologation ensuite, il faut noter que les époux peuvent exercer les voies de recours ouvertes contre les jugements. Ainsi, après homologation du changement de régime matrimonial, un époux peut contester en appel le jugement d'homologation s'il justifie d'un intérêt à agir. Or, l'intérêt s'appréciant au jour de l'action en justice, un époux qui découvre après l'homologation du changement de régime matrimonial l'adultère de son épouse justifie d'un intérêt à contester en appel le jugement d'homologation<sup>4</sup>. Il est également reconnu aux époux la possibilité d'exercer un recours en

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, JCP (G) 1997, II, 22912, note M. S. PAILLET ; JCP (G) 1997, I, 4047, n° 12, obs. G. WIEDERKEHR ; D. 1997, p. 273, rapp. X. SAVATIER ; RTD civ. 1997, p. 985, obs. B. VAREILLE, Defrénois 1997, p. 420 note G. CHAMPENOIS.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027 (« le changement de régime matrimonial ayant produit effet s'impose à chacun des époux, de sorte que, à défaut d'invoquer un vice du consentement ou une fraude, aucun d'eux ne peut être admis à le contester sur le fondement de l'article 1397 du code civil ») ; JCP (N) 2013, n° 38, p. 34, note R. Le GUIDEDEC ; D. 2013, p. 2088, note J. SOUHAMI ; RTD civ. 2013, p. 590, obs. J. HAUSER ; Defrénois 2014, p. 14 note E. ROUSSEAU.

À noter que dans l'arrêt en question, le changement de régime matrimonial n'a pas été homologué et que l'un des époux souhaitait un contrôle *a posteriori* de l'équilibre de la convention au regard de l'intérêt de la famille ; contrôle que la Cour de cassation se refuse de réaliser.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2010, n° 08-14.441, JCP (G) 2010, p. 906, n° 9, obs. G. WIEDERKEHR. ; JCP (N) 2010, n° 23, p. 28, note J. VASSAUX-BARÈGE ; RJPF 2010, n° 7, p. 16, note F. VAUVILLÉ.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218 (« qu'il résulte de l'article 546 du Code de procédure civile que le droit d'appel appartient à toute personne qui y a intérêt si elle n'y a pas renoncé et que l'existence de cet intérêt doit être appréciée au jour de l'appel ; qu'ayant constaté que, depuis le prononcé du jugement, le mari s'opposait à l'homologation de la convention portant changement de régime matrimonial en raison de la décision prise par l'épouse de divorcer, la cour d'appel a souverainement admis qu'il justifiait d'un intérêt à interjeter appel du jugement »), Defrénois 2011, n° 4, p. 375, obs. G. CHAMPENOIS ; D. 2011, p. 1107, obs. M. DOUCHY-OU DOT ; Gaz. Pal. 10-11 sept. 2010, p. 43, note J. CASEY ; RJPF 2010, n° 9, p. 28, obs. F. VAUVILLÉ ; JCP (G) 2010, doct. 1220, n° 7, obs. G. WIEDERKEHR.

révision contre le jugement d'homologation aux conditions des articles 593 et suivants du CPC<sup>1</sup>.

En définitive, retenons qu'une fois homologué, le changement de régime matrimonial s'impose aux parties et au juge. Mais il est permis aux parties de remettre en cause le changement, en poursuivant la nullité de la convention ou en exerçant les voies de recours contre le jugement d'homologation.

**229. La stabilité des accords portant sur les conséquences du divorce par consentement mutuel judiciairisé.** — Le divorce par consentement mutuel suppose un accord intégral des époux sur le principe du divorce et sur ses effets. Ces accords peuvent être obtenus dans le cadre d'un processus de gestion consensuelle des conflits d'intérêts comme la convention de procédure participative par exemple. Une fois la convention homologuée<sup>2</sup> et le divorce prononcé, se pose la question de la permanence des mesures contenues dans cette convention de divorce.

À ce propos, il convient de noter que contrairement à la solution appliquée en matière de changement conventionnel de régime matrimonial, la convention homologuée par laquelle les parties règlent les conséquences tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales de leur divorce par consentement mutuel, semble perdre sa nature composite. L'intervention judiciaire vient en quelque sorte gommer le caractère contractuel de la convention, puisque les principales causes de rétractation des conventions ne s'appliquent pas aux conventions de divorce par consentement mutuel.

Cette interdiction de recourir aux voies de nullité contre les conventions homologuées dans le cadre du divorce par consentement mutuel prononcé par le juge ne découle pas expressément des textes. Elle est le fruit d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation<sup>3</sup>, qui, s'appuyant sur la volonté du législateur de lier étroitement le prononcé du divorce par consentement mutuel — ancien divorce sur requête conjointe — et l'homologation de la convention (art. 232 du C. civ.), a procédé en la matière au renforcement de l'intangibilité des conventions homologuées. Il ressort de cette jurisprudence qu'un lien d'indivisibilité existe entre la convention homologuée et le prononcé du divorce, puisque la convention homologuée ne peut plus être remise en cause une fois le divorce devenu définitif, c'est-à-dire une fois le

<sup>1</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999, n° 96-22914, D. 1999, p. 242, note J. THIERRY ; JCP (G) 1999, I, 154, n° 3, obs. G. WIEDERKEHR ; Defrénois 1999, art. 37017, obs. G. CHAMPENOIS.

<sup>2</sup> L'homologation de la convention réglant les effets du divorce relève de la matière gracieuse (art. 230 du C. civ. et 1088 du CPC).

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 1987, n° 86-10107, Defrénois 1987, p. 1069, obs. J. MASSIP. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 nov. 1991, n° 90-17840, Bull. civ. II, n° 303 - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823, RTD civ. 1995, p.337, obs. J. HAUSER, Defrénois 1995, p. 723, obs. J. MASSIP. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 2010, n° 08-70214, JCP (N) 2010, p. 1250, note J. MASSIP ; Gaz. Pal. 2010, n° 141, p. 30, note A. DE VREGILLE.

délai du pourvoi en cassation expiré<sup>1</sup>. Cette indivisibilité, même si elle a pu être jugée indésirable<sup>2</sup>, renforce incontestablement l'intangibilité de la convention homologuée.

S'agissant des époux, il faut noter que n'est pas recevable une demande en nullité pour vices du consentement<sup>3</sup>, une demande en rescision pour cause de lésion<sup>4</sup>, une action *de in rem verso*<sup>5</sup>, qui serait dirigée contre la convention homologuée. De même, le recours en révision contre le jugement d'homologation est irrecevable<sup>6</sup>. S'agissant des créanciers, ils ne peuvent exercer une action paulienne contre la convention de divorce<sup>7</sup> ni une action en inopposabilité fondée sur la fraude<sup>8</sup>.

Néanmoins, il convient de constater que cette immutabilité de la convention homologuée connaît des tempéraments.

Tout d'abord, l'article 279 du C. civ. prévoit que la convention même homologuée peut être remise en cause par les parties d'un commun accord ou par l'effet des stipulations de modification insérées dans la convention de divorce.

Ensuite, il est possible de remettre en cause indirectement la convention homologuée en exerçant une voie de recours contre la décision prononçant le divorce. Toutefois, il faut s'empresse de faire remarquer, d'une part, que l'appel n'étant pas possible contre une décision prononçant le divorce<sup>9</sup>, et que, d'autre part, l'exercice du pourvoi en cassation, voie

<sup>1</sup> J. RUBELLIN-DEVICHI, *Du caractère « définitif » de la convention dans le divorce sur requête conjointe*, RTD civ. 1987, p. 287.

<sup>2</sup> A. TISSERAND, « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », in, *Mélanges D. HUET-WEILLER*, 1994, LGDJ, p. 497 s.

Dans le même sens, un auteur soulignait qu'une fois que « c'est fait, c'est fait... même s'il y a eu fraude, immoralité, lésion, dol, violence, absence de cause, aliénation mentale, vice ou absence de consentement. L'homologation du juge a tout effacé même si le juge n'a rien vu et ne pouvait rien voir. Curieuses conventions du droit de la famille ! Tantôt elles n'ont guère de force obligatoire, sont sujettes à révision ou à rétractation, tantôt elles sont pourvues d'une énergie inouïe ». P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, n° 617, p. 267.

<sup>3</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mai 1987, n° 86-10107, Defrénois 1987, p. 1069, obs. J. MASSIP. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823, RTD civ. 1995, p.337, obs. J. HAUSER, Defrénois 1995, p. 723, obs. J. MASSIP.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 2010, n° 08-70214 et n° 08-12395. - R. GUIMBELLOT, *La convention définitive de divorce, en cas de divorce sur requête conjointe, peut-elle donner lieu à une action en rescision pour lésion ?*, D. 1981, Chron. 277. - J. LAFOND, Conventions de divorce sur requête conjointe et rescision pour lésion, JCP (N) 1980. I. 285 et 1988. I. 87.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 févr. 1998, Dr. fam. 1998, n° 96-11845.

<sup>6</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, Dr. fam. 2008, n° 11, comm. 153, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RJPF 2009, n° 2, p. 18, obs. T. GARÉ ; AJ. fam. 2008, p. 476, obs. S. DAVID ; Defrénois 2009, p. 547 obs. J. MASSIP.

<sup>7</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 nov. 1999, n° 97-16488.

<sup>8</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, AJ. fam. 2012, p. 47, obs. S. DAVID ; Dr. fam. 2012, n° 1, p. 28, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RJPF 2012, n° 1, p. 22, obs. T. GARÉ ; JCP (N) 2013, n° 21, p. 42 obs. C. LESBATS ; RTD civ. 2012, p. 98, obs. J. HAUSER.

<sup>9</sup> Il convient de préciser que si l'appel n'est pas possible contre une décision prononçant le divorce, elle reste néanmoins possible contre les décisions refusant de prononcer le divorce. En effet, d'après l'article 1102 du CPC « les décisions du juge aux affaires familiales sont susceptibles d'appel, à l'exception de celles qui prononcent le divorce ». On en déduit *a contrario* que si le juge refuse de prononcer le divorce, l'appel est possible. Or, puisque la convention de divorce n'est homologuée que si le juge prononce le divorce, elle ne pourra être remise en cause indirectement que par l'exercice d'un pourvoi en cassation, puisque la voie de l'appel étant fermée.

de recours possible étant enfermé dans un bref délai de quinze jours à compter du prononcé de la décision qui homologue la convention des époux et prononce le divorce (art. 1103 du CPC), la possibilité de remettre en cause indirectement la convention homologuée par le biais de la décision prononçant le divorce est en pratique exceptionnelle.

Aussi, l'article 1104 du CPC permet aux créanciers des époux de former une tierce opposition contre la décision d'homologation<sup>1</sup> dans l'année qui suit la mention de la décision de divorce en marge des actes d'état civil des époux. Contrairement au délai trentenaire de droit commun pour former une tierce opposition (art. 586 al. 1 du CPC), ici, l'action des créanciers se retrouve enfermée dans un bref délai et surtout, elle ne remet en cause ni le prononcé du divorce ni la valeur de la convention dans les rapports entre les époux. Seul le créancier qui forme la tierce opposition bénéficiera de l'inopposabilité de la convention.

De même, il est admis que les époux peuvent après l'homologation de la convention et le prononcé du divorce demander un partage complémentaire en cas d'omission d'un élément d'actif ou de passif<sup>2</sup>.

Enfin, par exception au principe d'immutabilité, les mesures contenues dans la convention de divorce homologuée qui sont par nature révisables peuvent être révisées à certaines conditions. Ainsi, en cas de survenance de fait nouveau, les mesures relatives aux enfants peuvent être modifiées ou complétées par le juge aux affaires familiales à la demande d'un parent ou du ministère public qui peut lui-même être saisi par un tiers parent ou non (art. 373-2-13 du C. civ.). De même en cas de changement important dans les ressources ou les besoins des parties, la prestation compensatoire peut être révisée (art. 276-3, 275 al. 2 et 3 du C. civ.). En définitive, en retenant comme règle l'indivisibilité entre la convention homologuée et la décision prononçant le divorce, la Cour de cassation vient garantir l'intangibilité des conventions de divorce. Cette sécurisation optimale des conventions de divorce a été prévue pour le divorce par consentement mutuel prononcé par le juge. Se pose alors la question de sa transposition aux autres cas de divorce.

**230. La stabilité des accords portant sur les conséquences des divorces contentieux.** — Dans le cadre des divorces autres que par consentement mutuel, le législateur incite les époux à procéder à un règlement consensuel des conséquences du divorce (art. 268 du C. civ.). Ces conventions sont soumises à l'homologation du juge qui « après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce » (art. 268 al. 2)<sup>3</sup>. Le législateur semble donc, comme en matière de

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mai 2015, n° 14-10501, AJ. fam. 2015, p. 350, note P. HILT.

<sup>2</sup> Sur ce point, voir par exemple, P.-J. CLAUD, S. DAVID (dir.), *Droit et pratique du divorce*, Dalloz, 2015, p. 240, n° 135.411 et s.

<sup>3</sup> Comme le souligne un auteur, « l'article 279-1 du Code civil rend applicables les dispositions des articles 278 et 279 à ces conventions homologuées, qui sont ainsi dotées de la force exécutoire d'une décision de justice ». N.

divorce par consentement mutuel lier l'homologation de la convention et le jugement prononçant le divorce. Dès lors, on doit considérer que le principe d'indivisibilité doit également s'appliquer en l'espèce<sup>1</sup>. D'ailleurs, il est difficile de nier l'existence d'une continuité de pensée entre le divorce par consentement mutuel et les « poches » d'accord dans les divorces contentieux. Les traiter différemment reviendrait à nier l'objectif législatif de pacification des relations familiales et de simplification procédurale. Toutefois, rappelons que cette stabilité assurée par la règle de l'indivisibilité trouvera nécessairement sa limite à propos des mesures de la convention ayant par nature un caractère révisable.

**231. Les accords relatifs à l'autorité parentale.** — En matière d'autorité parentale, l'article 373-2-7 du C. civ. prévoit que les parents peuvent organiser de manière consensuelle l'exercice de l'autorité parentale. Le fait que ce texte renvoie expressément aux modalités d'exercice de l'autorité parentale a conduit des auteurs à faire remarquer, de façon fort convaincante, que la gestion consensuelle devrait se limiter aux « modalités d'exercice » de l'autorité parentale, excluant ainsi tout accord sur « le principe de l'exercice » de l'autorité parentale qui est en droit, l'exercice conjoint par les deux parents<sup>2</sup>. D'ailleurs, en plus de la lettre de l'article 373-2-7 du C. civ. qui vise explicitement les modalités d'exercice, ces auteurs font remarquer que l'article 373-2-1, renvoie au seul juge pour ce qui est de l'exercice exclusif de l'autorité parentale.

Néanmoins, au regard de nos précédentes démonstrations portant sur les domaines susceptibles de gestion consensuelle, qu'il nous soit permis de faire remarquer que l'autorité parentale relevant d'un ordre public fonctionnel, les parties peuvent bien convenir par convention d'un exercice exclusif, sous couvert d'un contrôle *a posteriori* du juge portant sur la conformité de la mesure à l'intérêt de l'enfant<sup>3</sup>. Donc, quand nous parlerons d'accords en matière d'autorité parentale, nos propos ne se limiteront pas à la seule gestion consensuelle des modalités d'exercice. Cette précision faite, il convient de s'atteler à la question de la pérennité des accords en matière d'autorité parentale.

Concrètement, les accords en matière d'autorité parentale interviennent le plus souvent en cas de séparation du couple parental. Ainsi, lorsque les parents sont mariés, les négociations en vue d'un accord portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale peuvent intervenir en amont, pendant, ou en aval d'une procédure de divorce ou de séparation de corps. À

---

FRICÉRO, « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge », RJPJF 2010, n° 1, p. 8 et s. spéc. p. 11.

<sup>1</sup> En faveur d'une telle interprétation, voir par exemple, B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, Mélanges J. HAUSER, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 373, spéc. p. 376.

<sup>2</sup> M. REBOURG, « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », Dr. fam. 2004, étude 17, spéc. n° 8 et s. - V. LARRIBAU-TERNEYRE, M. AZAVANT, Rép. proc. civ. Dalloz, *V° Autorité parentale*, spéc. n° 174 et s.

<sup>3</sup> Pour la possibilité d'une autorité parentale exclusive prévue dans les accords entre parents, voir par exemple, P.-J. CLAUX, S. DAVID (dir.), *Droit et pratique du divorce*, Dalloz, 2015, p. 221, n° 135.161.

l'inverse, lorsque les parents ne sont pas mariés, les négociations interviennent en dehors de toute procédure et ce n'est qu'une fois l'accord obtenu que les parties saisiront le juge en vue d'une homologation (art. 373-2-7 du C. civ.). Qu'on soit dans le cadre d'une procédure de séparation ou non, la médiation ou la procédure participative constituent les outils privilégiés dans la recherche d'accords en matière d'autorité parentale. Et ces accords, une fois homologués, se pose la question de leur stabilité. À ce propos, il convient de souligner que lorsque l'accord portant sur l'exercice de l'autorité parentale fait partie des mesures figurant dans la convention de divorce, lui est applicable le principe d'indivisibilité qui renforce sa stabilité. Dans les autres hypothèses, les solutions demeurent incertaines. On peut considérer que le contrôle judiciaire exercé lors de l'instance en homologation purge la convention de ses vices et empêche toute remise en cause par la voie des actions en nullité<sup>1</sup>. On peut aussi considérer que l'homologation ne fait pas disparaître l'origine conventionnelle de l'accord et que les actions en nullité doivent être admises à propos de la remise en cause de la convention homologuée. Entre ces deux voies, il faudrait plutôt, par souci de pacification des rapports familiaux, opter pour la solution la plus favorable à l'objectif de stabilité, à savoir l'interdiction de l'exercice des actions en nullité contre la convention elle-même. Néanmoins, il ne faudrait pas oublier que les décisions relatives à l'autorité parentale étant par nature révisables — à condition que surviennent des faits nouveaux —, le résultat de la gestion consensuelle en la matière souffrira toujours d'une certaine précarité. Ce qui signifie qu'en matière d'autorité parentale, le traitement consensuel homologué bénéficiera d'une force obligatoire et jouira d'une stabilité certaine tant que l'intérêt de l'enfant ne viendra pas justifier sa modification, qui peut intervenir d'un commun accord, ou par décision judiciaire (art. 373-2-13 du C. civ.) en cas de contentieux<sup>2</sup>.

Face à l'hétérogénéité des réponses apportées par le droit positif à la problématique de la stabilité des conventions homologuées, il convient de se demander si, en général, les traitements consensuels homologués offrent des garanties de stabilité au moins équivalentes à celles reconnues aux traitements contentieux. En effet, si tel était le cas, l'argument consistant à privilégier les traitements contentieux, sous prétexte qu'ils protégeraient mieux les parties, ne pourrait plus valablement justifier les doutes portant sur la capacité des modes consensuels de gestion des conflits d'intérêts à constituer une alternative crédible face à l'imprévisibilité des traitements contentieux des conflits d'intérêts en droit de la famille.

---

<sup>1</sup> C. HUGON, « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », LPA 2003, n° 247, p. 4 et s.

<sup>2</sup> À noter que la majorité de l'enfant constitue le terme légal des accords parentaux portant sur l'autorité parentale (art. 371-1 du C. civ.)

## 2) L'interprétation des réponses du droit positif

**232.** En l'état actuel du droit positif, même si les pratiques sont disparates et que quelques incertitudes demeurent à propos de la question des voies de recours contre les accords homologués en droit de la famille, il est tout de même permis de souligner que le traitement homologué n'est pas en soi plus précaire que le traitement contentieux, parce que comme ce dernier, il bénéficie d'une autorité de la chose jugée. De plus, il convient de souligner que lorsqu'une certaine précarité atteint le traitement consensuel homologué, on constate que cette précarité n'est pas nécessairement incompatible avec le besoin de sécurité juridique des traitements.

**233. L'autorité de chose jugée du traitement homologué.** — Reconnaître aux traitements homologués l'autorité de la chose jugée procède du raisonnement suivant. L'homologation judiciaire qui consacre l'accord des parties relève de la procédure gracieuse. Or, les décisions gracieuses constituent des actes juridictionnels. Donc, comme tout acte juridictionnel, la décision d'homologation qui consacre l'accord des parties portant sur le traitement de leur conflit d'intérêts bénéficie d'une autorité de chose jugée. Pour mieux saisir ce raisonnement, il convient d'approfondir les différentes étapes qui le composent.

Tout d'abord, on considère que l'homologation relève de la procédure gracieuse parce qu'il ressort de l'article 25 du CPC que « le juge statue en matière gracieuse lorsqu'en l'absence de litige il est saisi d'une demande dont la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant, qu'elle soit soumise à son contrôle ». Deux conditions sont donc exigées par ce texte : l'absence de litige et la nécessité d'un contrôle du juge<sup>1</sup>.

L'absence de litige vise l'absence de désaccord de volonté relatif à un objet. En matière d'homologation, lorsque les parties soumettent au juge un accord, il n'y a pas entre elles d'opposition actuelle de prétention. Si un conflit a pu être latent ou effectif, il n'existe plus avec la survenance de l'accord de sorte que le juge n'a à trancher aucune contestation, mais aura seulement pour mission de contrôler la conformité au droit de l'accord, parce que la loi exige, en raison de la nature de l'affaire ou de la qualité du requérant un tel contrôle. D'ailleurs, « il est généralement admis que la nature de l'affaire vise les matières qui touchent à l'ordre public où les parties n'ont donc pas la libre disposition de leurs droits. (...) Quant à la qualité du requérant, elle vise les matières où l'état de supériorité du ou des requérant(s) risque de léser autrui et nécessite donc le contrôle du juge »<sup>2</sup>. Au regard de ces précisions, il ne fait aucun doute qu'en matière extrapatrimoniale, lorsque les parties recourent à la gestion

<sup>1</sup> Sur ces deux conditions, voir par exemple, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, p. 127 et s. - L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, p. 87 et s. - J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso, 2015, p. 262 et s.

<sup>2</sup> S. GUNICHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, 2014, p. 837, n° 322-21.

consensuelle, l'homologation constitue, en principe, un élément indispensable à la validité du processus<sup>1</sup>, car la nécessité de protéger les intérêts d'une des parties ou le caractère fortement d'ordre public de la matière nécessite que la volonté privée ne suffise pas à elle-même. Le fait que l'homologation en matière familiale relève de la matière gracieuse ne fait pas de doute d'autant plus que le législateur vient dans certains domaines apporter cette précision. Tel est par exemple le cas en matière de divorce par consentement mutuel (art. 1088 du CPC), en matière de changement conventionnel de régime matrimonial (art. 1301 du CPC), en matière d'homologation d'un accord issu d'une conciliation déléguée (art. 131 du CPC), en matière d'homologation d'un accord issu d'une médiation (art. 131-12 du CPC). S'il est alors acquis que l'homologation relève de la matière gracieuse, il convient d'en déduire que l'acte d'homologation est un acte juridictionnel, parce que les décisions gracieuses constituent des actes juridictionnels.

En effet, même si la nature juridictionnelle des décisions gracieuses a pu être l'objet de controverses, il est aujourd'hui admis par la doctrine dominante<sup>2</sup>, qui retient une définition large de l'acte juridictionnel<sup>3</sup>, que les décisions gracieuses constituent également des actes juridictionnels<sup>4</sup>. On serait donc en présence d'une activité juridictionnelle lorsque le juge vient, dans une situation qui lui est soumise, lever un obstacle à l'application de la règle de droit. En matière contentieuse, cet obstacle est créé par la résistance d'une partie, tandis qu'en matière gracieuse, c'est la loi elle-même qui constitue un tel obstacle puisqu'elle interdit aux parties de conclure un accord sans le soumettre au contrôle du juge<sup>5</sup>. Partant, l'homologation en matière familiale constitue bien un acte juridictionnel, puisque le juge vient exercer un contrôle de légalité et d'opportunité nécessaire à la validité du traitement consensuel. Le juge dit le droit au regard de l'accord qui lui est soumis. Il refusera par exemple l'homologation lorsqu'il lui apparaît que l'accord ne préserve pas l'intérêt de l'enfant, l'intérêt de la famille, l'intérêt d'un des parents, l'intérêt d'un époux.

Ensuite, il faudrait déduire de la nature juridictionnelle des décisions gracieuses, le fait qu'elles aussi bénéficient de l'autorité de chose jugée<sup>6</sup> qui est un attribut des actes

<sup>1</sup> B. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, Mélanges J. HAUSER, *op. cit.*, p. 375.

<sup>2</sup> Voir par exemple, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, op. cit.*, p. 128, n° 223. - L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 87, n° 99. - J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, p. 271 et s, spéc. n° 334. - G. WIEDERKEHR, « L'évolution de la justice gracieuse », in, *Mélanges Pierre DRAI*, Dalloz, 2010, p. 483 et s., spéc. p. 486.

<sup>3</sup> Voir par exemple le convaincant plaidoyer du professeur V. ÉGÉA pour une acception large de la notion d'acte juridictionnel. V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, *op. cit.*, p. 178 et s.

<sup>4</sup> On peut définir l'acte juridictionnel comme « l'acte par lequel un organe respectant des qualités et des règles procédurales déterminées, dit le droit, exerce sur la situation qui lui est soumise un contrôle de conformité au droit ». S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, op. cit.*, p. 135.

<sup>5</sup> J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 334.

<sup>6</sup> V. ÉGÉA, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille, op. cit.*, p. 188 et s.

juridictionnels. Ainsi, ce qui a fait l'objet d'une vérification juridictionnelle ne pourra plus être remis en cause autrement que par l'exercice des voies de recours prévues à cet effet. Pour ce qui est de l'homologation en matière familiale, la vérification réalisée par le juge porte sur la réalité du consentement à l'accord, la conformité à l'ordre public et l'opportunité de l'accord au regard de la situation des parties. Ce qui devrait conduire à rejeter les actions en nullité portant sur un vice du consentement, les actions en nullité pour contrariété à l'ordre public ou pour non-satisfaction des conditions requises pour l'homologation comme la conformité de l'accord à l'intérêt de la famille dans le cadre d'un changement de régime matrimonial (art. 1397 du C. civ.). Mais, comme il a été souligné plus haut, la pratique montre que dans certaines matières, le caractère composite de l'accord homologué persiste et que la convention peut faire l'objet d'actions en nullité. Est-ce alors suffisant pour conclure en une précarité regrettable des traitements consensuels homologués ?

**234. Le maintien d'une précarité du traitement homologué pour cause d'équité, compatible avec l'exigence de sécurité du traitement.** — Permettre par exemple en matière de changement conventionnel de régime matrimonial les recours en nullité contre la convention des parties n'est pas en soi incompatible avec le besoin de sécurité juridique du traitement des conflits d'intérêts. En effet, s'il est nécessaire, par souci de sécurité, de conférer une permanence au traitement consensuel des conflits d'intérêts en évitant la multiplication des occasions de remise en cause, il demeure toutefois utile d'un point de vue pratique de prévoir quelques exceptions.

Ainsi, l'équité justifie qu'il soit permis à la partie dont le consentement à l'accord a été surpris par fraude de pouvoir exercer après le jugement d'homologation, une action en nullité de la convention pour vice de consentement. L'auteur de la fraude n'a donc pas un intérêt légitime à la stabilité du traitement consensuel tant que l'action en nullité de la victime n'est pas prescrite (art. 2224 du C. civ.). La partie qui se rend coupable d'une fraude, insuffle elle-même par son comportement, une précarité au traitement consensuel. Sa victime peut alors, décider de renoncer à la stabilité du traitement consensuel en poursuivant la nullité de l'accord, ou décider de confirmer cette stabilité en renonçant à l'exercice de l'action en nullité. On en conclut que le maintien de la nature hybride des traitements consensuels homologués ne constitue pas nécessairement un obstacle à la sécurité juridique. D'ailleurs, le législateur imprime lui-même un caractère révisable à certaines mesures, comme celles relatives à l'autorité parentale (art. 373-2-13 du C. civ.), y compris lorsqu'elles sont contenues dans un jugement contentieux. Dans de telles situations, l'adaptabilité du traitement justifiée soit par des raisons d'équité, soit par le souci de protection de certains intérêts comme celui de l'enfant, est privilégiée à l'immutabilité. Néanmoins, la stabilité du traitement n'est pas pour

autant sacrifiée, puisque le principe demeure la pérennité du traitement et la remise en cause, l'exception.

En définitive, il convient de retenir que les traitements consensuels homologués ne sont pas plus précaires que les traitements contentieux. Tout d'abord, il faut souligner qu'il arrive même qu'en fonction des domaines, la pérennité des traitements consensuels soit mieux assurée qu'en matière contentieuse, comme c'est le cas en matière de divorce par consentement mutuel prononcé par le juge<sup>1</sup>. Ensuite, il faut souligner que le jugement homologué bénéficie d'une autorité de la chose jugée comme le jugement contentieux ; même lorsque le droit positif décide d'offrir aux parties la possibilité de remettre en cause les accords par voie de nullité, cette précarité apparaît comme une sanction d'un comportement défectueux et non comme le signe d'une dévalorisation ou d'une infériorité de la gestion consensuelle par rapport à la gestion contentieuse classique. Enfin, il faut souligner qu'en raison de l'objet du traitement, une certaine précarité demeure, peu importe qu'il s'agisse d'un traitement imposé ou négocié ; tel est le cas des mesures relatives à l'autorité parentale auxquelles le législateur imprime un caractère révisable (art. 373-2-13 du C. civ.). Ce qui tend à valider l'idée selon laquelle la stabilité des traitements ne doit pas confiner à l'immutabilité surtout lorsque ces traitements ne sont plus adaptés à la situation des parties.

Au terme de cette section, le recours aux modes consensuels de gestion des différends apparaît comme un remède crédible à l'incertitude juridique dont les réponses juridictionnelles aux conflits d'intérêts sont empreintes. En effet, il a été souligné, d'une part, qu'en permettant aux parties de trancher elles-mêmes les conflits qui les opposent ou en préparant le terrain à un traitement juridictionnel, les modes consensuels de gestion des conflits offrent à celles-ci une maîtrise du processus décisionnel de traitement, voire du traitement lui-même. D'autre part, il a été constaté que malgré la diversité des réponses du droit positif en ce qui concerne la stabilité des traitements négociés, ces derniers ne sont pas plus précaires que les traitements imposés de sorte qu'on ne peut utilement objecter leur précarité pour contester l'aptitude des modes consensuels de gestion des conflits d'intérêts à participer à l'amélioration de la prévisibilité du traitement des conflits d'intérêts.

---

<sup>1</sup> Voir par exemple en matière de divorce par consentement mutuel où la tierce opposition des créanciers contre le jugement d'homologation est, contrairement au délai trentenaire de droit commun (art. 586 al. 1 du CPC), enfermée dans un bref délai d'un an suivant la mention de la décision de divorce en marge des actes d'état civil des époux (art. 1104 du CPC).

## CONCLUSION DU CHAPITRE

235. En fin de compte, on peut se demander à la suite d'un éminent auteur ce qu'il faudrait « attendre, en définitive, des modes dits alternatifs de règlement des conflits. Une autre société ? Un revirement des mentalités ? Une autre justice ? (...) »<sup>1</sup>. Un peu de tout cela aurait-on envie de répondre à l'issue de ce chapitre. En effet, le législateur, pour en finir avec « le spectre de la société contentieuse »<sup>2</sup>, a entendu impulser à travers le développement des modes consensuels de gestion des conflits, un changement des mentalités. Il s'agit de faire intégrer aux justiciables l'idée selon laquelle les tribunaux ne constitueraient plus la voie naturelle de résolution d'un conflit, mais un ultime recours en cas d'échec de la voie consensuelle. La justice contemporaine se veut donc consensuelle et exceptionnellement imposée. Ce constat a alors conduit à une interrogation portant sur les implications de la justice consensuelle dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. Plus précisément, la préoccupation principale consistait à vérifier si contrairement à la justice imposée, la justice consensuelle telle qu'elle est accessible aujourd'hui en droit positif est apte à prémunir les litigants contre l'incertitude juridique en matière de traitement des conflits d'intérêts.

Pour répondre à cette interrogation, il a fallu dans un premier temps démontrer que les processus de gestion consensuelle des conflits étaient mobilisables en droit extrapatrimonial de la famille. En effet, même si la matière est largement d'ordre public, on a pu faire remarquer que toutes les règles placées au-dessus de la volonté des parties ne constituaient pas un obstacle dirimant au traitement négocié des conflits d'intérêts. Excepté les règles qui participent à la délimitation d'un cadre au phénomène familial, il a été souligné que rien n'empêche le recours à la gestion consensuelle en matière extrapatrimoniale du moment qu'il est imposé aux parties, pour parfaire leur accord, un contrôle judiciaire de celui-ci. Le juge par son intervention devra vérifier que l'accord des parties ne porte pas atteinte aux intérêts que le législateur a voulu protéger à travers les règles d'ordre public.

À la suite de cette proposition tendant à généraliser en droit extrapatrimonial de la famille un traitement consensuel des conflits d'intérêts sous contrôle judiciaire, il a été question, toujours dans le cadre des réflexions portant sur la possibilité d'un recours aux modes consensuels de gestion, de souligner en la matière l'importance du moment auquel les parties souhaitent

---

<sup>1</sup> G. CORNU, *Les modes alternatifs de règlement des conflits : rapport de synthèse*, RIDC 1997, n° 2, p. 313 et s. spéc. p. 322.

<sup>2</sup> L. CADIET, « Le spectre de la société contentieuse », in *Mélanges G. CORNU*, PUF, 1994, p. 29 et s.

procéder à la gestion consensuelle. Deux principales interrogations ont alors été mises au cœur de nos réflexions.

La première consistait à se demander si le traitement consensuel était possible lorsque le conflit d'intérêts a fait l'objet d'un traitement juridictionnel. En réponse à cette question, il a été souligné que si l'autorité de la chose jugée s'opposait en principe à une telle gestion consensuelle, qu'il demeurait néanmoins possible, lorsque le législateur a prévu une révision du traitement juridictionnel en cas de survenance de circonstances nouvelles, que le conflit d'intérêts ayant déjà été jugé puisse faire l'objet d'une gestion consensuelle.

La seconde consistait à se demander si le traitement consensuel était possible lorsque le conflit d'intérêts n'était pas encore né. En réponse à cette question, il a été souligné que si les clauses de gestion consensuelle pouvaient valablement porter sur des conflits d'intérêts futurs, qu'il était en revanche douteux d'admettre que les parties puissent par accord arrêter avant la naissance du conflit sa solution. Toutefois, reprenant la distinction ordre public structurel et ordre public fonctionnel, il a été proposé qu'exception faite des domaines relevant de l'ordre public structurel, de reconnaître la validité du traitement substantiel d'un futur conflictuel sous la double condition de la confirmation de ce traitement par les parties au moment de la survenance du conflit, et de contrôle judiciaire portant sur la teneur de ce traitement.

Au terme de ces développements ayant permis de démontrer la possibilité d'un recours à la gestion consensuelle des conflits d'intérêts en droit de la famille, il a été question dans un second temps d'évaluer l'aptitude de la gestion consensuelle à constituer un remède à l'incertitude de la gestion juridictionnelle des conflits d'intérêts en droit de la famille. Pour ce faire, il fallait déterminer si le recours aux modes consensuels de gestion des conflits d'intérêts permettait d'assurer une meilleure prévisibilité et une meilleure stabilité du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

En ce qui concerne la prévisibilité du traitement, il a été constaté, d'une part, qu'en offrant aux parties l'opportunité de participer à l'élaboration de la solution qui sera appliquée à leur conflit et que, d'autre part, le droit en permettant, à ces mêmes parties, en cas d'échec de la gestion consensuelle d'accélérer la procédure judiciaire, la justice consensuelle ne pouvait que constituer un remède à l'incertitude juridique du traitement des conflits d'intérêts.

En ce qui concerne la stabilité du traitement consensuel, il a été constaté qu'en dépit de l'hétérogénéité des réponses du droit positif en la matière, les traitements négociés, en raison de l'homologation judiciaire que nous souhaitons obligatoire, bénéficient d'une autorité de la chose jugée. Même si l'homologation pouvait, comme en matière de changement de régime matrimonial, laisser subsister l'origine conventionnelle du traitement permettant ainsi la remise en cause de la convention par le biais des actions en nullité, il a été souligné que cette multiplication des possibilités de contestation du traitement négocié n'était pas en soi incompatible avec l'exigence de sécurité juridique. En effet, à quoi bon rendre immuable un

traitement qui n'est plus adapté à la situation des parties ? On prend alors conscience que ce qui apparaissait comme un défaut sur le plan de la stabilité du traitement négocié se révèle être un atout pour l'effectivité dudit traitement.

En définitive, en permettant aux parties d'avoir une maîtrise sur le processus de traitement, il est permis de voir dans le phénomène contemporain d'incitation à la gestion consensuelle, un moyen permettant aux litigants d'échapper à l'incertitude des traitements juridictionnels des conflits d'intérêts, y compris en matière extrapatrimoniale. Précisons tout de même qu'un tel moyen ne sera fiable que si le traitement négocié bénéficie d'une homologation judiciaire.

Néanmoins, parce que, d'une part, le recours à la gestion consensuelle n'est pas toujours souhaitable comme en présence de violences familiales, et parce que, d'autre part, la réalisation d'un processus de gestion consensuelle n'aboutit pas toujours à un traitement négocié, il convient dans l'optique de trouver des remèdes à l'incertitude juridique prégnante dans le traitement des conflits d'intérêts, de réfléchir aux moyens permettant, cette fois, de rendre plus prévisibles et plus stables les traitements juridictionnels des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

## CHAPITRE II : LA RATIONALISATION DE LA GESTION JURIDICTIONNELLE

« Tous les rapports sociaux engendrent des luttes et des conflits, et ces conflits d'intérêts, souvent aigus, loin de s'apaiser spontanément par des actes réciproques d'abnégation, par des concessions mutuelles, ne peuvent se résoudre que par l'intermédiaire d'une autorité qui s'impose (...). Cette autorité a varié : jadis elle fut la force brutale, aujourd'hui ce sont les jugements des tribunaux »<sup>1</sup>.

**236.** À propos de la régulation des conflits d'intérêts en droit de la famille, il faut avoir à l'esprit qu'en cas d'impossibilité à recourir à la gestion consensuelle ou en cas d'échec de la voie consensuelle, la fonction juridictionnelle classique doit prendre le relais. Or, on a pu souligner<sup>2</sup> que l'issue du processus de traitement de ces conflits, en raison de la place prépondérante octroyée au juge dans la mise en œuvre des règles de conflit<sup>3</sup>, est difficile à prévoir ; ce qui engendre une incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts. Dès lors, rendre moins incertain le traitement juridictionnel de ces conflits passe nécessairement par une tentative de rationalisation du processus décisionnel.

À ce propos, il convient de souligner que la volonté de rationaliser le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts n'est pas totalement étrangère au législateur qui essaye de temps en temps, par le biais de la norme juridique d'établir une hiérarchie entre les intérêts familiaux. Pour ce faire, il recourt à des techniques permettant de rationaliser l'action en justice ou les différentes prérogatives en jeu, offrant ainsi à chacun la possibilité d'être en mesure de connaître la valeur attribuée par le droit à son intérêt et d'établir une comparaison avec celle reconnue à l'intérêt concurrent. L'issue du conflit d'intérêts est alors rendue moins incertaine puisqu'il n'est plus laissé au juge, le soin de déterminer un ordre de grandeur entre les intérêts conflictuels. Le législateur donne, pour ainsi dire, un tour mécanique au traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

Toutefois, parce que cette hiérarchie des intérêts familiaux qui découle de l'arsenal juridique est susceptible d'être écartée par les parties, il convient de ne pas exagérer l'apport des

---

<sup>1</sup> E. LAMBERT, *La fonction du droit civil comparé*, t. 1, Paris, 1903, p. 138.

<sup>2</sup> Voir *supra* n°55

<sup>3</sup> Une telle remarque repose sur l'observation suivant laquelle, le législateur laisse de plus en plus au juge le soin de rendre opérationnels les critères de décision.

techniques législatives de hiérarchisation des intérêts familiaux en matière de rationalisation des traitements juridictionnels.

Au regard de ces constatations, le présent Chapitre aura pour ambition de démontrer que malgré l'existence de techniques juridiques pouvant aider à la rationalisation du traitement juridictionnel des conflits d'intérêts (Section I), un tel traitement ne reste pas moins incertain en raison de la possibilité offerte aux individus d'annihiler l'efficacité de ces techniques de rationalisation (Section II).

## **SECTION I : L'IDENTIFICATION DES TECHNIQUES LÉGISLATIVES DE RATIONALISATION**

**237.** Par « technique de rationalisation », seront visés dans la présente étude les procédés permettant de restaurer une certaine visibilité dans le traitement des conflits d'intérêts de manière à atténuer le sentiment de désordre qui prévaut en la matière.

Ces techniques de rationalisation renvoient en réalité à des règles processuelles (§-1) ou substantielles (§-2) qui, en dessinant en creux une hiérarchie des intérêts familiaux, permettent de donner un tour mécanique au processus décisionnel et par conséquent réduisent l'aléa dans le traitement des conflits d'intérêts. Par exemple, les règles processuelles qui ont pour finalité la limitation de l'accès au traitement juridictionnel des conflits d'intérêts, empêchent un affrontement anarchique entre intérêts rivaux dans la sphère juridique, et indirectement permettent d'afficher une défaveur à l'endroit de certains porteurs d'intérêts. De même, les règles substantielles, en agissant sur le fond du droit par le jeu d'interdits et de faveurs, permettent de dessiner une hiérarchie entre les intérêts autorisés à s'affronter sur la scène juridique.

### **§-1 : LES TECHNIQUES PROCESSUELLES DE HIÉRARCHISATION DES INTÉRÊTS FAMILIAUX**

**238.** Sachant que le droit d'agir en justice n'est pas un droit absolu, l'une des manières simples de restaurer une certaine visibilité dans le traitement des conflits d'intérêts serait de départager d'emblée les porteurs d'intérêts antagonistes en empêchant l'un de pouvoir solliciter en justice la réalisation de son intérêt et du même coup, exiger la limitation de celui de son adversaire.

En effet, puisque « les portes du prétoire ne s'ouvrent au plaideur que s'il répond à diverses conditions »<sup>1</sup>, ces dernières opèrent alors comme un filtre à l'action en justice. Si elles font défaut, le juge opposera une fin de non-recevoir à la demande<sup>2</sup>. La fin de non-recevoir apparaît ainsi comme une technique processuelle permettant au juge de hiérarchiser les intérêts antagonistes dans une configuration conflictuelle donnée, sans procéder à l'examen au fond des différentes prétentions.

Dans les lignes à venir, il sera question de procéder à l'analyse des fins de non-recevoir en fonction de leurs finalités qui consistent à sanctionner, soit l'absence des conditions subjectives<sup>3</sup> (A), soit l'absence des conditions objectives<sup>4</sup> du droit d'agir en justice<sup>5</sup> (B).

Toutefois, il convient de préciser qu'il ne sera pas question de réaliser une étude approfondie de ces conditions objectives et subjectives, mais plutôt d'établir que la fin de non-recevoir qui sanctionne leur absence, permet indirectement de hiérarchiser les intérêts familiaux et de rendre prévisible en cas de conflit, l'arbitrage entre intérêts rivaux.

## A — L'EXIGENCE DE CONDITIONS SUBJECTIVES DE RECEVABILITÉ DE L'ACTION

**239.** Pour qu'une demande en justice puisse être examinée au fond, le Code de procédure civile pose à l'article 31 deux conditions subjectives de recevabilité de l'action à savoir l'intérêt à agir (1) et la qualité à agir (2).

### 1) L'exigence d'un intérêt à agir

**240.** Même si la notion d'intérêt à agir n'a pas fait l'objet d'une acception législative, la doctrine la définit comme étant l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur<sup>6</sup>. Cet avantage peut être patrimonial ou extrapatrimonial, pécuniaire ou moral<sup>7</sup>. En d'autres termes, l'intérêt à agir existe dès que « la demande formée est susceptible de modifier, en l'améliorant, la condition juridique du demandeur »<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, p. 127.

<sup>2</sup> D'ailleurs, l'article 122 du CPC définit la fin de non-recevoir comme « tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ».

<sup>3</sup> Subjectives parce que ces conditions sont relatives à la personne du justiciable.

<sup>4</sup> Objectives parce que ces conditions sont relatives à l'objet du litige.

<sup>5</sup> Il s'agit là d'une subdivision classique des conditions d'existence du droit d'agir en justice qu'on retrouve dans la plupart des manuels de procédure civile. Voir par exemple, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 39 et s. - S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, p. 128.

<sup>6</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V<sup>o</sup> Intérêt.

<sup>7</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2009, p. 237. - S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, PUF, 2014, p. 130.

<sup>8</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 40, n<sup>o</sup> 18.

Ainsi, dans le cadre d'une procédure de divorce par exemple, l'épouse qui a obtenu en première instance entière satisfaction de ses demandes et notamment l'octroi d'une prestation compensatoire, justifie d'un intérêt à agir rendant son appel recevable dès lors que postérieurement aux débats, des éléments ont révélé que le mari avait perçu des revenus d'un montant supérieur à celui qu'il avait mentionné dans son attestation sur l'honneur<sup>1</sup>.

Toutefois, il convient de souligner que si l'on se satisfait de cette acception large qui consiste à faire de l'intérêt à agir l'avantage matériel ou moral susceptible d'être obtenu par le demandeur à supposer sa prétention déclarée bien fondée, la satisfaction de cette condition d'existence de l'action sera toujours admise, car on relèvera toujours que le plaideur a un intérêt au moins moral à faire respecter la loi, son droit, ou simplement de gagner un procès<sup>2</sup>. D'où la nécessité de mieux circonscrire la notion d'intérêt à agir à travers ses caractères. Dans cette optique, il ne suffirait plus d'établir que l'action est susceptible d'améliorer la situation juridique de celui qui l'intente pour justifier d'un intérêt à agir. Il faut également établir que celui qui l'intente a un intérêt né et actuel, un intérêt personnel et direct, et un intérêt légitime à agir.

Tout d'abord, le caractère né et actuel de l'intérêt signifie que l'intérêt défendu ne doit pas être hypothétique ni passé. En d'autres termes, l'intérêt est né lorsque le litige existe<sup>3</sup>. Il est actuel, lorsque le résultat réclamé n'a pas encore été obtenu et que la volonté de le réclamer n'a pas disparu. L'exigence d'un intérêt né et actuel vise en principe à interdire l'action en défense d'un intérêt passé, mais aussi les actions préventives. Rappelons toutefois qu'il existe de nombreuses exceptions à l'irrecevabilité des actions préventives<sup>4</sup>.

Ensuite, l'exigence du caractère personnel et direct signifie qu'une personne ne peut agir en justice que dans la mesure où la violation du droit l'atteint dans ses intérêts propres — caractère personnel —, et lorsque le résultat de l'action lui profitera personnellement ou du moins améliorera immédiatement sa situation juridique<sup>5</sup>, même s'il n'en est pas le premier destinataire — caractère direct —. À propos du caractère direct, soulignons qu'il existe du

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 2011, n° 10-19839, D. 2012, p. 1033, obs. M. DOUCHY-LOUDOT, RTD civ. 2012, p. 101, obs. J. HAUSER.

<sup>2</sup> R. PERROT, *Institutions judiciaires*, 3<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1989, n° 521 « le citoyen animé d'un zèle civique aigu peut lui aussi trouver un intérêt à ce que la loi soit respectée, même si elle ne le concerne pas directement ». - Rapprocher, H. MAZEAUD, *La lésion d'un « intérêt légitime juridiquement protégé », condition de la responsabilité civile*, D. 1954, chron. VIII, p. 39, spéc. p. 41 : « seul un dément intente un procès sans y avoir avantage » ; J. CARBONNIER, « Vers le degré zéro du droit ; de minimis... », in, *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2001, p. 74, spéc. p. 79 « les sacrifices d'argent, de temps, de tranquillité qu'ils ont dû accepter pour arriver jusqu'au prétoire témoignent assez de l'ardeur de leur intérêt. Toute action exercée devrait emporter avec elle la présomption d'un intérêt à agir (...) ».

<sup>3</sup> L'existence de l'intérêt s'apprécie au jour de l'introduction de la demande en justice. Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 mars 2010, n° 08-13500 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 févr. 2003, n° 01-03272.

<sup>4</sup> Voir par exemple, S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, op. cit., p. 42. - S. AMRANI MEKKI, Y. STRICKLER, *Procédure civile*, op. cit., p. 134 et s.

<sup>5</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, op. cit., p. 241.

moment où le demandeur est « concerné par l'issue du litige, dans le champ proche de ses conséquences »<sup>1</sup>.

Enfin, le caractère légitime de l'intérêt permet au juge de contrôler la moralité ainsi que la licéité de la situation du demandeur. Il permet également au juge d'exercer un contrôle sur l'opportunité du résultat escompté.

Pour illustrer l'appréciation du caractère légitime de l'intérêt en termes de contrôle de la moralité, il faut rappeler que, parce que la vie en concubinage, en raison des mœurs en vigueur à une certaine époque était jugée immorale, la demande de réparation d'une concubine contre le responsable du décès accidentel de son compagnon était, jusqu'au célèbre arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 27 févr. 1970<sup>2</sup>, déclarée irrecevable pour défaut d'intérêt légitime.

En ce qui concerne l'appréciation du caractère légitime de l'intérêt en termes de contrôle de l'opportunité du résultat réclamé, il convient de signaler que l'article 60 du C. civ. qui exige pour le changement de prénom de justifier d'un intérêt légitime s'inscrit dans cette logique. De façon générale, il faut souligner que dans l'exercice de ce contrôle d'opportunité, le caractère insignifiant ou l'importance de l'avantage réclamé entre souvent en ligne de compte. Par exemple, il a été jugé que ne constitue pas un intérêt légitime au changement de prénom, l'adjonction de diminutifs ou la modification pour un diminutif utilisé dans la vie courante<sup>3</sup>.

En fin de compte, pour qu'une partie puisse exiger du juge la réalisation de son intérêt au détriment de ceux d'autrui, il est indispensable qu'elle justifie d'un intérêt à agir. Cependant, en raison de la particularité des conflits familiaux, il peut arriver que l'existence d'un intérêt à agir ne suffise pas à faire exister l'action. Tel est le cas lorsqu'une qualité à agir est exigée par le législateur pour l'exercice de l'action en justice.

## 2) L'exigence d'une qualité pour agir

**241. La notion de qualité pour agir.** — Quand on parle de qualité pour agir, on vise « le titre qui confère le droit d'agir en l'absence d'intérêt à agir, ou lorsque ce dernier ne suffit pas à attribuer ce droit »<sup>4</sup>. En effet, s'il peut paraître juste que soit permis à toute personne dont la situation peut être affectée par l'application d'une règle de droit de former une demande, il est toutefois souhaitable que le législateur exclut ceux dont l'action ne lui apparaît pas opportune ; en faisant cela, le législateur restreint le droit d'agir.

À l'inverse, il peut arriver de manière exceptionnelle que le législateur juge opportun qu'une personne dont la situation n'est pas *a priori* affectée par l'application d'une règle de droit

<sup>1</sup> G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 1996, n° 78.

<sup>2</sup> Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, JCP (G) 1970, II, 16305, concl. LINDON, note PARLANGE ; JCP (G) 1971, I, 2390, note. J. VIDAL ; D. 1970, chron. p. 145, note N. GOMAA.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 févr. 1996, RTD civ. 1996, p. 356 obs. J. HAUSER.

<sup>4</sup> B. GABORIAU, *L'action collective en droit processuel français*, th. dactyl. Paris II, 1996, n° 185.

puisse former une demande en justice ; en faisant cela, le législateur élargit le droit d'agir puisqu'il l'ouvre à des personnes qui sans son intervention n'auraient pas pu agir. Tel est par exemple le cas du ministère public qui a qualité à agir en défense de l'intérêt général ou des entités juridiques admises à défendre un intérêt collectif. En d'autres termes, il convient de souligner que l'exigence d'une qualité pour agir permet au législateur, soit de restreindre le droit d'agir en sélectionnant au sein des personnes disposant d'un intérêt personnel à agir, celles admises à exercer l'action en justice, soit d'élargir le droit d'agir en l'ouvrant à des personnes ne disposant pas d'un intérêt personnel à agir. Lorsque cette qualité pour agir fait défaut, le demandeur se verra opposer une fin de non-recevoir sans un examen du fond de sa demande ; on restreint pour ainsi dire son droit à solliciter un traitement juridictionnel. D'ailleurs, on trouve de nombreuses illustrations d'une telle restriction du droit de solliciter un traitement juridictionnel du conflit en matière familiale par le truchement des actions attitrées.

**242. Les actions attitrées en droit de la famille.** — Il arrive que la loi réserve expressément l'action à des personnes déterminées parmi celles ayant un intérêt à élever ou à combattre une prétention (art. 31 du CPC). Ces titulaires du droit d'agir sont alors limitativement énumérés par la loi en référence à un statut ou à une situation ; en d'autres termes, la loi leur accorde le privilège d'agir en raison de leur qualité<sup>1</sup>. Dans de telles hypothèses, puisque l'action est réservée à des sujets bien définis, on parle d'action attitrée par opposition aux actions banales<sup>2</sup> pour lesquelles l'existence d'un simple intérêt à agir suffit<sup>3</sup>.

D'ailleurs, il convient de souligner que la matière familiale constitue le terrain d'élection des actions attitrées. En effet, dans cette matière, puisqu'« on ne saurait permettre à tout un chacun de venir fouiller à sa guise dans l'intimité des familles »<sup>4</sup>, d'une part, et, d'autre part, puisqu'on ne saurait, même au sein du cercle familial, permettre à tout membre de la famille de venir fouiller à sa guise l'intimité personnelle de quelques autres, le législateur a ressenti le besoin de protéger certaines situations familiales en réservant leur remise en cause à des personnes nommément désignées.

<sup>1</sup> Pour H. MOTULSKY, la qualité pour agir comme condition d'existence de l'action vise à réserver l'action à une « personne habilitée par l'ordre juridique à déclencher l'effet juridique de la règle mis en jeu ». H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey 1948, n° 40, p. 40.

Rappr. M. ABDEL-KHALEK OMAR, *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*, LGDJ, 1967, p. 156 : « la qualité est l'appartenance du pouvoir d'agir à une certaine personne par rapport à une certaine contestation ».

<sup>2</sup> Cette opposition entre action attitrée et action banale a été l'œuvre des professeurs CORNU et FOYER. G. CORNU, J. FOYER, *Procédure civile*, 3<sup>e</sup> éd., PUF, 1996, n° 77.

<sup>3</sup> En principe, la qualité à agir découle de l'existence même d'un intérêt personnel à agir.

<sup>4</sup> J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, Lextenso, 2015, p. 69.

Tel est le cas de l'action en nullité du mariage pour vice du consentement qui est une action attitrée, réservée à l'époux dont le consentement a été vicié<sup>1</sup> ou au ministère public lorsque le consentement à mariage d'un des époux a été obtenu par violence<sup>2</sup> (art. 180, 181 du C. civ). De même, si le mariage d'un mineur est célébré sans le consentement des père et mère, des ascendants ou du conseil de famille, sa nullité peut être poursuivie uniquement par les personnes dont le consentement est requis ou par l'époux qui avait besoin d'un consentement pour se marier (art. 182 du C. civ).

Tel est encore le cas, en matière de divorce où l'action en divorce est réservée aux époux<sup>3</sup> (art. art. 230, 233, 237, 242), en matière de protection juridique des majeurs où les mesures de protection ne peuvent être demandées que par certaines personnes énumérées à l'article 430 du C. civ., en matière d'adoption où la demande de restitution d'un enfant placé en vue de l'adoption ne peut être sollicitée que par les seuls père et mère qui possèdent en commun l'autorité parentale<sup>4</sup> (art. 351 al.3 du C. civ), mais aussi en matière de subsides où l'action à fins de subsides est réservée à l'enfant ou à sa mère pendant sa minorité (art. 342).

Tel est surtout le cas en matière de filiation qui constitue en droit de la famille le principal bastion des actions attitrées. Par exemple, l'action en recherche de maternité (art. 325 du C. civ), de paternité (art. 327 du C. civ.) est une action réservée à l'enfant ou durant sa minorité au parent à l'égard duquel la filiation est établie (art. 328 du C. civ.). De même, l'action en rétablissement des effets de la présomption de paternité est réservée à l'enfant ou à chacun des époux durant la minorité de celui-ci (art. 329 du C. civ.). L'article 322 du C. civ. reconnaît également aux héritiers d'une personne habilitée à exercer une action relative à la filiation, une qualité pour agir uniquement en cas de décès de leur auteur<sup>5</sup> (art. 322 C. civ.). Enfin, soulignons que l'article 333 du même Code réserve à l'enfant, à ses père et mère, à la personne qui se prétend le véritable parent ou au ministère public, la possibilité de contester en justice une filiation établie par titre et corroborée par une possession d'état.

Il apparaît alors que le défaut d'intérêt à agir ou l'absence de qualité à agir parce qu'ils réglementent l'action en justice peuvent également participer à une remise en ordre du traitement des conflits d'intérêts en évitant que l'antagonisme des intérêts ne dégénère systématiquement en litige. Toutefois, parce que l'intérêt à agir ou la qualité à agir n'épuisent

<sup>1</sup> Il s'agit d'une action exclusivement attachée à la personne des époux et qui s'éteint à leur décès. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 juill. 1995, D. 1996, p. 233, note F. BOULANGER ; RTD civ 1995, p. 866, obs. J. HAUSER.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens, *Droit de la famille*, Mémento pratique Francis Lefebvre, 2014, n° 346.

<sup>3</sup> Par exemple, bien qu'un parent puisse avoir un intérêt à agir pour obtenir le divorce de son fils d'avec sa bru, parce qu'il n'en a pas qualité, son intérêt aussi important soit-il se retrouve processuellement annihilé.

<sup>4</sup> CA Paris, 16 févr. 1972, D. 1972, p. 449. Note FERGANI.

<sup>5</sup> La Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 2 avril 2014 que la notion d'héritier au sens de l'article 322 désignait exclusivement les héritiers *ab intestat*. Ainsi, la légataire universelle du titulaire de l'action en contestation de paternité ne peut exercer une telle action, faute de qualité à agir. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, Dalloz actualité 02 mai 2014, note T. DOUVILLE ; RTD civ 2014, p. 353, obs. J. HAUSER ; D. 2014, p. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

pas totalement la liste des causes d'irrecevabilité de l'action visée à l'article 122 du CPC, il convient de poursuivre l'analyse relative à la limitation de l'action en justice.

## **B — L'EXIGENCE DE CONDITIONS OBJECTIVES DE RECEVABILITÉ DE L'ACTION**

**243.** Pour limiter l'accès au traitement juridictionnel des conflits d'intérêts, il existe des causes objectives d'irrecevabilité qui constituent soit de simples transpositions à la matière familiale du droit commun processuel (1), soit des exigences spécifiques au droit de la famille (2).

### **1) Les causes objectives de recevabilité transposées au droit de la famille**

**244.** Excepté l'intérêt à agir et la qualité à agir qui constituent des causes subjectives d'irrecevabilité, l'article 122 du CPC envisage également comme causes d'irrecevabilité, la chose jugée (a) et le non-respect du temps imparti à l'action (b).

#### **a) La chose jugée**

**245. L'autorité de la chose jugée, une garantie de stabilité du traitement des conflits d'intérêts.** — Pour « éviter que la même situation litigieuse ne donne lieu à des procès en cascade qui, par touches successives, s'efforceraient de trouver une brèche dans les positions adverses (...) »<sup>1</sup>, notre droit contemporain a transposé un principe bien connu des systèmes juridiques anciens<sup>2</sup> ; c'est celui de l'autorité de la chose jugée consacrée aux articles 1351 du C. civ et 480 du CPC.

Il s'agit « d'un attribut conféré par la loi aux actes juridictionnels afin d'assurer l'immutabilité de la vérification juridictionnelle et d'interdire le renouvellement des procès »<sup>3</sup>.

Ainsi, dire qu'un jugement a dès son prononcé l'autorité de la chose jugée, c'est affirmer qu'il est interdit à toute juridiction du même degré de se prononcer à nouveau sur les faits litigieux qui ont fait l'objet d'une vérification juridictionnelle. Toutefois, si en vertu du principe de l'autorité de la chose jugée, ce qui a fait l'objet d'une vérification juridictionnelle est

<sup>1</sup> J. NORMAND, *La portée de la chose jugée : un renouvellement des critères ?*, RTD civ. 1995, p. 177.

<sup>2</sup> « Le droit babylonien a connu cette notion dès le III<sup>e</sup> millénaire avant Jésus-Christ et l'a mise en œuvre de façon pragmatique : à la fin du jugement, les parties s'engageaient par des clauses confirmées par un serment à ne pas revenir sur la chose jugée, à ne pas exercer une nouvelle action pour la même affaire, sous peine d'une sanction pécuniaire ou corporelle (cheveux rasés sur le front comme un esclave). Par la suite, au XVIII<sup>e</sup> siècle avant Jésus-Christ, le principe de l'autorité de la chose jugée a été exposé et sa sanction énoncée au paragraphe 5 du Code d'Hammurabi : le magistrat, saisi d'une nouvelle action dans une affaire déjà jugée, devait rendre une sentence identique. À défaut, il était puni d'une amende et démis de ses fonctions ». Voir, C. Bléry, *Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ?*, Procédures, 2007, étude 11, spéc. n° 1 ainsi que les nombreuses références bibliographiques données en ce qui concerne l'étude historique de la notion.

<sup>3</sup> M. DOUCHY-OU DOT, *Autorité de la chose jugée, J.-Cl. civil*, fasc. 20, n° 1. - Pour une définition analogue, voir, J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2012, p. 286 : « l'autorité de la chose jugée se présente comme l'immutabilité que le législateur confère à ce que le juge a tranché dans son jugement ».

insusceptible d'être remis en question devant le même degré de juridiction, il ne faut pas perdre de vue qu'il peut l'être dans le cadre des voies de recours devant des juridictions supérieures, parce qu'on ne peut nier qu'un jugement ou un arrêt puisse avoir été mal rendu. Après tout, l'erreur est humaine. Mais, en dehors de ces voies de recours, on ne doit pas pouvoir revenir sur la chose jugée.

L'autorité de la chose jugée se présente ainsi comme « une fin de non-recevoir et rien de plus. Il s'agit clairement d'empêcher que les procès soient sans fin »<sup>1</sup>. Cette fin de non-recevoir qui assure l'immutabilité du contenu de la vérification juridictionnelle peut être soulevée d'office par le juge (art. 125 al. 2 du CPC), mais à certaines conditions.

**246. Les conditions de mise en œuvre de la chose jugée.** — En effet, il ressort de l'article 1351 du C. civ que, « l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui a fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même ; que la demande soit fondée sur la même cause ; que la demande soit entre les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité ». C'est la règle dite de la triple identité de parties, d'objet et de cause qui conduit à opposer à l'action nouvelle, la fin de non-recevoir de chose jugée. Concrètement, le juge devra identifier les causes, objets et parties des différentes instances — ancienne et nouvelle — puis procéder à leur comparaison. L'équivalence entre ces trois éléments le conduira à exciper la fin de non-recevoir tirée de la chose jugée.

Sur l'identité de parties tout d'abord<sup>2</sup>, rappelons brièvement que d'après l'article 1351 du C. civ., il y a identité de parties lorsque la nouvelle demande met aux prises les mêmes parties qui interviennent en la même qualité. Par partie, il faut entendre les personnes qui n'ont pas été appelées ni représentées à l'instance. Ce qui signifie que lorsqu'une personne n'a pas figuré à l'instance, elle ne peut se voir opposer la chose jugée et peut valablement prendre l'initiative d'un nouveau procès portant sur la même question litigieuse — on parle de la relativité de la chose jugée —, sauf si elle y avait été représentée.

C'est ainsi que les ayants cause universels ou à titre universel des parties, leurs créanciers chirographaires, leurs cautions et ceux qui sont solidaires de leur dette, parce qu'ils ont des intérêts communs avec les parties à l'instance sont réputés représentés par elles. Toutefois, comme le rappelle l'article 1351 du C. civ., l'identité physique des parties ne suffit pas. Il faut qu'elles soient intervenues en la même qualité c'est-à-dire en vertu du même titre juridique. Ainsi, il n'y aura pas d'identité de parties lorsqu'une même personne intervient dans deux instances successives en qualité de mandataire, puis à titre personnel.

<sup>1</sup> T. LE BARS, *Autorité positive et négative de la chose jugée*, Procédures, 2007, étude 12, spéc. n° 5.

<sup>2</sup> Sur l'identité de parties, voir par exemple, M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée, J.-Cl. civil*, fasc. 20, n° 129 et s - C. BOUTY, *Chose jugée*, Rép. pr. civ. Dalloz, 2012, n° 594 et s.

Sur l'identité de cause<sup>1</sup> ensuite, rappelons que si la doctrine s'entend pour définir la cause comme ce sur quoi est fondée une demande c'est-à-dire la base d'une prétention, elle est comme le rappellent des auteurs, « assez divisée sur le contenu et les contours de cette base »<sup>2</sup>. Ainsi, pour certains auteurs, la cause s'entend de la règle de droit ou du principe juridique qui sert de fondement à la demande<sup>3</sup>. Pour un autre, par cause, il faut entendre un complexe de faits allégués à l'appui des prétentions, et ce, indépendamment de la règle de droit ou de la qualification seulement proposée par les parties au juge<sup>4</sup>. Pour d'autres encore, la cause comporte à la fois des éléments de fait et de droit et serait le résultat d'une articulation desdits éléments, telle qu'elle procède de la demande des parties<sup>5</sup>.

Prenant position sur ce qu'est la cause de la demande, la Cour de cassation avait pendant longtemps adopté une conception juridique puisqu'elle circonscrivait la cause au fondement juridique invoqué à l'appui de la demande<sup>6</sup>. Cependant une telle conception jurisprudentielle de la cause a été remise en question par le désormais célèbre arrêt *Césaréo* rendu par l'Assemblée plénière le 7 juillet 2006<sup>7</sup>. En affirmant qu'« il incombe au demandeur de présenter dès l'instance relative à la première demande l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à fonder celle-ci (...) », la Cour de cassation pose à travers cet arrêt le principe de la concentration des moyens qui interdit à une partie, en dehors des voies de recours, de repartir dans un autre procès contre la même personne en invoquant des nouveaux moyens de fait ou de droit qu'il avait omis de mentionner lors du premier procès. Dès lors que tout nouveau moyen de fait comme de droit se heurte à l'autorité de la chose jugée en cas d'identité de parties et d'objet, on en conclut que la jurisprudence *Césaréo* a réduit la cause à sa composante factuelle<sup>8</sup>. « La cause correspond désormais à la situation globale, au complexe de fait, dans lequel s'inscrit la nouvelle demande »<sup>9</sup>. La cause s'apprécie donc au regard du cadre événementiel qui a donné lieu à la décision. Si ce cadre reste inchangé, alors, il y a

<sup>1</sup> Sur l'identité de cause, voir par exemple, M. DOUCHY-LOUDOT, *Autorité de la chose jugée, op. cit.*, n° 166 et s. - C. BOUTY, *Chose jugée, op. cit.*, n° 530 et s.

<sup>2</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, op. cit.*, p. 251

<sup>3</sup> JCP (G) 1953, II, 7601, note J. SAVATIER. - JCP (G) 1961, II, 11980, note P. ESMEIN

<sup>4</sup> H. MOTULSKY, *La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge*, D. 1964, chron., p. 235.

<sup>5</sup> RTD civ. 1966, p. 125 à 129, note P. HÉBRAUD - J. MIGUET, *Immutabilité et évolution du litige*, LGDJ, 1977, spéc. n° 43 et 220 - H. VIZIOZ, *Études de procédure*, Dalloz, rééd. 2011, p. 250 et s. - J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> éd. Montchrestien, 2012, n° 352.

<sup>6</sup> Cass., Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12.157, Bull. civ., Ass. Plén., n° 4.

<sup>7</sup> Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Bull. civ., Ass. Plén., n° 8 ; JCP (G) 2007, II, 10070, note G. WIEDERKEHR ; Dr. et patrimoine, févr. 2007, p. 113, obs. S. AMRANI-MEKKI ; Dr. et proc. 2006, p. 348, obs. N. FRICERO ; RTD civ. 2006, p. 825, obs. R. PERROT.

<sup>8</sup> C. BLÉRY, *Les tribulations de la cause et de l'objet au regard de l'autorité de la chose jugée en jurisprudence*, Procédures, 2011, alerte 5.

<sup>9</sup> J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>e</sup> éd. Montchrestien, 2012, p. 289.

identité de cause. C'est en ce sens que des auteurs ont pu affirmer qu' «avec cette jurisprudence, l'identité de cause se réduit à l'identité des faits générateurs du litige »<sup>1</sup>.

Sur l'identité d'objet enfin, il faut noter que si tout le monde est d'accord pour voir dans l'objet l'avantage auquel prétend une partie et que l'autre conteste, selon qu'on adopte une conception juridique ou économique, la notion d'objet peut être délimitée de manière large ou étroite.

Ainsi, adopte une conception juridique de l'objet, celui qui tient compte non seulement du résultat matériellement poursuivi, mais également de la nature du droit réclamé<sup>2</sup>. Selon une telle conception, si l'anéantissement d'un lien juridique est le résultat matériellement recherché, il n'y a pas d'identité d'objet lorsqu'est poursuivie, dans un premier temps, l'annulation de l'acte dont découle le lien, puis sa résiliation, car le droit réclamé n'est pas le même ; ce qui revient à s'attacher à la qualification juridique précise de la demande pour déterminer l'objet.

En revanche, adopte une conception économique de l'objet celui qui tient compte seulement de la finalité économique ou sociale poursuivie par les parties<sup>3</sup>. Entre ces deux conceptions, la doctrine tend à privilégier une conception juridique de l'objet précisant que c'est à cette seule condition que la chose qu'on veut irrévocable sera réellement jugée<sup>4</sup>. Elle est suivie dans l'ensemble par la Cour de cassation<sup>5</sup>, même si certains arrêts de la chambre commerciale, en optant pour un principe de concentration des demandes, postulent à une conception économique de l'objet<sup>6</sup>.

Sans entrer dans les détails de cette divergence au sein des chambres quant à la délimitation de l'objet, retenons simplement avec un auteur que l'objet, élément de la chose jugée, c'est « l'avantage auquel prétend une partie et que conteste l'autre ; ce qu'une partie demande et à quoi s'oppose son adversaire »<sup>7</sup>. Ainsi, pour qu'il y ait identité d'objet, il faut non seulement

<sup>1</sup> L. CADJET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 8<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2013, p. 574.

<sup>2</sup> J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 740.

<sup>3</sup> C. BOUTY, *Chose jugée*, Rép. pr. civ., *op. cit.*, n° 509.

<sup>4</sup> D'ailleurs, l'article 1351 du C. civ. exige que « la chose demandée soit la même » et l'article 4 du CPC précise que « l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ». Ne serait-ce pas méconnaître ces dispositions que d'opposer l'autorité de la chose jugée à une demande en résiliation d'un contrat alors que le premier jugement s'était prononcé dans un cadre juridique différent qui est celui de la nullité du contrat ? En effet, la prétention du demandeur qui a été fixée dans l'acte introductif d'instance et dans les conclusions est alors différente d'un procès à l'autre. Il n'y a donc pas identité d'objet. Sur la nécessité d'une conception juridique de l'objet, voir, J. HÉRON, T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 740 - S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 194 - L. CADJET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé op. cit.*, n° 740.

<sup>5</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272 ; Procédures, 2010, n° 3, p. 11, note R. PERROT ; JCP (G) 2010, n° 18, p. 966 et s., chron. J. GHESTIN et *alii* - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 sept. 2010, n° 09-69.730 ; D. 2011, n° 9, p. 632 et s., chron. J.-M. SOMMER et *alii* ; JCP (G) 2010, n° 43, p. 1993 et s., note, E. JEULAND.

<sup>6</sup> Cass. Com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671, Procédures, 2010, n° 10, p. 10, note R. PERROT ; Revue des procédures collectives, 2011, n° 1, p. 40, note N. PATUREAU, C. PERROT-REBOUL. - Cass. Com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383, Procédures, 2012, n° 1, p. 22 note B. ROLLAND ; D. 2011, n° 40, p. 2235, obs. V. AVENAT-ROBARDET.

<sup>7</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011, V° Objet (du litige).

que les résultats poursuivis lors du premier jugement et du nouveau procès soient matériellement identiques, mais aussi, que les droits invoqués pour les atteindre soient également identiques.

En fin de compte, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée même si elle constitue avant tout une règle de bonne administration de la justice, permet également de garantir une certaine stabilité au traitement des conflits d'intérêts<sup>1</sup> et peut être envisagée comme un moyen de le rationaliser.

### **b) Le respect du temps imparti à l'action**

247. Concernant les délais pour agir, le Code de procédure civile distingue à l'article 122, les délais de prescription des délais de forclusion. Même si on assiste actuellement à un alignement des régimes entre ces deux types de délais, à tel point que la distinction a semble-t-il perdu de son intérêt<sup>2</sup>, on persiste à présenter le délai préfix ou délai de forclusion comme étant un délai rigoureux — c'est-à-dire non susceptible d'interruption ou de suspension —, « légal, d'une durée simple et limitée, prévu spécifiquement pour une action particulière, au-delà duquel l'action est considérée comme éteinte »<sup>3</sup>. En revanche, le délai de prescription<sup>4</sup> est présenté comme un délai qui vient consolider la situation de fait dont jouit une partie en raison de la négligence du titulaire d'un droit, à le faire valoir en justice<sup>5</sup>.

On retrouve également en droit de la famille ces délais de prescription et de forclusion qui réglementent l'action en justice.

Par exemple, le délai de rétractation de deux mois offert à la femme ayant accouché sous X (art. 351 al.2 du C. civ. et L. 224-4, 1<sup>o</sup> du CASF) peut s'analyser comme un délai de forclusion qui interdit toute demande de restitution de l'enfant. En effet, le législateur a prévu que l'enfant né sous X et recueilli par l'Aide sociale est définitivement admis en qualité de pupille de l'État deux mois plus tard<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Il faut souligner que cette stabilité n'est pas absolue, puisque malgré ce principe, il arrive que ce qui a déjà fait l'objet d'une vérification juridictionnelle soit à nouveau remis sur le métier. Voir *supra* n°103

<sup>2</sup> S. AMRANI-MEKKI, *Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? À propos de la loi du 17 juin 2008*, JCP (G), 2008, I, 160. - S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, op. cit.*, p. 54, n° 66.

<sup>3</sup> S. GUINCHARD, F. FERRAND, C. CHAINAIS, *Procédure civile, op. cit.*, p. 53, n° 62.

<sup>4</sup> Seule la prescription extinctive nous intéresse ici, puisque la prescription acquisitive relève du droit du fond ; c'est un mode d'acquisition des droits subjectifs. Or ici, le laps de temps est envisagé comme une fin de non-recevoir.

<sup>5</sup> F. ROUVIÈRE, *La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion*, LPA 2009, n° 152, p. 7. - A. TRESQUES, *Les délais préfix*, LPA 2008, n° 22, p. 6.

<sup>6</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 avr. 2004, AJ fam. 2004, p. 241 obs. F. BICHERON ; RTD civ. 2004, p. 496 obs. J. HAUSER. La position française tenue dans cet arrêt fut jugée conforme aux droits fondamentaux, CEDH, 10 janv. 2008, *Kearns c. France*, n° 35991/04, AJ. Fam. 2008, p. 78, note F. CHÉNEDÉ ; RDSS 2008, p. 353 note C. NEIRINCK.

On peut également arriver à la même conclusion à propos du délai de rétractation de deux mois laissé aux pères et mères qui confient leur enfant au service de l'Aide sociale ; toutefois, lorsque l'enfant n'a été confié à ce service que par l'un de ses parents, l'autre dispose d'un délai de 6 mois pour demander sa restitution immédiate (art. L. 224-6 du CASF).

On peut aussi souligner qu'est qualifié de délai de forclusion à l'article L. 224-8 du CASF, le délai de trente jours laissé aux personnes ayant qualité pour agir et qui souhaiteraient exercer un recours contre l'arrêté d'admission en qualité de pupille de l'État dont fait l'objet un enfant remis à l'Aide sociale à l'enfance.

À côté des délais de forclusion, il existe aussi en droit de la famille de nombreux délais qui ressemblent plus à des délais de prescription extinctive et dont le non-respect est sanctionné par une fin de non-recevoir. À titre d'illustration, rappelons que la nullité du mariage pour vice de consentement ne peut être demandée que dans un délai de cinq ans qui commence à courir à compter de la célébration du mariage (art. 181 C. civ.), et que le respect du même délai est exigé lorsqu'on poursuit la nullité du mariage pour absence de consentement des personnes dont le consentement était requis (art. 183 C. civ.). En revanche, l'action en nullité absolue du mariage se prescrit par trente ans à compter de la célébration (art. 184 C. civ.).

Il peut également être signalé que les nombreux délais règlementant les actions relatives à la filiation se rapprochent plus de la prescription que de la forclusion. Tel est le cas de l'action en recherche de maternité ou de paternité qui est enfermée dans un délai de dix ans à compter de la naissance et suspendue pendant la minorité de l'enfant (art. 321 du C. civ.). Tel est également le cas de l'action en constatation de la possession d'état qui est soumise au respect d'un délai de dix ans à compter du jour où la personne a été privée de cet état ou à compter du décès du parent prétendu (art. 330 du C. civ.). Tel est encore le cas de l'action en contestation de la possession d'état qui peut être exercée dans un délai de dix ans à compter de la délivrance de l'acte de notoriété (art. 335 du C. civ.). Tel est enfin le cas de l'action en contestation de paternité ou de maternité qui est ouverte, pendant un délai de dix ans à compter de la naissance de l'enfant ou de l'acte de reconnaissance lorsque la filiation est établie uniquement par un titre nu (art. 334 et 321 du C. civ.)<sup>1</sup>.

Il serait inutile de multiplier les exemples de ces délais dans lesquels le législateur enferme les actions en matière familiale. Il convient simplement d'attirer l'attention sur la potentialité irénique de ces différents délais lorsqu'ils sont mis en œuvre dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

À côté de ces causes objectives d'irrecevabilité listées à l'article 122 du CPC, il convient de souligner qu'il existe également d'autres causes objectives d'irrecevabilité spécifiques au

---

<sup>1</sup> En revanche, l'action n'est ouverte que pendant un délai de cinq ans lorsque la filiation établie par titre et corroborée par une possession d'état a duré moins de cinq ans (art. 333 al. 1 du C. civ.). Toutefois, lorsque la filiation établie par titre et corroborée par une possession d'état a duré au moins cinq ans, nul ne peut à l'exception du ministère public la contester (art. 333 al. 2 du C. civ.).

droit de la famille, en ce sens qu'elles ne constituent pas une simple transposition à la matière familiale de l'idée de chose jugée, ou de délai, mais traduisent une logique propre aux fonctionnements des institutions familiales.

## 2) Les causes objectives de recevabilité spécifiques au droit de la famille

### 248. L'existence de fins de non-recevoir spécifiques au droit de la famille. —

Dans certaines situations et pour des raisons qu'on discerne souvent sans difficulté, il arrive que le législateur interdise, de façon autoritaire, certaines actions en matière familiale et par conséquent empêche les parties de soumettre le conflit d'intérêts qui les oppose au juge. L'examen des règles juridiques applicables à la matière extrapatrimoniale permet d'illustrer ces fins de non-recevoir spécifiques au droit de la famille.

Sans prétendre à l'exhaustivité, soulignons que dans le but d'assurer l'effectivité d'un des principes fondateurs du droit de la famille qu'est la prohibition de l'inceste, le législateur a interdit toute action visant à l'établissement du double lien de filiation d'un enfant incestueux (art. 310-2 du C. civ.). Il est donc impossible à un enfant incestueux qui dispose déjà d'un lien de filiation, d'exercer une action en recherche de paternité ou de maternité à l'égard de son autre parent.

De même, faute de personnalité juridique, ne seront pas recevables les actions relatives à la filiation d'un enfant qui n'est pas né viable (art. 318 C. civ.).

Également, pour éviter les conflits de filiation, le législateur subordonne l'établissement d'un lien de filiation dans une branche déjà pourvue, à la contestation préalable de la filiation préexistante (art. 320 du C. civ.).

Toujours à titre d'illustration, il convient encore de rappeler que l'adoption plénière élève un empêchement à tout établissement de la filiation par le sang (art. 352, 356 C. civ.) ; en revanche, le prononcé d'une adoption simple n'interdit pas à l'enfant de rechercher sa famille par le sang (art. 369 C. civ.).

Toujours à titre d'illustration, rappelons enfin que « le consentement donné à une procréation médicalement assistée interdit toute action aux fins d'établissement ou de contestation de la filiation à moins qu'il ne soit soutenu que l'enfant n'est pas issu de la procréation médicalement assistée ou que le consentement a été privé d'effet » (art. 311-20 al. 2 du C. civ.). Il s'agit là « d'une fin de non-recevoir tirée d'une exigence de cohérence des comportements »<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> F. DREIFUSS-NETTER, « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), *L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui*, Economica 2001, p. 111 et s., spéc. p. 121.

**249. Synthèse du paragraphe : l'apport des fins de non-recevoir en matière de rationalisation du traitement des conflits d'intérêts.** – Il convient de souligner que, sans courir le risque d'empirisme auquel conduisent les arbitrages entre intérêts familiaux d'un point de vue substantiel, les fins de non-recevoir, « instrument de police processuelle »<sup>1</sup>, permettent de hiérarchiser ces mêmes intérêts de façon prévisible, sans que la délicate question de leur valeur intrinsèque ne soit débattue. Ainsi, face au droit à connaître ses origines de l'un et au droit au respect de la vie privée de l'autre, il est plus aisé de recourir aux délais pour arbitrer de façon objective entre ces diverses prétentions. De même, face aux revendications successorales de l'un, et le respect de la vie privée de l'autre, il est plus simple de faire remarquer au demandeur qu'il n'a pas qualité à agir pour objectivement mettre fin au conflit<sup>2</sup>.

Les fins de non-recevoir sont en définitive des techniques processuelles, qui appliquées aux conflits d'intérêts en droit de la famille, permettent d'en rationaliser le traitement. Ceci est vrai, parce que les fins de non-recevoir permettent de remettre de l'ordre dans le traitement des conflits d'intérêts en empêchant l'affrontement sur la scène juridique de tous les intérêts antagonistes. En raison de cette stratégie d'évitement qui empêche le conflit de dégénérer en litige, le porteur de l'intérêt qui revendiquait une protection du droit voit ainsi la situation de fait se cristalliser à son détriment, aussi longtemps qu'il ne trouve pas un moyen pour surmonter cette interdiction d'agir en justice.

Cependant, les fins de non-recevoir à elles seules ne suffisent pas à restaurer de façon satisfaisante une vision d'ensemble en la matière. En effet, parce qu'il n'est pas toujours possible ni souhaitable d'empêcher les parties de recourir au juge afin qu'il tranche leur conflit d'intérêts, il est indispensable qu'existent également des techniques permettant de rendre prévisible l'examen du bien-fondé des revendications antagonistes.

## **§-2 : LES TECHNIQUES SUBSTANTIELLES DE HIÉRARCHISATION DES INTÉRÊTS FAMILIAUX**

**250.** Pour éviter que la mise en œuvre des règles de conflit ne soit source d'incertitude, il est alors indispensable que le législateur conserve une certaine maîtrise sur le traitement des conflits d'intérêts en limitant au maximum la part créatrice du juge dans ledit traitement. Pour ce faire, le législateur peut décider d'imposer directement par la règle de conflit une hiérarchie entre les intérêts familiaux (A), ou de laisser cette hiérarchie se déduire de choix — législatifs — qui à première vue n'ont aucune fonction opératoire ; on parlera alors de hiérarchisation indirecte ou implicite (B).

<sup>1</sup> L. CADIET, E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 6<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2009, p. 319, n° 480.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, Dalloz actualité 02 mai 2014, note T. DOUVILLE ; RTD civ 2014, p. 353, obs. J. HAUSER ; D. 2014, p. 1171, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS.

## A — LA HIÉRARCHISATION EXPLICITE DES INTÉRÊTS FAMILIAUX

**251.** Pour imposer directement une hiérarchie entre intérêts familiaux, il arrive au législateur soit d'interdire de manière autoritaire la satisfaction des intérêts qui viendraient remettre en cause certains choix de politique législative en matière familiale (1), soit de donner une prévalence à l'intérêt familial jugé le plus méritant sur le fondement d'un critère objectif de mérite prédéterminé (2).

### 1) L'interdiction comme technique de hiérarchisation des intérêts familiaux

**252.** La manière la plus visible et sans doute la plus autoritaire pour imposer ses choix législatifs consiste à trancher directement et définitivement un potentiel conflit d'intérêts à travers une norme qui interdirait sèchement, et souvent sans souci pédagogique, la réalisation d'un intérêt.

Un tel usage de l'interdiction comme technique de hiérarchisation des intérêts familiaux est facilement repérable dans les normes<sup>1</sup> et n'appelle pas en soi d'amples développements pour que soit appréhendée sa finalité structurante.

Cependant, à côté de l'interdiction qui traduit un choix législatif d'empêcher de manière systématique la réalisation d'un intérêt familial, il peut arriver que le législateur laisse *a priori* aux intérêts familiaux rivaux la possibilité de s'accomplir juridiquement tout en donnant *a posteriori* la prévalence au membre de la famille qui fait preuve de célérité dans la réalisation de son intérêt. Tel est le cas lorsque le législateur hiérarchise les intérêts familiaux antagonistes par le truchement du critère chronologique.

### 2) La chronologie comme technique de hiérarchisation des intérêts familiaux

**253.** La chronologie comme critère de décision traduit simplement une prévalence donnée à l'intérêt constitué en premier dans le temps<sup>2</sup>. On retrouve principalement en droit de la famille la chronologie comme critère de solution des concurrences d'unions matrimoniales, des concurrences de filiation ou encore des conflits relatifs à la dévolution du nom.

**254. L'exemple de la concurrence des unions matrimoniales.** — Sous peine de nullité absolue, les époux, pour pouvoir se marier, ne doivent pas être déjà engagés dans les liens du mariage<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Voir par exemple l'article 310-2 du C. civ. qui interdit l'établissement d'un double lien de filiation au profit de l'enfant incestueux, l'article 147 du C. civ. qui interdit la bigamie, et aussi l'article 515-2 relatif aux empêchements à PACS.

<sup>2</sup> On raisonne en termes d'antériorité d'un droit ou d'une situation.

<sup>3</sup> À propos de la bigamie, voir par exemple, G. ANDRÉO, *Bigamie et double ménage*, RTD civ. 1991, p. 263. - C. DUVERT, *Bigamie, J.-Cl. pénal*, fasc. 20.

S'il arrive que par la suite d'une erreur, les registres de l'état civil présentent une personne comme libre de tout engagement matrimonial et que celle-ci contracte à nouveau mariage, deux mariages se retrouvent alors en concurrence. Et pour résoudre cette concurrence, le législateur renvoie au critère chronologique qui consiste à donner la prévalence à l'union célébrée en premier (art. 147 du C. civ.). Il est permis d'interpréter l'adoption de ce critère objectif de décision<sup>1</sup> comme un témoignage de la volonté du législateur d'assurer aux litigants une prévisibilité dans le traitement des éventuels conflits d'intérêts relatifs à la validité des mariages. Ainsi, à condition que le premier mariage soit valable, le second doit être annulé pour cause de bigamie<sup>2</sup> même s'il a duré plus de quarante ans<sup>3</sup>.

Cette volonté d'assurer la sécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en hiérarchisant *a priori* les intérêts familiaux justifie également que le législateur ait articulé le droit de la filiation autour du principe chronologique.

**255. L'exemple du conflit de filiations.** — Pour éviter les conflits de filiation, le droit de la filiation issu de l'ordonnance du 4 juill. 2005 a été articulé autour de certains principes, dont le principe chronologique<sup>4</sup>. En vertu de ce principe, une priorité est donnée à la première filiation établie<sup>5</sup>. Ainsi, dès qu'un enfant possède une filiation légalement établie, celle-ci empêche l'établissement direct de toute autre filiation qui la contredirait (art. 320 du C. civ.). Il appartient alors à celui qui revendique une autre filiation d'obtenir au préalable l'annulation de la première<sup>6</sup>.

Toutefois, il convient de relever qu'en matière de filiation, le principe chronologique ne permet pas de trancher directement le conflit de paternité ou de maternité ; il empêche seulement la survenance d'un conflit de filiation en assurant à l'enfant une stabilité — précaire — de sa filiation. Ce qui n'est pas le cas en matière de dévolution du nom de famille, où la priorité chronologique joue directement une fonction opératoire dans la résolution de

<sup>1</sup> Il s'agit bien d'un critère objectif de décision puisqu'il est toujours possible de déterminer objectivement la situation (l'union) constituée en premier.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041, JCP (G) 2014, p. 43, obs. M. LAMARCHE ; Dr. fam. 2013, comm. 148, obs. J.-R. BINET ; RJPF 2013, n° 12, p. 24, obs. V. ÉGÉA - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 oct. 2011, n° 10-25285, Dr. fam. 2012, comm. 2, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2012, p. 94, obs. J. HAUSER.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 oct. 2016, n° 15-50098, Dr. fam. 2016, comm. 248, obs. A.-M. CARO.

<sup>4</sup> Pour une présentation du nouveau droit de la filiation, voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, J. HAUSER, *Le nouveau droit de la filiation*, D. 2006, chron. p. 17. - F. GRANET-LAMBRECHTS, *La réforme du droit de la filiation*, AJ fam. 2005, p. 424 et s. - J. MASSIP, *Le nouveau droit de la filiation*, Défrénois 2006, art. 38324, p. 6 et 209.

Pour une analyse approfondie du principe chronologique en matière de filiation, voir par exemple, G. VIAL, *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2008, p. 399 et s.

<sup>5</sup> Voir par exemple, C. SIFFREIN-BLANC, « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », in, E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Le lien familial, lien obligationnel, lien social*, t. II, PUAM 2014, p. 133 et s., spéc. p. 147.

<sup>6</sup> Il est à souligner qu'à titre exceptionnel, il peut arriver qu'une filiation établie postérieurement prévale lorsque, en contradiction avec une reconnaissance prénatale dont il n'a pas connaissance, un officier de l'état civil reçoit une déclaration de naissance du mari de la parturiente ou une reconnaissance d'un tiers. C'est l'hypothèse envisagée à l'article 336-1 du C. civ.

certains conflits d'intérêts entre les parents en ce qui concerne le choix du nom de famille de l'enfant.

**256. L'exemple du désaccord entre parents à propos du choix du nom de famille.** — La loi du 4 mars 2002 relative au nom de famille avait introduit la possibilité pour les parents de choisir le nom de famille à transmettre à l'enfant ; soit le nom du père, celui de la mère, ou les deux noms accolés dans l'ordre voulu et dans la limite d'un nom par parents lorsque ces derniers sont porteurs d'un double nom. L'ancien article 311-21 du C. civ. prévoyait qu'en cas de désaccord entre parents, l'enfant portera le nom du parent qui a établi en premier sa filiation à son égard lorsque les filiations étaient établies successivement, et le nom du père lorsqu'elles étaient établies simultanément<sup>1</sup>. La priorité était alors donnée au parent ayant reconnu l'enfant en premier. La chronologie permettait ainsi de hiérarchiser les intérêts de chacun des parents à transmettre son nom à l'enfant.

Toutefois, depuis, la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013, le critère chronologique a été supplanté par le principe d'égalité<sup>2</sup>. Désormais, en cas de désaccord déclaré à l'officier de l'état civil, le législateur a posé comme règle à l'art. 311-21 du C. civ., la transmission à l'enfant du nom de ses deux parents dans l'ordre alphabétique. La priorité chronologique n'a toutefois pas complètement disparu en matière de dévolution du nom. En effet, lorsque le désaccord entre parents à propos du choix du nom n'a pas été déclaré à l'officier d'état civil<sup>3</sup> et en l'absence de déclaration conjointe de choix du nom, est dévolu à l'enfant le nom du parent qui l'a reconnu en premier lorsque les filiations paternelles et maternelles ont été établies successivement, et le nom du père lorsque les filiations ont été établies simultanément (art. 311-21 du C. civ.).

À côté de ces techniques permettant de hiérarchiser de manière visible les intérêts familiaux existent d'autres techniques dont l'aptitude à hiérarchiser les intérêts familiaux apparaît en filigrane de leur mobilisation.

## B — LA HIÉRARCHISATION IMPLICITE DES INTÉRÊTS FAMILIAUX

**257.** Sans procéder directement à une hiérarchisation, il arrive que le législateur utilise des techniques qui permettent *in fine* de reconstruire un ordre de grandeur entre les

<sup>1</sup> Voir par exemple, *Le nouveau nom de famille : dossier*, in, AJ. fam. 2005, p. 44 et s. - J.-P. BOREL, *Aperçu rapide sur le choix et le changement de nom de famille depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006*, LPA 2012, n° 40, p. 3

<sup>2</sup> J. MASSIP, *Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille*, Defrénois 2013, n° 13-14, p. 737. - F. ROGUE, *Le nom de famille dans la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe*, LPA 2013, n° 133, p. 44.

<sup>3</sup> C'est-à-dire que le désaccord n'a pas été extériorisé par écrit comme le prévoit la loi. Dans ce cas, il reste invisible pour le droit.

intérêts familiaux. Au titre de ces techniques, il est possible de mentionner le recours aux présomptions (1) et fictions juridiques (2).

### 1) Le recours aux présomptions légales

**258. Appréhension du raisonnement présomptif.** — D'après l'ancien article 1349 du C. civ.,<sup>1</sup> « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». Ce qui signifie qu'une présomption est un mode de raisonnement qui consiste à déduire d'un fait connu, l'existence d'un fait inconnu difficile à établir, mais dont la survenance est rendue probable par le constat du fait connu. Il suffit au bénéficiaire de la présomption de rapporter l'existence du fait connu pour être déchargé de la preuve du fait inconnu — qui sera présumé —<sup>2</sup>. Par exemple, lorsqu'il est établi qu'une personne a cessé de paraître au lieu de son domicile ou de sa résidence, sans qu'on ait eu de nouvelles pendant un temps suffisamment long — dix ans lorsque l'absence a été judiciairement constatée et vingt ans le cas échéant —, il peut être déduit selon toute vraisemblance qu'elle est décédée<sup>3</sup>.

Aussi, soulignons que lorsque la conséquence induite de la constatation du fait connu peut être remise en cause par l'administration de la preuve contraire, on parle de présomption simple. À l'inverse, lorsqu'une telle conséquence ne peut être remise en cause par l'administration de la preuve contraire, on parle de présomption irréfragable.

**259. L'émergence d'une hiérarchie entre intérêts au travers des présomptions.** — À la suite de ces remarques, il apparaît que les présomptions constituent avant tout des règles probatoires<sup>4</sup>. Il est donc difficile de voir en elles des techniques de hiérarchisation des intérêts. Mais en approfondissant leur analyse à partir d'exemples spécifiques au droit de la famille, il peut être fait le constat suivant lequel les présomptions n'ont pas simplement une fonction probatoire. Elles permettent également au législateur de hiérarchiser indirectement des intérêts antagonistes.

**260. L'exemple de la présomption « *Pater is est...* ».** — L'article 312 du C. civ. présume que l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari<sup>5</sup>. Cette présomption

<sup>1</sup> Cet article a été réécrit et renuméroté (nouvel article 1354 du C. civ.) suite à la réforme du droit des contrats issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016. La nouvelle définition est moins éclairante, car elle n'explique pas, contrairement à l'ancienne les raisons, voire le processus du raisonnement présomptif.

<sup>2</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° *Présomption*.

<sup>3</sup> Art. 122 du C. civ.

<sup>4</sup> Voir par exemple, C. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, préf. E. JEULAND, Iris éditions, 2013, p. 15 et s.

<sup>5</sup> Voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, *La présomption de paternité*, Dr. fam. 2006, étude 3. Pour une réflexion sur le devenir de cette présomption à l'heure de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, voir, V. BONNET, *Réflexions sur la présomption de paternité du XXI<sup>e</sup> siècle dans ses rapports avec le mariage*, D. 2013, p. 107.

facilite la preuve du lien de filiation en permettant l'établissement de la filiation paternelle d'un enfant à partir de la simple preuve de sa naissance ou de sa conception pendant le mariage de celle qui lui a donné la vie.

Mais au-delà de cette simple fonction probatoire<sup>1</sup>, il faudrait remarquer que par cette présomption, le législateur véhicule une certaine hiérarchie dans les rapports familiaux<sup>2</sup>, puisqu'il consacre une inégalité entre le mari et un potentiel amant désireux d'assumer la paternité de l'enfant.

Par le biais de cette présomption, le rattachement de l'enfant au mari de la mère bénéficie d'une priorité qui permet au juge de situer *a priori* les intérêts de chacun dans un éventuel conflit de paternité.

Ainsi, dès que la présomption de paternité joue et que l'acte de naissance indique le mari en qualité de père, la filiation de l'enfant sera établie à l'égard du mari de sa mère ; et ce, même en cas de concurrence entre une reconnaissance prénatale émanant d'un tiers et la présomption de paternité dont bénéficie le mari<sup>3</sup>. Toutefois, puisque cette présomption de paternité n'est pas irréfragable, cet avantage donné au mari ne fixe pas définitivement l'issue de la situation conflictuelle. En effet, il appartiendra ensuite à l'amant désireux d'établir sa filiation à l'égard de l'enfant de contester celle du mari.

En dehors de la présomption de paternité, il convient de souligner que l'aptitude de certaines présomptions du droit de la famille à constituer des outils de hiérarchisation des intérêts familiaux ressort avec plus de netteté à travers l'analyse des présomptions de volonté.

**261. L'exemple des présomptions de volonté.** — Il arrive dans certaines situations que le législateur subordonne la satisfaction des intérêts des uns, à un comportement positif ou au consentement des autres. Lorsque ces derniers sont dans l'impossibilité d'exprimer un tel consentement ou d'adopter le comportement attendu, il arrive que le législateur décide de déduire certaines conséquences de cette situation. Par exemple, le législateur a subordonné la

<sup>1</sup> Il y a un débat sur la nature de la présomption de paternité. Certains auteurs y voient une règle probatoire, tandis que d'autres y voyaient une règle de fond. Aujourd'hui, la doctrine semble plutôt favorable à la nature probatoire de la présomption de paternité. Pour une présentation de ce débat doctrinal, voir par exemple, I. FOURNIER-GRUMBACH, *Présomptions et vérité en droit de la filiation*, th. dactyl. Montpellier, 2002, p. 7 et s. - C. CLÉMENT, *Présomptions et fictions en droit de la filiation*, th. dactyl. Paris 10, 2006, p. 157 et s. - C. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, *op. cit.*, p. 222 et s.

<sup>2</sup> Sur l'utilisation de la présomption de paternité comme moyen de hiérarchisation des filiations et partant de résolution des conflits de filiation, voir par exemple, FOURNIER-GRUMBACH, *Présomptions et vérité en droit de la filiation*, th. dactyl. Montpellier, 2002, p. 309 et s.

<sup>3</sup> F. GRANET-LAMBRECHTS, *Filiation : dispositions générales, modes d'établissement de la filiation, restrictions à l'établissement de la filiation incestueuse*, *J.-Cl. civil*, n° 25. - H. BOSSE-PLATIÈRE, *Actes de l'état civil*, Rép. droit civil, Dalloz, spéc. n° 149 : «La reconnaissance anténatale de l'amant ne ferait pas échec à la présomption de paternité : il appartiendrait à l'officier de l'état civil d'aviser le procureur de la République afin de trancher ce conflit de filiations (en ce sens, le nouvel art. 336-1 issu de la loi n° 2009-61 du 16 janv. 2009) ».

À noter toutefois que lorsque la présomption de paternité a été écartée, l'existence d'une filiation à l'égard d'un autre homme que le mari fait obstacle à son rétablissement. Il s'agit là d'une application du principe chronologique en matière de filiation (art. 320 du C. civ.).

réalisation d'expertises biologiques au consentement de la personne. En revanche, lorsque la personne qui devait se soumettre à cette mesure est décédée, le législateur déduit du décès — fait connu —, le refus à prélèvement — fait inconnu —.

Il s'agit d'une présomption simple de refus qui peut être surmontée uniquement par la preuve d'un consentement exprès de l'intéressé manifesté de son vivant. C'est dans ce sens que l'article 16-11 al.2 dispose que « (...) sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreinte génétique ne peut être réalisée après sa mort ».

Par une telle présomption, le législateur établit subrepticement une hiérarchie entre le droit à la connaissance des origines de l'enfant, le droit au respect et au repos des morts dus au prétendu géniteur, voire aussi, le droit au respect de la vie privée de la famille du défunt.

Il en ressort qu'en matière d'expertise *post-mortem*, le droit à la connaissance des origines devrait selon le législateur s'effacer devant le droit au repos et au respect dû aux morts, sauf si le défunt avait de son vivant consenti à une telle expertise.

À l'inverse, le législateur tire une présomption d'acceptation du défunt à la levée du secret des origines des personnes adoptées ou pupilles de l'État. En effet, il ressort de l'article L. 147-6 du CASF qu'il doit être fait droit à la demande de levée du secret des origines formulée par les enfants adoptés ou pupilles de l'État auprès du Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP), lorsqu'il résulte du dossier que le ou les parents de naissance sont décédés sans avoir procédé à la levée du secret. En d'autres termes, excepté l'hypothèse d'un refus opposé par le parent de naissance de son vivant à l'occasion d'une demande d'accès à la connaissance de ses origines formulée par l'enfant, le législateur par le truchement d'une présomption d'acceptation, fait primer la logique de l'accès aux origines personnelles sur celle du secret en cas de décès.

La question du prélèvement d'organes sur personne décédée illustre également le recours aux présomptions d'acceptation. En effet, en matière de prélèvement d'organes, le législateur considère que l'intérêt thérapeutique des patients doit l'emporter sur le respect du cadavre, sauf si le défunt a manifesté de son vivant son refus aux prélèvements (art. L. 1232-1 du CSP).

À l'issue de ces développements, il convient de retenir que les présomptions constituent des aides opérationnelles à la prise de décisions claires dans le traitement des conflits d'intérêts. Le traitement que le juge arrête par leur truchement n'est que la transposition de l'arbitrage entre intérêts antagonistes réalisé par le législateur lui-même. À côté des présomptions, le recours aux fictions juridiques peut également permettre de hiérarchiser objectivement les intérêts en conflit.

## 2) Le recours aux fictions juridiques<sup>1</sup>

**262.** La fiction en droit est une technique juridique par laquelle le législateur impose de tenir pour vraie une situation manifestement contraire à la réalité<sup>2</sup>. Ce mensonge juridique est ainsi imposé en vue de faire produire à la situation des effets juridiques autres que celles qui auraient découlé du cours normal des choses<sup>3</sup>. Partant de cette définition, il est permis, en droit extrapatrimonial de la famille, de considérer le mariage posthume (art. 171 du C. civ.) l'adoption (art. 343 et s. du C. civ.), la règle de l'«*infans conceptus...*»<sup>4</sup> (art. 725, 906 et 961 du C. civ.), comme autant de fictions juridiques par lesquelles le législateur impose une véritable politique familiale<sup>5</sup>.

Cependant, il convient de souligner que toutes les fictions juridiques ne sont pas aptes à participer à la hiérarchisation des intérêts familiaux et ne s'en préoccupent d'ailleurs guère. Certaines, comme la règle de l'«*infans conceptus...*» qui permet à l'enfant simplement conçu de faire valoir ses intérêts patrimoniaux<sup>6</sup>, exacerbent au contraire les tensions familiales en introduisant de nouveaux acteurs dont les intérêts entrent fatalement en concurrence avec ceux des autres membres de la famille. D'autres au contraire hiérarchisent les intérêts familiaux en prévision des conséquences juridiques que le mensonge institué entraîne. Et, c'est uniquement à leur aune qu'il est permis de considérer la technique juridique de la fiction comme un moyen éventuel de hiérarchisation des intérêts familiaux.

---

<sup>1</sup> Il convient de distinguer les présomptions des fictions en droit. Les présomptions se situent sur le terrain de la preuve et permettent de réputer pour vrai les conséquences probables pouvant découler d'une situation connue. Les fictions en revanche se situent sur le terrain de la création normative. En effet, elles permettent de créer un effet juridique à partir de prémisses non conformes à la réalité. Voir par exemple, P. FORIERS, « Présomptions et fictions », in, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), *Les présomptions et les fictions en droit*, Bruylant, 1974, p. 7 et s., spéc. p. 8

<sup>2</sup> Pour une définition, voir, G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° Fiction. - D. ALLAND, S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° Fiction.

Pour une étude générale des fictions juridiques, voir par exemple, P. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, th. dactyl. Paris II, 1981. - L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, th. dactyl. Paris, 1914. - A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1995. - G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997. - C. CLÉMENT, *Présomptions et fictions en droit de la filiation*, th. dactyl. Paris 10, 2006.

<sup>3</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2004, pp. 324-325.

<sup>4</sup> Sur la règle *Infans conceptus pro jam nato habetur quoties de commodis ejus agitur* (l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt), voir, H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, Litec, 1999, p. 327, n° 172. À noter que la règle « *infans conceptus* » qui nous vient du droit romain constitue bien une fiction juridique parce qu'elle permet de déroger au principe d'après lequel la personnalité s'acquiert à la naissance. En effet, pour avoir la personnalité juridique, il faut naître vivant et viable. En considérant que l'enfant conçu est réputé né toutes les fois qu'il y va de son intérêt, le législateur permet de considérer comme né un enfant qui n'est que *pars viscerum matris*.

<sup>5</sup> Pour une étude approfondie des fictions en droit de la filiation, voir par exemple, C. CLÉMENT, *Présomptions et fictions en droit de la filiation*, th. dactyl. Paris 10, 2006, p. 561 et s.

<sup>6</sup> À propos du débat doctrinal relatif à l'extension de l'adage *infans conceptus* en matière extrapatrimoniale, voir, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 66 et s.

Ainsi, en permettant la création des liens matrimoniaux par delà la mort, le législateur pour rendre cette fiction socialement viable<sup>1</sup> a annihilé les intérêts successoraux du conjoint survivant (art. 171 du C. civ.). De même, en matière d'adoption plénière par exemple, en prévoyant que le prononcé d'une telle adoption rompt définitivement les liens avec la famille d'origine (art. 356 du C. civ.), le législateur disqualifie l'intérêt des membres de la famille d'origine relativement à l'enfant adopté.

Finalement, même si les fictions n'ont pas pour mission première de hiérarchiser les intérêts familiaux, il convient de souligner que parce qu'elles traduisent souvent des choix de politique familiale, elles délivrent d'utiles renseignements relatifs à l'ordre des intérêts en droit de la famille.

**263.** De ces développements, il faudrait retenir que par le recours aux techniques directes ou indirectes de hiérarchisation des intérêts familiaux, le législateur renseigne sur le sens des priorités qu'il a voulu imprimer dans un domaine donné. Le juge chargé de trancher le conflit d'intérêts ne peut être suspecté de faire triompher une vision subjective de l'ordre des intérêts familiaux, puisqu'il se contente de renvoyer à celle proposée, voire imposée par le législateur.

En définitive, en empêchant les conflits d'intérêts, par le truchement des techniques permettant de limiter l'accès au traitement juridictionnel, de prendre vie sur la scène juridique, le législateur par cette action sur la procédure permet de hiérarchiser les intérêts familiaux sans que le juge ne soit obligé de se prononcer sur leurs valeurs respectives. Cet ordonnancement des intérêts participe à la prévisibilité du traitement des conflits d'intérêts. De même, par le truchement des règles substantielles, le législateur ordonne certains intérêts familiaux en déterminant *a priori* leurs valeurs respectives. Pour ce faire, il prétranche d'éventuels conflits d'intérêts en droit de la famille. L'arbitrage ainsi réalisé s'impose au juge. Cependant, il convient de souligner qu'on ne saurait inciter le législateur à hiérarchiser *a priori* tous les intérêts familiaux dans une discipline, comme le droit de la famille, où la dimension humaine est particulièrement marquée. En effet, il ne faudrait pas perdre de vue qu'une hiérarchisation *a priori* des intérêts familiaux se fait nécessairement au détriment de l'adaptabilité matérielle et temporelle du traitement des conflits d'intérêts. Ainsi, ces techniques législatives de rationalisation que nous venons d'identifier présentent certaines limites à l'aune desquelles il est permis de relativiser leur capacité à constituer des remèdes efficaces à l'incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

---

<sup>1</sup> Un auteur faisait remarquer à juste titre que « les fictions juridiques ne sont pas des fictions romanesques : elles ne sont soutenables (...) qu'à condition d'être humainement viables ». A. SUPLOT, *L'Esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010, p. 59.

## **SECTION II : L'EFFICACITÉ DES TECHNIQUES LÉGISLATIVES DE RATIONALISATION**

**264.** Les développements de la présente section ont pour but de vérifier dans la pratique si les techniques législatives de rationalisation permettent effectivement de rendre moins incertain la régulation des conflits d'intérêts. Théoriquement, ces techniques législatives en donnant un tour mécanique aux arbitrages entre intérêts antagonistes peuvent se voir assigner la mission de réduire l'aléa dans la régulation des conflits d'intérêts. En effet, les techniques législatives de rationalisation reposent toutes sur l'idée suivant laquelle, la détermination d'une hiérarchie préétablie entre intérêts familiaux permet de rendre prévisible l'issue du traitement des conflits d'intérêts. Ce qui signifie que toute l'efficacité du processus repose sur le respect de la hiérarchie entre intérêts familiaux qui se dégage de la mise en branle de ces techniques. Or, il arrive que la hiérarchie à laquelle aboutit la mise en œuvre des techniques processuelles (§-1) et substantielles de rationalisation (§-2) soit remise en cause, affectant ainsi leur efficacité.

### **§-1 : L'EFFICACITÉ DES TECHNIQUES PROCESSUELLES DE HIÉRARCHISATION DES INTÉRÊTS FAMILIAUX**

**265.** S'il peut être établi qu'en droit interne, l'efficacité des techniques de limitation de l'action en justice se retrouve renforcée par les pouvoirs procéduraux du juge (A), on ne peut raisonnablement manquer de souligner, comme très souvent en droit des personnes et de la famille, que l'invocation des droits fondamentaux est susceptible de remettre en cause la hiérarchie entre intérêts familiaux qui se dégage de la mise en œuvre de ces règles processuelles (B).

#### **A — UNE EFFICACITÉ RENFORCÉE PAR LES POUVOIRS DU JUGE**

**266.** Si l'effectivité des règles processuelles visant à limiter l'action en justice est assurée par l'obligation faite au juge de soulever d'office dans la majorité des cas les fins de non-recevoir (1), il convient toutefois de souligner que ces obstacles procéduraux sont susceptibles d'être contournés, ce qui *in fine* ruine la capacité structurante de ces techniques processuelles dans le traitement des conflits d'intérêts (2).

##### **1) Les garanties d'effectivité des techniques processuelles de rationalisation**

### 267. La faculté de soulever d'office les fins de non-recevoir en droit commun.

— Pour que les techniques processuelles puissent atteindre leur objectif de rationalisation du traitement des conflits d'intérêts, il est indispensable que leur effectivité soit assurée et la hiérarchie des intérêts qui en découle respectée. Pour ce faire, il ne doit pas être permis aux parties qui sollicitent un traitement juridictionnel de leur conflit d'éluider les règles processuelles par lesquelles le législateur entend rationaliser l'action en justice. Par conséquent, doit être reconnu au juge le pouvoir de soulever d'office ces fins de non-recevoir qui sanctionnent le non-respect des conditions subjectives et objectives du droit d'agir. Or, un tel pouvoir permettant de soulever d'office les fins de non-recevoir n'a pas toujours été reconnu au juge.

Ainsi, avant le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, il n'était pas permis au juge de soulever d'office les fins de non-recevoir tirées de l'autorité de la chose jugée<sup>1</sup> et du défaut de qualité<sup>2</sup>. Avec ce décret, on a assisté à un renforcement des pouvoirs du juge, puisque l'art. 125 al. 1 du CPC lui impose de soulever d'office les fins de non-recevoir lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public<sup>3</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'art. 125 al. 2 du CPC dispose que le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée. En revanche, il est interdit au juge de soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de la prescription. La règle est rappelée expressément par le législateur à l'article 2247 du C. civ. qui dispose que les juges ne peuvent soulever d'office le moyen résultant de la prescription. En effet, la fin de non-recevoir tirée de la prescription étant considérée comme protégeant les intérêts privés, la partie susceptible d'invoquer la prescription peut y renoncer à condition que cette prescription soit acquise (art. 2250 du C. civ.).

Toutefois, il faut relever que ce système ainsi mis en place s'applique avec quelques nuances non négligeables à la matière familiale.

**268. La faculté de soulever d'office les fins de non-recevoir en droit de la famille.** — En droit de la famille, l'obligation pour le juge de relever d'office les fins de non-recevoir est spécialement renforcée en matière d'état des personnes<sup>4</sup>. En effet, en plus de

<sup>1</sup> En ce qui concerne la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, on se rappelle qu'elle était traditionnellement considérée comme une règle d'intérêt privé et par conséquent devrait être abandonnée à la discrétion des parties qui pouvaient ou non s'en prévaloir (Voir par exemple, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 déc. 2003, n° 02-10010, Bull. civ. II, n° 365).

<sup>2</sup> Voir par exemple, S. Guinchard (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2014, n° 193.35.

<sup>3</sup> Pour illustrer ce qu'est une fin de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public, l'article 125 al. 1 du CPC donne deux exemples non exhaustifs : l'absence d'ouverture d'une voie de recours et la forclusion résultant de l'expiration des délais d'exercice d'une voie de recours.

<sup>4</sup> On entend par état des personnes « l'ensemble des caractéristiques de la personne qui déterminent, selon la loi, certains effets de droit et définissent son statut juridique » (J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Dalloz, 14<sup>e</sup> éd., 2012, n° 200).

l'obligation de relever d'office les fins de non-recevoir prévues à l'article 125 du CPC, le juge a également l'obligation de soulever d'office les fins de non-recevoir en matière d'état des personnes. Cette règle qui veut « qu'en matière d'état des personnes, les fins de non-recevoir ont un caractère d'ordre public »<sup>1</sup>, s'explique par l'indisponibilité habituellement attachée à l'état des personnes et peut s'analyser comme une individualisation au droit de la famille des prescriptions de l'article 125 al. 1 du CPC.

Ainsi, contrairement au droit commun où l'article 2247 du C. civ. interdit au juge de soulever d'office les fins de non-recevoir tirées de la prescription quand bien même cette prescription serait en l'espèce d'ordre public<sup>2</sup>, en matière d'état des personnes, le juge n'a pas à faire le départ entre les délais de prescription et de forclusion<sup>3</sup> pour appréhender l'étendue de ses pouvoirs. Du moment que la règle tirée des dispositions régissant l'état des personnes constitue une fin de non-recevoir, le juge pourra l'opposer d'office, sans chercher, s'il s'agit de délai, à en établir la nature.

Partant, le non-respect des délais encadrant l'établissement ou la contestation de la filiation peuvent être relevés d'office par le juge<sup>4</sup>.

Notons en revanche que lorsque le différend n'est pas relatif à l'état des personnes, il convient d'appliquer le droit commun et distinguer, lorsque l'obstacle à l'action est inhérent au respect d'un temps imparti, les délais de prescription des délais de forclusion.

Il apparaît donc qu'en droit extrapatrimonial de la famille, le respect des empêchements à l'action en justice est globalement garanti par le renforcement des pouvoirs du juge en la matière. La simple volonté des parties est *a priori* insuffisante à éluder l'application de ces règles processuelles destinées à rationaliser le traitement des conflits d'intérêts. Toutefois, il convient de relever l'émergence, en droit de la filiation, d'une pratique contestable de contournement des règles processuelles de rationalisation.

L'état d'une personne est constitué de son sexe, de son nom, de sa nationalité, de sa filiation et de ses liens d'alliance. On y fait même rentrer les conséquences extrapatrimoniales du statut familial (L. TOPOR, *État et capacité des personnes*, Rép. civ. Dalloz, spéc. n° 11). Voir aussi, A.-M. LEROYER, « La notion d'état des personnes », in, Mélanges M. GOBERT, Economica, 2004, p. 247 et s.

<sup>1</sup> Voir TGI Paris, 26 mars 1991, D. 1993, Somm. 326, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, AJ fam. 2015, p. 54, obs. F. CHÉNEDÉ ; D. 2015 p. 649, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; Dr. fam. 2015, comm. 9, note C. NEIRINCK.

<sup>2</sup> Voir par exemple Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 juin 1988, n° 86-15400, Bull. civ. I, n° 206. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 9 déc. 1986, Gaz. Pal. 1987, I, 187, note M. MAYER, R. PINON.

<sup>3</sup> Pour rappel, en droit commun, les délais de forclusion peuvent être relevés d'office par le juge, tandis que les délais de prescription en application des articles 2247 et 2250 du C. civ. ne peuvent l'être.

<sup>4</sup> À noter toutefois qu'un arrêt isolé, unanimement critiqué par la doctrine, avait pu affirmer à propos d'une action en contestation de paternité que « les juges ne peuvent relever d'office le moyen tiré de la prescription, cette règle s'appliquant même si la prescription est d'ordre public ». Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, n° 05-21882, Dr. fam. 2007, comm. 141, obs. P. MURAT, RTD civ. 2007, p. 762, obs. J. HAUSER.

## 2) Le contournement des fins de non-recevoir, frein à l'effectivité des techniques processuelles

**269.** Un récent arrêt rendu le 10 juin 2015 par la première chambre civile de la Cour de cassation<sup>1</sup> illustre fort à propos l'hypothèse de contournement des obstacles à l'action qu'on veut tenter de mettre en lumière. La configuration factuelle du contentieux était la suivante.

La filiation d'un enfant né en 1992 avait été établie à l'égard de ses parents mariés par l'effet de la loi. Suite au divorce de ces derniers en 2006 et au remariage de la mère en 2010, celle-ci, avec le concours de son ex-mari, de son nouveau mari et de l'enfant lui-même, souhaitait contester la filiation paternelle de ce dernier. Or, cette filiation corroborée par une possession d'état ayant duré plus de 5 ans, la mère ne pouvait plus agir en justice pour la contester (art. 333 al. 1 du C. civ.). Elle saisit alors le ministère public afin qu'il puisse agir en contestation de la paternité de son ex-époux sur le fondement de l'article 333 al. 2 du C. civ.

Le procureur de la République fit droit à cette demande et assigna en contestation de paternité, l'enfant, ses parents ainsi que les héritiers du père putatif, décédé en cours d'instance.

Un arrêt confirmatif de la CA d'Aix-en-Provence déclara l'action du ministère public recevable, mais mal fondée en application de l'article 336 du C. civ., puisqu'aucun indice tiré des actes ne rendait invraisemblable la filiation paternelle et surtout aucune fraude à la loi ne pouvait être établie.

La Cour de cassation va casser et annuler l'arrêt d'appel, non pas parce que l'action du ministère public lui semblait irrecevable, mais parce que les juges du fond n'avaient pas répondu aux conclusions des appelants qui soutenaient qu'un juste équilibre n'avait pas été ménagé en l'espèce entre le droit à connaître son ascendance, garanti par le droit au respect de la vie privée (art. 8 de la Conv. EDH) et les intérêts patrimoniaux des héritiers du père putatif qui redoutaient d'éventuelles velléités successorales en cas de succès des actions en contestation et en recherche de paternité de l'enfant.

En interprétant *a contrario* ce raisonnement de la Cour de cassation, il est permis de retenir qu'en ne relevant pas d'office l'irrecevabilité de l'action du ministère public, les juges du fond admettent sa recevabilité. Ce qui est fort critiquable au regard de l'objectif de stabilité des situations juridiques qui avait conduit le législateur à verrouiller la filiation d'un enfant dont le titre était corroboré par une possession d'état ayant duré au moins cinq ans. En sus, il ne faut pas oublier que les actions relatives à la filiation constituent des actions attitrées qui de surcroît sont indisponibles. Permettre aux parties de surmonter la fin de non-recevoir tirée de la prescription de l'action en contestation du lien de filiation en passant par un chemin de

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 2015, n° 14-20790, Dr. fam. 2015, comm. 163, obs. C. NEIRINCK.

traverse, qui *in fine* leur permet d'emprunter une action autre que celle que leur octroie le législateur, revient, d'une part, à méconnaître la règle de l'indisponibilité des actions relatives à la filiation, mais aussi, d'autre part, à méconnaître l'esprit des textes<sup>1</sup>. En effet, l'action du ministère public analysée à l'aune de l'article 336 du C. civ. permet de constater que le législateur n'a en aucun cas envisagé cette action comme un remède à la prescription de l'action dont sont victimes les personnes ayant qualité pour contester le lien de filiation. Il s'agit sans nul doute d'un détournement des voies de contestation du lien de filiation qui *in fine*, réduirait à néant l'efficacité des fins de non-recevoir en matière de filiation, puisque dans les faits, l'action en contestation du lien de filiation ne serait jamais prescrite. Partant, la hiérarchie des intérêts familiaux qui se dégage de l'institution de ces fins de non-recevoir sera plus que jamais ineffective. Toutefois, pour atténuer un peu la vigueur de nos critiques, il convient de faire remarquer que, même recevable, l'action se heurterait aux exigences de l'article 336 du C. civ. En d'autres termes, l'action serait toujours recevable, mais rarement bien fondée...

En fin de compte, même s'il convient de se montrer attentif afin de discerner les tentatives de détournement des voies d'action, il ne faut pas perdre de vue qu'un danger plus grand guette l'efficacité des techniques processuelles de rationalisation. D'ailleurs, on le perçoit aisément dans l'arrêt de la Cour de cassation sus-analysé. En effet, la vraie menace pesant sur les techniques processuelles de rationalisation demeure l'évaluation de leur conformité au regard des droits fondamentaux.

## B — UNE EFFICACITÉ TEMPÉRÉE PAR LES DROITS FONDAMENTAUX

270. Il s'évince de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que les obstacles à l'action prévus par les législations internes poursuivent théoriquement des buts légitimes qui vont de la protection d'un intérêt particulier à la protection d'un intérêt général. Cependant, lorsqu'il est question dans une situation précise d'évaluer la compatibilité de ces techniques de limitation de l'action avec les droits fondamentaux, il arrive qu'au terme d'une pesée concrète des intérêts en présence, la Cour européenne des droits de l'Homme conclut à une violation des droits fondamentaux annihilant ainsi l'efficacité des arbitrages internes.

---

<sup>1</sup> Un auteur faisant remarquer qu'« accueillir les contestations de paternité d'accord exercées hors délai, c'est méconnaître complètement la volonté indiscutable du législateur et l'effet obligatoire de l'engagement donné ». C. SIFFREIN-BLANC, « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », in, E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), *Le lien familial, lien obligationnel, lien social*, t. II, PUAM 2014, p. 133 et s., spéc. p. 157. - P. MURAT, *L'office du juge en cas d'action en contestation engagée hors délai*, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 mars 2007, Dr. fam. 2007, comm. 141.

Les raisons justifiant cette mise à l'écart des techniques processuelles sont nombreuses. Certaines sont dites « génériques » puisqu'elles sont invoquées par la Cour européenne des droits de l'Homme pour rejeter les obstacles à l'action en général (1). D'autres sont dites « spécifiques » puisqu'elles sont invoquées pour rejeter certains types d'obstacles à l'action ; c'est le cas par exemple des fins de non-recevoir tirés du non-respect des délais impartis à l'exercice de l'action (2).

### **1) Les causes génériques d'incompatibilité**

**271.** Lorsque la Cour européenne des droits de l'Homme se livre à la mise en balance des intérêts familiaux dans des affaires mettant en lumière les techniques processuelles de limitation de l'action, elle prend surtout en considération plusieurs éléments, dont la convergence des intérêts des parties (a) mais aussi l'actualité de l'objectif poursuivi à travers la création de l'obstacle procédural (b).

#### **a) La convergence des intérêts des parties**

**272.** C'est surtout à propos des conflits d'intérêts relatifs à la filiation que les droits fondamentaux ont été invoqués dans le but d'annihiler les arbitrages internes reposant sur les techniques processuelles de limitation du droit d'agir. D'ailleurs, il convient de souligner à ce sujet que les affaires que la Cour a eu à connaître présentaient une configuration factuelle assez proche.

Une personne souhaite établir ou contester un lien de filiation, mais se heurte à une fin de non-recevoir tirée, soit de l'autorité de la chose jugée<sup>1</sup>, soit du non-respect d'un délai d'action<sup>2</sup>, soit enfin du défaut de qualité pour agir<sup>3</sup>. De ces arbitrages entre les différents intérêts en présence réalisés par les juges de Strasbourg, il apparaît que la Cour européenne des droits de l'Homme semble accorder un poids particulier à la volonté des parties.

C'est le cas par exemple de l'affaire *Ostace c. Roumanie*<sup>4</sup>. De cette affaire, il convient de retenir très succinctement que par un jugement du 6 mars 1981, monsieur Ostace fut déclaré père d'un enfant né en 1980. Cette décision des juridictions roumaines était fondée, d'une part, sur des témoignages attestant d'une liaison entre ce monsieur et la mère de l'enfant au cours de la période légale de conception, et, d'autre part, sur un examen comparé de sang n'ayant pu permettre d'exclure une telle paternité. Cette déclaration judiciaire de paternité devint définitive à la suite de l'épuisement des voies de recours dont elle pouvait être l'objet.

<sup>1</sup> Voir par exemple, CEDH, 25 févr. 2014, *Ostace c. Roumanie*, n° 12547/06 ; AJ. Fam. 2014, p. 246, obs. E. VIGANOTTI ; Dr. fam. 2014, étude 12, n° 3, obs. A. GOUTTENOIRE ; Dr. fam. 2014, alerte 15, obs. V. ÉGÉA.

<sup>2</sup> Voir par exemple, CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02 - CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01.

<sup>3</sup> Voir par exemple, CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10

<sup>4</sup> CEDH, 25 févr. 2014, *Ostace c. Roumanie*, précit.

Mais en 2003, monsieur Ostace avec le consentement de l'enfant devenu majeur procéda à une expertise biologique extrajudiciaire qui exclura tout lien biologique entre eux.

Sur le fondement de ce rapport d'expertise, monsieur Ostace sollicita une révision du jugement de 1981. Les juridictions internes s'opposèrent à cette demande en relevant que l'expertise biologique ainsi excipé ne pouvait justifier l'ouverture d'une révision du jugement de 1981.

Face à cette impossibilité de pouvoir mettre en adéquation la filiation juridique de l'enfant avec la réalité biologique, monsieur Ostace saisit la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation de ses droits fondamentaux, dont le droit au respect de la vie privée et familiale.

Dans sa traditionnelle pesée des intérêts en présence, la Cour va attacher une importance particulière au comportement des intéressés. Elle va d'ailleurs relever avec soin « qu'en déclarant irrecevable sa demande de réouverture de la procédure en recherche de paternité de l'enfant né hors mariage, **alors que tous les intéressés semblaient favorables à l'établissement de la vérité biologique concernant la filiation de H.-A. (...)** »<sup>1</sup>, les autorités nationales n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence. Ce qui sous-entend que la limitation du droit d'agir en justice aurait été compatible avec le droit au respect de la vie privée si l'un des protagonistes manifestait au contraire son désir de sauvegarder la filiation préexistante. À ce propos, il convient de souligner que la Cour européenne des droits de l'Homme semble ne pas mettre sur le même plan la volonté de tous les protagonistes, puisqu'elle accorde plus de poids à la concordance de la volonté de l'enfant et du prétendu parent.

En effet, si dans certaines affaires la Cour européenne des droits de l'Homme a pu par exemple attacher une importance au refus de remettre en cause la filiation de l'enfant exprimé à la fois par la mère et l'enfant lui-même<sup>2</sup>, il apparaît tout de même dans cette configuration conflictuelle que la volonté qui a eu plus de poids aux yeux de cette Cour est celle de l'enfant et non celle de la mère. Ce qui signifie que si l'enfant était favorable à la remise en cause de sa filiation paternelle et que la mère ne l'était pas, la Cour européenne des droits de l'Homme aurait été, en dépit des obstacles à l'action dressés par le droit interne, favorable à l'exercice de l'action en contestation. On ne le dira pas assez, seul importe en la matière la convergence des intérêts du parent putatif et de l'enfant. Ainsi, lorsqu'on se retrouvera dans la situation où une personne souhaiterait contester la filiation juridique d'un enfant afin de la faire concorder avec la réalité biologique, la Cour européenne des droits de l'Homme privera d'efficacité les techniques processuelles — qualité pour agir, chose jugée, prescription — qui empêchent l'exercice d'une telle action, chaque fois que l'enfant aura émis le souhait de faire vérifier sa

<sup>1</sup> CEDH, 25 févr. 2014, *Ostace c. Roumanie*, précit., spéc. §-45.

<sup>2</sup> CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10, spéc. §-72.

filiation<sup>1</sup>. En revanche, lorsque cette concordance de volonté fera défaut, les techniques processuelles retrouveront leur efficacité<sup>2</sup>.

Encore une fois, ce n'est pas uniquement l'intérêt de l'enfant qui permet d'annihiler les obstacles processuels à l'action, mais bien la convergence de la volonté des principaux intéressés à l'action qui peuvent ainsi, par la puissance de leur volonté, remettre en cause des arbitrages législatifs même dans des matières comme le droit de la filiation traditionnellement considéré comme indisponible<sup>3</sup>.

D'ailleurs, pour démontrer que c'est bien la convergence des intérêts des principaux intéressés à l'action qui compte et non pas le seul intérêt de l'enfant, il a été jugé par la Cour européenne des droits de l'Homme que lorsqu'un enfant prend l'initiative d'une action en recherche de paternité, il lui est interdit de passer outre les obstacles processuels à l'action en cas d'opposition du parent putatif<sup>4</sup>.

À défaut de convergence d'intérêts, le critère de l'actualité de l'intérêt protégé par le biais des techniques processuelles de limitation de l'action ressort également des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme sans qu'on puisse déterminer avec certitude l'importance que les juges européens entendent lui assigner.

### **b) La disparition du besoin de protection justifiant l'obstacle à l'action**

**273.** Les obstacles à l'action prévus par les législations internes poursuivent des buts légitimes de sécurisation des situations familiales. Par exemple, la prescription extinctive en matière de filiation a pour objectif principal la sécurisation de la filiation de l'enfant, et accessoirement, la fixation définitive des droits et obligations des parents légaux, du parent putatif, ainsi que ceux de leurs héritiers respectifs. En d'autres termes, c'est dans un souci de protection de l'intérêt de l'enfant que le législateur a imposé des délais à l'exercice des actions relatives à la filiation.

Partant, pour la Cour européenne des droits de l'Homme lorsque le besoin de protection de l'enfant qui justifiait l'existence de délais pour l'exercice d'une action en contestation du lien

<sup>1</sup> CEDH, 24 août 2010, *I.L.V. c. Roumanie*, n° 4901/04, spéc. §-46 (lecture *a contrario*) - CEDH, 6 déc. 2011, *Iyilik c. Turquie*, n° 2899/05, spéc. §-32 ; JCP (G) 2011, p. 1424, note G. GONZALEZ ; JCP (G) 2012, p. 296, note G. GONZALEZ et A. GOUTTENOIRE. - CEDH, 12 janv. 2006, *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02, spéc. §-13 ; RJPF 2006, n° 4, p. 36.

<sup>2</sup> Voir par exemple, CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10

<sup>3</sup> Un auteur avait d'ailleurs remarquablement démontré les limites de l'indisponibilité des actions relatives à la filiation. Voir D. HUET-WEILLER, *Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation*, D. 1978, chron. p. 233. Voir aussi, P. MURAT, « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », in, *Mélanges D. HUET-WEILLER*, LGDJ, 1994, p. 341.

<sup>4</sup> CEDH, 3 avr. 2014, *Konstantinidis c. Grèce*, n° 58809/09

de filiation<sup>1</sup> perd de son acuité au regard de la situation d'espèce, l'obstacle à l'action ne peut plus se justifier par ce seul fondement. C'est ce qui ressort de l'arrêt *Paulik c. Slovaquie*<sup>2</sup>.

Pour juger contraire au droit au respect de la vie privée l'obstacle à l'action en contestation du lien de filiation tiré de l'autorité de la chose jugée, la Cour releva dans cet arrêt qu'« en ce qui concerne l'intérêt général [justifiant l'obstacle procédural à l'action], il convient de noter que la fille putative du requérant est aujourd'hui âgée de près de quarante ans, qu'elle a fondé une famille et qu'elle ne dépend pas de lui pour sa subsistance. L'intérêt général pouvant résider dans la protection de ses droits à ce stade est bien moindre que lorsqu'elle était enfant »<sup>3</sup>.

On en déduit donc qu'un juste équilibre n'est pas ménagé entre les intérêts en présence à chaque fois que le but poursuivi à travers la fin de non-recevoir à l'action, malgré son manque d'acuité dans la situation d'espèce, continue à justifier une limitation de l'action.

Dans l'arrêt *Paulik c. Slovaquie*, ce but étant la préservation de l'intérêt de l'enfant, la Cour européenne des droits de l'Homme semble poser comme critère justifiant le besoin de protection des enfants, leur situation de dépendance à l'égard des adultes. *A contrario*, dès que l'enfant n'est plus dans une situation de dépendance, ce besoin de le protéger s'estompe. Cette situation de dépendance s'apprécie au regard de l'âge de l'enfant et de son accomplissement personnel. À ce propos, il convient de rappeler que l'enfant au sens des textes européens étant une personne âgée de moins de 18 ans, celle dont le requérant poursuit en l'espèce l'anéantissement de la filiation paternelle n'étant plus un enfant<sup>4</sup>, le besoin de protection s'estompe<sup>5</sup>. La contestation, voire l'anéantissement de son lien de filiation serait une expérience moins traumatisante en raison de sa maturité<sup>6</sup>.

Cependant, on ne peut tirer de cet arrêt des enseignements définitifs, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme conjugue le critère de l'absence d'actualité du but poursuivi par les fins de non-recevoir avec celui de la convergence des intérêts en présence pour conclure à une violation du droit au respect de la vie privée. Contrairement à ce dernier critère qui a suffi dans de nombreux arrêts à déclarer les fins de non-recevoir contraires aux

<sup>1</sup> La Cour a rappelé dans un arrêt que les fins de non-recevoir à l'action en contestation du lien de filiation se trouvaient justifiées, au regard de la nécessité de préserver la sécurité juridique dans les relations de famille, puisque l'anéantissement d'un lien de filiation peut être une expérience très traumatisante pour un enfant. Voir, CEDH, 18 févr. 2014, *A.L. c. Pologne*, n° 28609/08, spéc. §-76.

<sup>2</sup> CEDH, 10 oct. 2006, *Paulik c. Slovaquie*, n° 10699/05, RJPF 2007, p. 41, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

<sup>3</sup> CEDH, 10 oct. 2006, *Paulik c. Slovaquie*, précit., spéc. §-46.

<sup>4</sup> Au sens enfant par l'âge, car le mot enfant est polysémique. Il désigne aussi bien l'enfant par l'âge que l'enfant descendant de quelqu'un. Sur cette polysémie, voir par exemple, J. CARBONNIER, *Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant et le couple*, PUF, 2002, p. 75. - L. BRUNET, note sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1996, D. 1998, p. 453.

<sup>5</sup> Ce besoin de protection ne disparaît pas avec la majorité. On tient compte de l'épanouissement personnel de l'enfant. Ainsi, dans des situations particulières où l'enfant majeur reste totalement dépendant, on ne serait nullement surpris que la Cour considère que le besoin de protection reste d'actualité.

<sup>6</sup> CEDH, 18 févr. 2014, *A.L. c. Pologne*, n° 28609/08 (interprétation *a contrario* du §-76).

droits fondamentaux, la question de l'autonomie du critère de l'absence d'actualité du but poursuivi reste en suspens.

Toutefois au terme de cette analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, il nous semble possible de retenir de manière générale que lorsque le besoin de protection d'un intérêt justifie dogmatiquement l'érection des fins de non-recevoir, un juste équilibre n'est pas garanti entre les intérêts en présence si ce besoin de protection disparaît dans la situation d'espèce. Le but poursuivi par le législateur malgré sa légitimité abstraite ne justifierait plus l'obstacle à l'action dans une situation concrète dans laquelle un tel objectif ne paraît plus nécessaire ni souhaitable.

En fin de compte, on peut relever que la convergence des intérêts en présence pour l'exercice de l'action constitue une cause certaine d'inefficacité des fins de non-recevoir peu importe leur nature. Toutefois, il ne faut pas oublier que l'obstacle à l'action tiré du non-respect des délais peut être surmonté par le biais d'un moyen spécifique qui n'est autre que l'application de l'adage « *contra non valentem (...)* ».

## 2) La règle « *contra non valentem (...)* »<sup>1</sup>, cause spécifique d'incompatibilité

**274. Exposé de la règle.** — À côté des causes légales et déterminées de suspension de la prescription, la jurisprudence avait très tôt prévu une cause générale de suspension reposant sur l'idée selon laquelle, puisqu'à l'impossible nul n'est tenu, on ne pourrait raisonnablement faire courir un délai de prescription contre quelqu'un qui se trouvait dans l'impossibilité d'agir en justice<sup>2</sup>.

Même si cet adage visait la prescription, il convient de souligner que son application a été étendue aux délais de forclusion<sup>3</sup>. Ce qui traduit bien une volonté de permettre, à titre exceptionnel, à une personne de surmonter l'obstacle inhérent à la prescription ou à la forclusion, chaque fois qu'il est établi qu'elle était dans l'impossibilité, en raison d'obstacles de fait ou de droit<sup>4</sup>, d'agir en justice dans le temps imparti. Cette règle « *contra non valentem* », désormais consacrée à l'article 2234 de notre Code civil, jouit à l'époque

<sup>1</sup> *Contra non valentem agere non currit praescriptio* (la prescription ne court pas contre celui qui a été empêché d'agir). Voir, H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1999, n° 60.

<sup>2</sup> Voir par exemple, J. CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937, p. 155 et s.

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, *op. cit.*, p. 188 - C. AUBRY, C. RAU, *Cours de droit civil français*, t. 12 par C. ESMEIN, 6<sup>e</sup> éd., 1958, p. 429 - R. RODIÈRE, *L'écoulement du temps et la recevabilité de l'action en responsabilité contre le transporteur aérien*, D. 1976, chron. p. 265.

<sup>4</sup> Les obstacles de droit peuvent être d'origine légale ou conventionnelle. Les obstacles de fait sont divers : ignorance de l'existence de son droit, altération des facultés mentales, impossibilité morale d'agir... En conséquence tout ce qui peut légitimement empêcher une personne d'agir peut être pris en compte. D'ailleurs, le doyen Carbonnier faisait remarquer à juste titre qu'« on ne peut pas affirmer d'avance, en présence d'un événement donné, que cet événement constituera nécessairement, aux yeux d'un tribunal, une impossibilité d'agir suspensive de la prescription. On a l'impression que tout est question d'espèce (...) ». J. CARBONNIER, *La règle contra non valentem agere non currit praescriptio*, *op. cit.*, p. 181.

contemporaine d'une formidable actualité puisqu'elle est souvent reprise par la Cour européenne des droits de l'Homme pour garantir un droit effectif d'accès à un tribunal, là où les arbitrages internes tendent à privilégier l'inflexibilité des délais.

**275. Mise en œuvre de la règle par la Cour européenne.** — Après avoir exposé les arrêts majeurs en la matière, il conviendra de faire la synthèse des conditions dans lesquelles les fins de non-recevoir tirés des délais sont susceptibles d'être annihilées par la Cour européenne des droits de l'Homme suite au contrôle de leur conventionnalité.

**276. Exposé de la jurisprudence pertinente.** — L'un des arrêts importants en la matière est sans doute l'arrêt *Shofman c. Russie*<sup>1</sup>. Dans les faits, un père qui prit connaissance de sa non-paternité deux ans après l'établissement de la filiation de l'enfant à son égard vit son action en désaveu de paternité se heurter à la prescription annale prévue par le droit interne.

Ayant à statuer sur le recours exercé devant elle par ce dernier, la Cour européenne des droits de l'Homme, après avoir souligné que le droit interne ne prévoyait aucune dérogation aux hypothèses de connaissance tardive de la vérité biologique, avait retenu que l'inflexibilité du délai en l'espèce portait atteinte au droit au respect de la vie privée du requérant (§-43 et 45).

L'arrêt *Phinikaridou c. Chypre*<sup>2</sup> s'inscrit également dans cette logique de rejet des délais inflexibles.

Dans les faits, une femme, à l'article de la mort, qui n'a jamais reconnu sa fille biologique, apprit à cette dernière, alors âgée de 50 ans, l'identité de son père biologique. L'enfant entreprit une action en établissement du lien de filiation à l'encontre du père putatif. Celui-ci niait sa paternité et invoquait comme moyen de défense, la prescription de l'action intentée à son encontre.

En effet, le droit chypriote enfermait l'exercice d'une telle action dans un délai de 3 ans à compter de la majorité de l'enfant. Les juridictions internes déboutèrent l'enfant qui saisit la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation des articles 6 et 8 de la Convention.

La Cour européenne des droits de l'Homme, après avoir relevé qu'elle « a du mal à admettre que le délai rigide de prescription s'écoule, que l'enfant ait ou non eu connaissance des circonstances se rapportant à l'identité de son père et sans qu'aucune dérogation ne soit prévue à l'application de ce délai », va retenir une méconnaissance des droits fondamentaux (§-62 et 65).

Un autre arrêt (*Howald Moor et autres c. Suisse*)<sup>1</sup> rendu récemment par la Cour européenne des droits de l'Homme en droit de la responsabilité civile permet de restituer, au-delà de cette

<sup>1</sup> CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01

<sup>2</sup> CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02

matière, une vision claire lorsqu'il s'agit de vérifier la compatibilité des fins de non-recevoir tirées du non-respect des délais d'action, avec les droits fondamentaux.

Dans les faits, la veuve d'un salarié exposé à l'amiante sur son lieu de travail avait entrepris de demander à l'employeur de ce dernier, la réparation du préjudice moral que lui cause le décès de son mari. Parallèlement à cette action, les enfants du défunt reprirent l'action en responsabilité civile entamée par leur père avant son décès. Aucune de ces actions n'aboutit, puisque les juridictions internes opposèrent aux intéressés, la péremption de l'action qui était soumise à un délai décennal, à compter de la dernière exposition aux produits pathogènes. La veuve et les enfants saisirent la Cour européenne des droits de l'Homme arguant une violation des droits garantis à l'article 6 §-1 de la Convention.

Dans sa solution, la Cour européenne des droits de l'Homme commença par rappeler que le droit d'accès à un tribunal n'est pas un droit absolu et que les États disposent d'une marge d'appréciation quant à l'instauration des délais d'action. En revanche, ces délais pour être compatibles avec les exigences de l'art. 6 §-1, ne doivent pas porter atteinte à la substance même de ce droit (§-71). Tel n'est pas le cas lorsque ces délais privent de droit à réparation une personne dont le dommage (la maladie) survient bien après l'expiration de ces délais (§-79).

**277. Interprétation de la jurisprudence pertinente.** — À la suite de ces arrêts, il convient de souligner que la Cour européenne des droits de l'Homme rejette avant tout l'inflexibilité des délais auxquels est soumis l'exercice des actions en justice. L'élément important dans l'exercice de son contrôle est sans doute la prise en compte du moment où la cause empêchant l'exercice de l'action cesse<sup>2</sup>. Si celle-ci cesse avant l'écoulement du délai d'action, le requérant, qui par défaut de diligence n'exerce pas l'action à temps, est définitivement empêché d'agir. La fin de non-recevoir est jugée compatible avec le respect des droits fondamentaux.

En revanche, si cette cause empêchant l'exercice de l'action ne cesse qu'après l'écoulement du délai, celui-ci n'est pas incompatible avec les droits fondamentaux, si le législateur prévoit exceptionnellement une réouverture de l'action au profit des personnes qui ne pouvaient légitimement agir. Ce qui signifie *a contrario* que lorsque la cause empêchant une personne d'agir disparaît après l'écoulement du délai d'action, et que le droit interne, tout en ne prévoyant pas à titre exceptionnel une réouverture de l'action, se montre de surcroît inflexible

---

<sup>1</sup> CEDH, 11 mars 2014, *Howald Moor et autres c. Suisse*, n° 52067/10 et 41072/11 ; D. 2014, p. 1019, note J.-B. BORGHETTI.

<sup>2</sup> La connaissance de la vérité biologique, ou la connaissance de l'identité du parent putatif peuvent servir d'illustration en droit de la filiation.

quant au respect de ce délai, la Cour européenne des droits de l'Homme jugera un tel obstacle à l'action contraire aux droits fondamentaux (art. 6 §-1 et art. 8 de la Conv. E.D.H.)<sup>1</sup>.

Ces principes dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme auront sans doute d'importantes répercussions sur les délais d'action de notre droit de la famille. Au-delà du droit de la filiation qui a été au cœur des affaires sus-évoquées, on pense également à la nullité relative du mariage qui doit être demandée dans un délai de cinq ans suivant la célébration (art. 181 du C. civ.). Le point de départ étant fixe, c'est-à-dire sans possibilité de report à la date de la découverte ou de la cessation du vice, cette fin de non-recevoir sera jugée contraire aux droits fondamentaux si les juridictions étatiques refusent d'accorder une dérogation à l'action en nullité d'un époux, qui prendrait connaissance de la cause de nullité plus de cinq ans après la célébration du mariage.

Si l'invocation des droits fondamentaux permet d'annihiler l'efficacité des techniques processuelles de rationalisation du traitement des conflits d'intérêts, il convient de souligner que ces mêmes droits fondamentaux permettent également de remettre en cause la hiérarchie des intérêts familiaux découlant des règles substantielles.

## **§-2 : L'EFFICACITÉ DES TECHNIQUES SUBSTANTIELLES DE HIÉRARCHISATION DES INTÉRÊTS FAMILIAUX**

**278. Une efficacité tempérée par les droits fondamentaux.** — Contrairement à ce qui fut jadis enseigné, le législateur est loin d'être aujourd'hui un être tout puissant dont les arbitrages ne sauraient être contestés. Sa souveraineté est de plus en plus tempérée à l'aune des droits fondamentaux. Ce qui signifie que les techniques substantielles de hiérarchisation des intérêts familiaux dans lesquelles un espoir légitime de rationalisation du traitement des conflits d'intérêts est placé peuvent voir leur légitimité remise en cause au contact des droits fondamentaux. D'ailleurs, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme regorge de nombreux exemples d'arbitrages internes clairs retoqués à l'issue d'un contrôle de conventionnalité. Les illustrations suivantes suffiront à établir cette potentialité des droits fondamentaux à mettre en échec la hiérarchie des intérêts familiaux préétablie par le législateur au travers des règles substantielles.

**279. L'exemple des présomptions légales relatives à la paternité.** — De nombreux systèmes juridiques, à l'instar du nôtre, connaissent en matière de filiation des

---

<sup>1</sup> Voir, CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, spéc. §-54 et 65 - CEDH, 29 janv. 2013, *Röman c. Finlande*, n° 13072/05, spéc. §-60 - CEDH, 6 juill. 2010, *Grönmark c. Finlande*, n° 17038/04, spéc. §-55.

présomptions légales permettant l'établissement de la filiation paternelle des enfants<sup>1</sup>. À côté de la présomption de paternité fondée sur le mariage, existe également lorsque la mère n'est pas mariée, une présomption de paternité fondée sur l'existence de relations charnelles pendant la période légale de conception de l'enfant.

L'efficacité de ces présomptions légales en matière de filiation est généralement garantie par l'impossibilité de revenir, après un certain délai, sur la filiation établie par leur biais. Cependant, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme est considérée de nos jours comme l'ultime recours face au refus des ordres juridiques internes de permettre la satisfaction de nombre d'intérêts personnels, elle a fatalement eu à se prononcer sur la compatibilité des présomptions légales avec les droits fondamentaux.

Les circonstances factuelles à l'origine de ces contrôles opérés par la Cour européenne des droits de l'Homme sont souvent similaires. Généralement, dans l'espoir de faire concorder en matière de filiation la réalité biologique avec la réalité juridique, une personne — souvent il s'agit du parent putatif ou de l'enfant lui-même — poursuit l'anéantissement d'un lien de filiation préexistant. Puisque cette filiation préexistante est fondée sur une présomption légale, la demande de l'intéressé se retrouvait systématiquement rejetée par les juridictions internes.

En effet, les systèmes juridiques, qui recourent aux présomptions en matière de filiation, préfèrent donner le primat aux situations familiales découlant du jeu de ces présomptions légales lorsqu'il est établi qu'elles ont été consolidées dans le temps. En d'autres termes, en matière de filiation, ces législations jugent la « vérité présumée » qui découle des règles juridiques, supérieure à la « vérité scientifique » qui découle de la biologie. Or, de tels choix législatifs qui permettent surtout de sécuriser les situations familiales n'apparaissent plus, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, compatibles avec les droits fondamentaux.

Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour a rappelé qu'une situation dans laquelle il était impossible de faire prévaloir la réalité biologique sur une présomption légale de paternité n'était pas compatible avec l'obligation de garantir le respect effectif de la vie privée et familiale<sup>2</sup>. Toutefois à travers d'autres arrêts<sup>3</sup>, la Cour, loin de renier sa jurisprudence vient préciser que la primauté de la réalité biologique sur les présomptions légales n'est pas systématique. Elle est subordonnée, d'une part, à l'existence d'une preuve rendant certaine la discordance entre la réalité biologique et la réalité sociologique, et, d'autre part, à la convergence des intérêts vers une rectification de la filiation.

<sup>1</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, p. 448 et s.

<sup>2</sup> CEDH, 12 janv. 2006, *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02, spéc. §-113 - CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01, spéc. §-45 - CEDH, 27 oct. 1994, *Kroon et autres c. Pays-Bas*, n° 18535/91, spéc. §-40.

<sup>3</sup> CEDH, 6 déc. 2011, *Iyilik c. Turquie*, n° 2899/05 - CEDH, 24 août 2010, *I.L.V. c. Roumanie*, n° 4901/04 - CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10.

La condition de l'existence d'une preuve rendant certaine la discordance entre la réalité biologique et la réalité sociologique se déduit de l'arrêt *Iyilik c. Turquie*<sup>1</sup>.

Saisie par un mari qui s'était heurté au refus des juridictions étatiques de rouvrir son action en désaveu de paternité qui échoua jadis, faute de certitude sur sa non-paternité, la Cour européenne des droits de l'Homme devait se prononcer sur la conformité aux droits fondamentaux d'une telle situation.

La Cour va estimer que le refus des juridictions internes, d'accueillir la demande de révision de la procédure judiciaire de désaveu de paternité, n'est pas disproportionné. En effet, elle souligne que si le refus de révision revenait à faire prévaloir la présomption de paternité sur la base de laquelle la filiation fut juridiquement établie, sur la réalité biologique, une telle situation ne porte pas atteinte au droit au respect de la vie privée du requérant, puisque celui-ci n'était pas en possession d'un test ADN excluant sans l'ombre d'un doute sa paternité. Sa non-paternité n'était que potentielle (voir §-32). *A contrario*, la prévalence de la présomption de paternité sur la réalité biologique aurait été contraire au droit au respect de la vie privée, si le requérant était déjà en possession d'une preuve attestant qu'il était biologiquement étranger à l'enfant.

Toutefois, cette condition doit être cumulée avec l'existence d'une autre qui réside dans la convergence des intérêts vers une rectification de la filiation<sup>2</sup>.

En définitive, en matière de filiation, la Cour condamne fermement à travers sa jurisprudence la prévalence dogmatique des présomptions légales sur la réalité biologique. Elle ne tombe pas non plus dans l'extrême inverse qui consisterait à faire primer, en toute situation, la réalité biologique sur les présomptions légales. Elle prône en réalité un équilibre. La réalité biologique doit primer sur les présomptions légales s'il est établi avec certitude l'existence d'une discordance entre la réalité biologique et la réalité sociologique de la filiation, d'une part, et d'autre part, si les intérêts de l'enfant, du parent putatif et des parents légaux convergent vers une rectification de la filiation.

Au regard des difficultés qu'elle peut engendrer, on ne peut qu'être dubitatif à la suite de l'exposé d'une telle jurisprudence.

À titre d'illustration, on peut souligner qu'en raison de la tendance des législations internes à la prohibition de la contestation de la paternité légale en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, l'application de cette jurisprudence risque de soulever quelques difficultés.

En effet, au regard de cette jurisprudence, on doit permettre au donneur de sperme de contester la filiation légale du moment que tous les intérêts convergent vers l'établissement de

<sup>1</sup> CEDH, 6 déc. 2011, *Iyilik c. Turquie*, précit.

<sup>2</sup> CEDH, 6 déc. 2011, *Iyilik c. Turquie*, précit., spéc. §-32 - CEDH, 9 oct. 2014, *Marinis c. Grèce*, n° 3004/10, spéc. §-72.

la filiation biologique, et qu'on détient la preuve que l'enfant est biologiquement étranger au parent légal.

La prohibition étatique ne devrait pas constituer un obstacle au droit à l'établissement de la filiation biologique, à moins que, la Cour mesurant le potentiel subversif de sa jurisprudence ne décide de l'agrémenter de subtiles retouches dont elle a le secret, mais qui *in fine* la rendront illisible.

Les présomptions légales en matière de filiation ne sont pas les seules techniques substantielles de hiérarchisation des intérêts familiaux susceptibles de voir leur efficacité annihiler au détour d'un contrôle de leur conformité avec les droits fondamentaux. Les présomptions de volonté aussi peuvent subir le même sort.

### **280. L'exemple de la présomption de refus d'expertise biologique *post-mortem*.**

— En droit interne, le législateur a tranché entre le droit à connaître son ascendance et le droit au respect des morts, en faisant prévaloir ce dernier par le truchement d'une présomption de refus des expertises biologiques *post-mortem* (art. 16-11 du C. civ). Cependant, au nom des droits fondamentaux, un tel arbitrage a été indirectement remis en cause à travers l'arrêt *Pascaud c. France*<sup>1</sup> dont la solution n'étonna guère les observateurs avertis de la jurisprudence de la Cour E.D.H, tant un précédent arrêt avait déjà sanctionné la prééminence dogmatique du droit au respect des morts sur le droit des vivants à connaître leur ascendance<sup>2</sup>. Dans les faits, un enfant né en 1960 fut reconnu par le nouveau compagnon de sa mère. L'enfant fut légitimé par le mariage unissant sa mère à ce nouveau compagnon. Toutefois, cet homme n'assuma pas socialement son rôle de père. L'enfant connaissant l'identité de son père biologique noua en secret des relations avec lui. Il souhaite contester la reconnaissance de paternité du désormais ex-mari de sa mère, pour permettre à son père biologique qui en émit également le souhait, de le reconnaître. Une expertise judiciaire fut demandée par le juge de la mise en état afin de permettre au tribunal, en connaissance de cause, de retenir ou d'écarter la

<sup>1</sup> CEDH, 16 juin 2011, *Pascaud c. France*, n° 19538/08, D. 2012, p. 1228, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; D. 2012, p. 1432, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; AJ fam. 2011, p. 429, obs. F. CHÉNEDÉ ; RTD civ. 2011 p. 526, obs. J. HAUSER.

<sup>2</sup> CEDH, 13 juill. 2006, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, spéc. §-38-41, RTD civ. 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2007, p. 99, obs. J. HAUSER.

Ce que la Cour EDH interdit, c'est la prévalence dogmatique d'un intérêt sur l'autre. Elle ne tombe pas non plus dans l'extrême inverse qui consisterait à affirmer la supériorité de l'intérêt de l'enfant à la vérité biologique. Par exemple, la Cour s'est opposée dans un arrêt à l'exhumation d'un potentiel grand-père aux fins d'expertise réclamée par la potentielle petite-fille qui était convaincue de l'origine adultérine de son père également décédé (CEDH, 5 mai 2009, *Menendez Garcia c. Espagne*, n° 21046/07, RTD civ. 2009, p. 679, obs. J.-P. MARGUÉNAUD). Dans cet arrêt elle a fait primer la protection des droits de la famille et la sécurité juridique sur l'intérêt dans la connaissance de l'identité de son grand-père. En effet d'après la Cour, « l'intérêt dans la connaissance de l'identité varie en fonction du degré de proximité des ascendants. En effet, alors qu'il convient de lui accorder la plus haute importance s'agissant des ascendants directs, à savoir les parents, son poids en relation avec d'autres intérêts diminue en fonction de l'éloignement dans le degré de parenté. Il appartient à chaque État de ménager son ordre juridique interne en utilisant la marge d'appréciation dont il dispose pour pondérer les intérêts en conflit dans chaque cas d'espèce ».

paternité du père putatif. Gravement malade, le père putatif fut placé sous sauvegarde de justice. Il donna son consentement à la réalisation de l'expertise biologique qui conclut à l'existence d'un lien biologique avec l'enfant. Avant que le tribunal n'ait l'occasion d'examiner la demande d'établissement de la filiation biologique, le père putatif décéda. Ce qui eut pour conséquence procédurale la radiation de la demande.

L'enfant réitéra sa demande, en assignant cette fois, la commune du lieu de résidence du père putatif en sa qualité de légataire des biens de ce dernier. Le tribunal, prenant compte des résultats de l'expertise biologique réalisée *ante-mortem*, annula la reconnaissance de paternité de l'ancien mari. En revanche, il rejeta la demande d'établissement de la filiation à l'égard du père putatif décédé, car l'action en recherche de paternité n'était plus possible en raison de la forclusion du demandeur. L'enfant interjeta appel.

La Cour d'appel déclara l'action recevable, mais refusa d'établir la filiation à l'égard du père putatif. En effet, elle souligna que l'expertise biologique réalisée du vivant du père putatif ne pouvait être prise en compte faute de consentement au prélèvement. D'après la Cour d'appel, il apparaît au regard des expertises graphologiques que l'autorisation de prélèvement n'avait pas été signée par le père putatif, qui plus est, faisait l'objet d'une mesure de protection judiciaire.

L'enfant se pourvut en cassation, mais son pourvoi fut déclaré non-admis. Il assigna alors l'État français devant la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation de son droit au respect de la vie privée.

Dans cette affaire, la question de l'expertise biologique *post-mortem* n'était pas le nœud gordien du conflit. Elle va néanmoins rejaillir incidemment au moment du contrôle de conventionnalité de l'art. 16-11 du C. civ. En effet, en examinant si les juridictions françaises ont ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence, la Cour va noter que les modes d'établissement non contentieux de la filiation à l'égard du père putatif tels que la reconnaissance, la possession d'état, n'étaient plus possibles en l'espèce du fait de son décès. Seule une action en recherche de paternité pouvait permettre à l'enfant d'atteindre un tel objectif, à condition que soit prouvée la paternité du père putatif.

Or, en invalidant l'expertise biologique *ante-mortem*, et en subordonnant l'expertise biologique *post-mortem* à l'accord exprès de la personne manifesté de son vivant ou à défaut de sa famille, il n'était donc plus possible, en l'espèce, à l'enfant d'arriver à ses fins.

Partant la Cour relève qu'elle « a des difficultés à admettre que les juridictions nationales aient laissé des contraintes juridiques l'emporter sur la réalité biologique en se fondant sur l'absence de consentement du père putatif (à l'expertise biologique *ante-mortem*)<sup>1</sup>, alors même que les résultats de l'expertise ADN constituaient une preuve déterminante de l'allégation du requérant (...). C'est d'autant moins admissible que, à son décès, le père

---

<sup>1</sup> Précision que nous rajoutons.

putatif n'avait plus aucune famille connue. Elle en conclut que dans les circonstances de l'espèce, il n'a pas été ménagé un juste équilibre entre les intérêts en présence (...) et que le requérant a subi une atteinte injustifiée à son droit au respect de sa vie privée »<sup>1</sup>.

Ce qui revient à retenir implicitement qu'aux yeux de la Cour, le repos des morts ne peut justifier, lorsqu'il n'existe plus aucune possibilité de connaître son ascendance, que soit fait obstacle à la réalisation d'expertises *post-mortem*. Faisant le même constat, un auteur soulignait à juste titre que « la découverte de l'ADN a mis fin au repos éternel. Pour ceux qui souhaitent reposer en paix, il ne reste que l'incinération »<sup>2</sup>.

En définitive, il convient de souligner que les techniques législatives de rationalisation parce qu'elles sont susceptibles d'être annihilées par le truchement d'un contrôle de conventionnalité ne constituent pas un remède efficace à l'incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

---

<sup>1</sup> CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, spéc. §-68 ; JCP (G) 2011, act. 797, obs. L. MILANO

<sup>2</sup> C. NEIRINCK, Dr. fam. 2015, comm. 9.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**281.** Dans un premier temps, il a été démontré qu'au-delà de l'impression première de désordre ressentie dans le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts en droit de la famille, il existe en réalité dans l'arsenal législatif, des techniques permettant de rendre rationnel le traitement des conflits d'intérêts. Pour ce faire, ces techniques agissent soit sur la procédure, soit sur le fond du droit.

Lorsqu'elles agissent sur la procédure, elles ont principalement pour mission de rendre rationnelle l'action en justice en limitant le droit d'agir à travers la technique des fins de non-recevoir. Si le conflit est alors traité sans un examen au fond portant sur le bien-fondé de la demande, il faut au moins reconnaître que la mobilisation de ces règles processuelles permet au juge, en raison de leur capacité opérationnelle, d'aboutir à une solution prévisible.

Lorsqu'elles agissent sur le fond du droit, elles ont principalement pour mission de rendre rationnelle la détermination de la valeur intrinsèque des intérêts familiaux antagonistes.

Pour ce faire, le législateur peut décider de prétrancher les conflits d'intérêts éventuels en assignant une valeur aux intérêts familiaux. La prohibition, les présomptions ou encore les fictions sont autant de techniques qui permettent au législateur d'assigner une place aux intérêts familiaux potentiellement rivaux.

Toujours dans l'optique de faciliter la délicate opération d'attribution d'une valeur aux intérêts familiaux, le législateur peut aussi renvoyer le juge à une façon objective de hiérarchisation des intérêts. Le recours au critère chronologique par exemple permet d'atteindre cet objectif.

En fin de compte, ces techniques qu'elles soient processuelles ou substantielles permettent de satisfaire le besoin de sécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts, parce qu'elles ont en commun le souci de rendre objectifs les critères de décision lorsqu'il est question de trancher les situations conflictuelles. Autrement dit, elles permettent de limiter la part créatrice du juge dans le traitement des conflits d'intérêts, puisque celui-ci se contente simplement d'individualiser aux situations d'espèce une hiérarchie claire des intérêts familiaux reçue du législateur.

Cependant, il a été aussi démontré dans un second temps que ces techniques de rationalisation ne constituent pas toujours des remèdes efficaces à l'incertitude juridique dans la régulation des conflits d'intérêts.

En effet, en raison de l'engagement du législateur à garantir l'effectivité des droits fondamentaux, ces techniques de limitation de l'action en justice ou de détermination de la

valeur des intérêts doivent également être compatibles avec le respect de ces droits fondamentaux.

Dans l'abstrait, la Cour européenne des droits de l'Homme a reconnu que ces techniques sont compatibles avec les droits fondamentaux en raison des objectifs qu'elles poursuivent. Cependant, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme ne se prononce pas sur une compatibilité théorique des règles internes avec la Convention, il arrive très souvent qu'à travers un examen de la proportionnalité de l'intérêt sacrifié, elle retienne que l'application qui est faite de ces techniques dans une espèce particulière ne soit pas compatible avec le respect des droits fondamentaux.

En réintroduisant ainsi à travers le contrôle de proportionnalité un pouvoir judiciaire d'adaptation matérielle des arbitrages entre intérêts familiaux réalisés par les normes internes, on sape à nouveau la prévisibilité des solutions et surtout la stabilité des situations familiales cristallisées jadis en application de ces règles internes de rationalisation.

En définitive, les techniques législatives de rationalisation constituent des remèdes pas toujours efficaces à l'incertitude juridique des traitements juridictionnels des conflits d'intérêts. D'ailleurs pour dire les choses franchement, « quelle sécurité juridique peut-on encore espérer si les droits fondamentaux deviennent des droits à tout faire ? »<sup>1</sup>. Une telle tendance n'est d'ailleurs que le reflet d'une époque juridique qui au nom du droit à l'épanouissement et au bonheur personnel, abhorre, surtout dans les relations de famille, les arbitrages définitifs.

---

<sup>1</sup> M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Conclusions générales », in, J.-L. RENCHON (dir.), *L'enfant et les relations familiales internationales*, Bruylant, 2003, p. 410.

## CONCLUSION DU PREMIER TITRE

**282.** Pour rendre moins incertains les arbitrages entre les intérêts familiaux en conflit, la première possibilité offerte par le droit positif consiste à déléguer aux parties le soin de procéder à un tel arbitrage, le plus souvent sous contrôle judiciaire. Dès lors, elles ne pourront plus se plaindre d'avoir été surprises par l'issue de l'affrontement des intérêts antagonistes et seront plus enclines à respecter une telle solution concertée. Cependant, il a été souligné que le recours aux traitements négociés est loin de constituer un remède miracle face à l'incertitude des arbitrages juridictionnels. D'une part, parce que le recours à la gestion consensuelle n'est pas toujours possible en raison d'obstacles de droit à l'instar de l'ordre public structurel, ou en raison d'obstacles de fait à l'instar des violences familiales qui traduisent une domination, voire une négation de l'autre dans sa singularité. D'autre part, parce que les avantages de prévisibilité et de stabilité escomptés de la gestion consensuelle sont le plus souvent conditionnés à une homologation judiciaire de la solution négociée.

À l'aune de ce constat, la réflexion s'est ensuite orientée vers les moyens permettant de rationaliser le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts. On a alors constaté qu'il était possible de donner un tour mécanique à la régulation des conflits d'intérêts à travers des techniques processuelles ou substantielles qui permettent de reconstituer *in fine* une hiérarchie des intérêts familiaux. Cependant, parce que la hiérarchie des intérêts familiaux qui découlent de la mise en œuvre de ces techniques est susceptible d'être écartée par une mise en balance concrète des intérêts antagonistes, il est apparu de manière claire que ces techniques de rationalisation ne sont pas toujours d'une grande efficacité face à l'incertitude juridique. Dès lors, nos prochains développements seront l'occasion d'une réflexion prospective sur moyens permettant de compléter utilement les mécanismes législatifs destinés à garantir aux justiciables, en droit extrapatrimonial de la famille, une meilleure visibilité en matière de traitement des conflits d'intérêts.

## TITRE II : LES REMÈDES *DE LEGE FERENDA*

**283.** Toujours dans l'optique de rendre moins incertain l'arbitrage juridictionnel entre les intérêts familiaux, il est possible d'envisager à côté de la gestion consensuelle et des techniques processuelles ou substantielles de rationalisation, d'autres mécanismes destinés à rendre plus cohérent et plus intelligible le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. Dans cette optique, la gestion préventive des conflits d'intérêts qui est curieusement délaissée par le législateur apparaît comme une piste intéressante à creuser (Chapitre I).

Cependant, parce que le traitement préventif ne prémunit pas totalement contre la survenance des conflits d'intérêts, il convient de réfléchir ensuite aux moyens permettant de rendre moins incertain le traitement curatif desdits conflits. À ce titre, la voie de la systématisation de la gestion curative mérite d'être explorée (Chapitre II) ; elle conduira à se demander s'il est encore possible de construire un modèle cohérent d'arbitrage entre les intérêts familiaux antagonistes en droit de la famille.

## CHAPITRE I : LA GÉNÉRALISATION DE LA GESTION PRÉVENTIVE

« *Præstat cautela quam medela* »<sup>1</sup>

**284.** La règle de sagesse qui enseigne que « mieux vaut prévenir que guérir », devrait raisonner avec une particulière acuité aux oreilles du législateur dans un domaine comme celui du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, où l'on peine à dégager, d'une part, des règles de conflit opérationnelles et, d'autre part, à assurer la stabilité des traitements juridiques apportés.

Au lieu de se focaliser sur la gestion curative de tels conflits, il serait plus aisé de mobiliser les efforts en vue de leur gestion préventive. L'objectif consisterait à ne plus appréhender les conflits d'intérêts à partir de la situation finale de crise ou de blocage, mais de remonter aux origines du processus entropique de tels conflits<sup>2</sup>, c'est-à-dire à « l'évènement-source » qui les engendre.

À ce propos, c'est plutôt du côté des conflits d'intérêts exclus du champ d'analyse de la présente étude — parce qu'ils ne révèlent pas un choc de prétentions entre deux sujets de droit, mais une situation d'incompatibilité entre, d'une part, un intérêt dont une personne a la charge et, d'autre part, son intérêt personnel —, qu'on a perçu au cours de ces dernières années un véritable effort de gestion préventive<sup>3</sup>. L'objectif poursuivi par le législateur consiste à éviter au maximum leur survenance et le cas échéant, prévoir des règles de solution.

---

<sup>1</sup> Prévenir vaut mieux que guérir.

<sup>2</sup> Le processus entropique des conflits désigne la transformation d'une situation normale en situation de crise. À propos du processus entropique des conflits, voir, M. DAUMAS, *Valeurs et pouvoirs. Essai sur les conflits familiaux en France au XVIII<sup>e</sup> siècle*, th. dactyl. Paris, 1986, p. 79. L'auteur explique qu'un conflit n'est que la conséquence d'une rupture d'un équilibre initial et que la gestion préventive consiste à éviter la rupture de cet équilibre.

<sup>3</sup> Voir par exemple le rapport de la commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, J.-M. SAUVÉ, D. MIGAUD, J.-C. MAGENDIE, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, La Documentation française, 2011 ; URL : <http://www.conflits-interets.fr/pdf/rapport-commission-conflits-interets-vie-publique.pdf> - Voir également le rapport d'information du Sénat portant sur la prévention des conflits d'intérêts pour les parlementaires ; Rapp. Sénat, S.O. 2010-2011, n° 518, URL : <http://www.senat.fr/rap/r10-518/r10-5181.pdf> - Voir enfin, le Décret n° 2014-34 du 16 janvier 2014 relatif à la prévention des conflits d'intérêts dans l'exercice des fonctions ministérielles ; JORF 2014, n°0014, p. 840, texte n° 1.

À noter également que les études doctrinales relatives à cette forme de conflits d'intérêts mettent systématiquement l'accent sur leur gestion préventive. Voir par exemple, D. SCHMIDT, *Essai de systématisation des conflits d'intérêts*, D. 2013, p. 446 ; C.-L. VIER, *La notion de conflit d'intérêts*, AJDA 2012 p. 869 ; P.-F. CUIF, *Le conflit d'intérêts*, RTD com. 2005, p. 1.

Pour ce faire, le législateur réalise en amont un véritable arbitrage entre les intérêts en interdisant la survenance de certaines situations propices aux conflits<sup>1</sup>.

En revanche, pour ce qui est des conflits d'intérêts tels qu'ils sont appréhendés dans le cadre de cette étude, c'est-à-dire un affrontement entre deux personnes unies par un lien de famille et poursuivant des avantages antagonistes, il convient de souligner qu'une telle attention n'est pas accordée à leur prévention. Toutefois, précisons que la question de la prévention de ces conflits d'intérêts n'est pas non plus totalement ignorée par le législateur. Ce qui légitime en droit positif le sentiment de désintérêt pour leur prévention, c'est sans doute le manque de lisibilité et d'efficacité des mesures de gestion préventive mises en place.

En effet, il faut bien admettre qu'en matière de gestion préventive des conflits d'intérêts, le législateur adopte une approche segmentée alors qu'il aurait fallu adopter une véritable stratégie de prévention afin d'insuffler de la clarté et de la stabilité dans le traitement des conflits d'intérêts.

Partant tout d'abord du constat de la faiblesse de la gestion préventive des conflits d'intérêts en droit de la famille (Section I), il sera ensuite question, à titre prospectif, de proposer des outils permettant au législateur de mettre en place, dans un souci d'amélioration de l'approche préventive, une véritable stratégie de prévention des conflits d'intérêts (Section II).

## **SECTION I : LA FAIBLESSE DE LA GESTION PRÉVENTIVE DES CONFLITS D'INTÉRÊTS**

### **DE LEGE LATA**

**285.** Il a été souligné à propos de la gestion des conflits d'intérêts en droit de la famille que le législateur favorise plutôt une approche curative. L'objectif consiste avant tout à pacifier, apaiser les conflits d'intérêts en incitant les acteurs à recourir à une gestion consensuelle une fois la situation de crise survenue. Le législateur semble ne pas croire fermement aux vertus de la prévention, comme si en la matière quoiqu'on fasse, les parties trouveront toujours le moyen d'en venir au conflit. Ainsi, on n'est point étonné par la faiblesse de l'ouvrage préventif en droit positif. Néanmoins, on peut tout de même discerner du droit positif une volonté de prévenir les conflits d'intérêts engendrés, soit par la survenance d'un lien conjugal<sup>2</sup> (§-1), soit par la survenance d'un lien parental<sup>1</sup> (§-2).

---

<sup>1</sup> Pour une analyse approfondie de la gestion préventive des conflits d'intérêts issus de la contrariété entre un intérêt dont une personne à la charge et son intérêt personnel, voir, T. DOUVILLE, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, th. dactyl. Caen, 2013, p. 395 et s.

<sup>2</sup> Si le « lien conjugal » doit désigner uniquement le lien matrimonial (voir, D. FENOUILLET, « Le lien conjugal », LPA 2004, n° 131, p. 58), on se permettra pour les besoins de la démonstration de désigner par moments - et sous couvert de précision - au travers de cette locution, tous les modes de conjugalité.

## **§-1 : LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS ENGENDRÉS PAR LE LIEN CONJUGAL**

**286.** En droit positif, il est possible de voir dans la prohibition du lien conjugal (A) ou dans la limitation de ses effets (B), une volonté du législateur de prévenir les conflits entre les intérêts familiaux.

### **A — LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS PAR LA PROHIBITION DU LIEN CONJUGAL**

**287.** Il est permis, au-delà des considérations socioculturelles par lesquelles s'explique traditionnellement la prohibition de la polygamie et de l'inceste, de justifier ces interdits par des considérations beaucoup plus techniques comme la nécessité de prévenir les conflits d'intérêts qui naîtraient, soit de la concurrence des statuts conjugaux (1), soit de la confusion des rôles et places de chacun au sein du groupe familial (2).

#### **1) L'interdiction de la polygamie justifiée par la prévention de la concurrence des statuts conjugaux**

**288. L'interdiction de la polygamie justifiée par des considérations techniques.** — Si la prohibition de la polygamie se comprend généralement comme une interdiction faite à une même personne de créer un lien de droit sur le plan de la conjugalité avec plusieurs autres, il convient de souligner qu'en réalité, cette règle ne fait qu'interdire la création simultanée d'un tel lien de droit à l'égard de plusieurs personnes. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que le remariage à la suite d'un décès ou d'un divorce ne souffre d'aucune prohibition, et pourtant, ces situations peuvent s'analyser en polygamie successive admise par le législateur<sup>2</sup>. De cette précision, le constat suivant peut être dressé : ce que craint réellement le législateur à travers l'interdiction de la polygamie, c'est l'accumulation de rapports conjugaux non dénoués, non liquidés.

Dès lors, l'analyse simpliste qui consiste à considérer que cet interdit procède d'un jugement moral portant sur les mœurs doit être relativisée, puisque derrière le principe monogamique se profile en réalité une conception utilitariste du mariage. En effet, en faisant du mariage le cadre légal des relations sexuelles et en instaurant l'obligation de fidélité, le législateur a voulu rendre facile, à une époque où la science ne permettait pas encore les identifications

---

<sup>1</sup> Par « lien parental » on désigne le lien qui unit un enfant à ses parents, mais également le lien qui se crée entre les parents d'un même enfant. Sur la notion de lien parental, voir, M.-L. DELFOSSE-CICILE, *Le lien parental*, préf. F. TERRÉ, éd. Panthéon-Assas, 2003 - F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « Le lien parental », LPA 2004, n° 131, p. 70.

<sup>2</sup> Sur la polygamie successive et simultanée, voir, J. CARBONNIER, *La famille, l'enfant, le couple*, 21<sup>e</sup> éd., PUF, 2002.

biologiques, le rattachement juridique des enfants<sup>1</sup>. Puisque la mère était nécessairement celle qui accouche, il est probable, et même certain lorsque les époux se vouent une fidélité inébranlable que le père soit celui qui au regard de la loi avait le droit d'entretenir des relations sexuelles avec la mère<sup>2</sup>. Le fondement technique de l'interdit apparaît ainsi au grand jour ; il s'agit en faisant du mariage monogamique le seul mode de vie en couple, d'éviter les conflits d'intérêts relatifs à l'établissement du lien filiation.

De nos jours, le mariage ne constitue plus le seul mode de conjugalité<sup>3</sup> et les progrès de la science permettent, sur le plan de la biologie, de rattacher avec certitude un enfant à ses auteurs. Mais pour autant, l'interdit de la polygamie n'a pas disparu, affermissant un peu plus l'idée suivant laquelle, au-delà des considérations morales, la règle a un fondement technique qui peut être cantonné dans une approche minimaliste à l'évitement des conflits d'intérêts en matière de filiation ; ce n'est qu'en cas d'impossibilité à éviter leur survenance qu'on recourt à l'expertise biologique comme aide à la décision. Dans une approche maximaliste en revanche, il est possible de voir dans l'interdiction de la polygamie un moyen permettant d'éviter les conflits d'intérêts sur le plan de la conjugalité. Concrètement, il sera question d'éviter une concurrence des statuts conjugaux qu'il s'agisse d'une concurrence *intra* ou *inter* statuts conjugaux.

**289. La prévention de la concurrence « *intra statuts* ».** — Pour éviter les conflits potentiels pouvant naître de l'engagement matrimonial pris par une personne à l'égard de plusieurs autres, la loi interdit par exemple aux personnes déjà engagées dans les liens d'un mariage de convoler à nouveau en justes noces, tant que le lien matrimonial antérieur n'aura pas été dissout<sup>4</sup> (art. 147 du C. civ.). De même, il est interdit aux personnes déjà engagées dans les liens d'un Pacs d'en contracter un nouveau (art. 515-2, 3° du C. civ.).

<sup>1</sup> Pour une analyse de l'impact de la science sur le droit de la filiation, voir par exemple, G. NICOLAU, *L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation*, préf. F. VOUIN, PUB, 1991. - M. GOBERT, « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », in, *Génétiq, procréation et droits*, Actes Sud, 1985, p. 162 et s.

<sup>2</sup> Partant du constat suivant lequel « les opérations de la nature dans le mystère de la génération sont impénétrables ; il nous serait impossible de soulever le voile qui nous les dérobe : sans un mariage public et solennel, toutes les questions de filiation resteraient dans le nuage ; la maternité pourrait être certaine, la paternité ne le serait jamais (...) », PORTALIS justifiait la présomption de paternité et la conception monogamique du mariage qui lui sert de fondement à travers la finalité technique de prévention des conflits d'intérêts. Ainsi, d'après ce penseur du Code civil, « la présomption de la loi, fondée sur la cohabitation des époux, sur l'intérêt et la surveillance du mari, sur l'obligation de supposer l'innocence de la femme plutôt que son crime, fait cesser toutes les incertitudes du magistrat, et garantit l'état des personnes et la tranquillité des familles ». P.-A. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, Videcoq, 1836, t. 1, p. 499.

<sup>3</sup> Le mariage, le Pacs et le concubinage constituent les différents modes de conjugalité qui existent dans notre droit. Sur la distinction et l'intérêt de chacun de ses modes de conjugalité, voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, P. HILT, *Dossier « Mariage, pacs, concubinage : le guide » : Que choisir entre ces trois modes concurrents de conjugalité ?*, AJ. fam. 2014, p. 658 - A. LEBORGNE, « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in, *Mélanges Jerry SAINTE-ROSE*, Bruylant, 2012, p. 675.

<sup>4</sup> Voir, G. ANDRÉO, *Bigamie et double ménage*, RTD civ. 1991, p. 263. - C. DUVERT, *Bigamie, J.-Cl. pénal*, fasc. 20.

Au-delà du fait que ces règles traduisent un choix de politique législative en faveur d'une conception exclusive des rapports conjugaux, il est permis de relever qu'elles contribuent également à limiter la survenance de situations potentiellement conflictuelles en évitant par exemple qu'une personne ne se retrouve simultanément débitrice d'obligations familiales réciproques souvent conçues comme exclusives ; tel est par exemple le cas de l'obligation de fidélité.

**290. La prévention de la concurrence « inter statuts ».** — Toujours dans l'optique de limiter la survenance de situations inextricables en matière de conjugalité, le législateur cherche également à prévenir la concurrence de droits et obligations découlant de divers statuts conjugaux. À ce propos, il peut être mentionné à titre d'illustration que le mariage constitue un empêchement au Pacs (art. 515-2, 2° du C. civ.). Il peut également être mentionné que l'article 515-7 du C. civ. prévoit que le mariage d'un des partenaires constitue une cause de dissolution du Pacs. De même, il convient de noter que si aucune disposition n'empêche une personne vivant en concubinage de se pacser ou de se marier, le régime juridique applicable à ces modes de conjugalité oblige à considérer que la survenance d'un lien conjugal réglementé met indirectement fin au concubinage. Sa poursuite constituerait une violation de l'obligation de fidélité en cas de mariage et une violation de l'obligation de vie commune en cas de Pacs.

Si ces quelques exemples témoignent de l'existence d'une politique législative destinée à réduire les conflits d'intérêts issus de la concurrence des statuts conjugaux, il convient de signaler qu'en matière de conjugalité, on peut également rattacher une fonction technique à l'interdiction de l'inceste.

## **2) L'interdiction de l'inceste justifiée par la prévention des conflits d'intérêts au sein de la famille**

**291. L'interdiction de l'inceste justifiée par des considérations techniques.** — L'analyse des textes relatifs à la formation du mariage montre que le législateur interdit le mariage dans la famille par le sang, entre ascendants et descendants (art. 161 du C. civ.), entre frères et sœurs (art. 162 du C. civ.), entre l'oncle et la nièce ou le neveu, entre la tante et le neveu ou la nièce (art. 163 du C. civ.). Dans la famille par alliance, le mariage est également interdit entre alliés en ligne directe (art. 161 du C. civ.). Si en cas d'adoption plénière, les empêchements à mariage dans la famille par le sang demeurent transposables (art. 358 du C. civ.), en cas d'adoption simple, ces empêchements s'étendent à la fois à la famille par le sang et à la famille adoptive (art. 366 du C. civ.).

De telles prohibitions existent également pour le Pacs, puisque le législateur interdit la conclusion d'un Pacs entre ascendant et descendant en ligne directe, entre alliés en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré inclus (art. 515-2, 1° du C. civ.)<sup>1</sup>.

Ces interdits n'ont pas qu'un fondement moral. Ils ont également un fondement technique qui consiste à limiter la survenance de conflits d'intérêts. En effet, si l'interdiction de l'inceste se justifie en cas d'union entre parents par la nécessité d'éviter aux enfants à naître la probable survenance de tares physiologiques imputables à la consanguinité, c'est surtout par la volonté d'éviter de manière générale les rivalités ou les graves désordres auxquels les unions entre parents ou alliés peuvent donner naissance dans le groupe familial<sup>2</sup> qu'on mesure pleinement la portée technique de cette prohibition. Il peut donc être légitimement retenu que la prohibition de l'inceste vise à éviter, d'une part, la séparation du couple originel et d'autre part, les conflits d'intérêts subséquents en cas de remariage.

**292. L'évitement de la séparation du couple originel.** — Un éminent auteur avait justement souligné que la prohibition de l'inceste, dans l'hypothèse où elle empêche un remariage entre parents ou alliés, était justifiée par la prévention de la séparation du couple originel. Pour l'auteur, « il ne faut pas que la perspective d'un mariage possible (surtout d'un changement de partenaire après divorce) vienne susciter des passions troubles entre membres de la même famille, peut-être de la même maison »<sup>3</sup>.

Il s'agit donc de dissuader les sentiments affectifs équivoques entre parents en empêchant leur consécration juridique. En effet, si « les passions troubles » malgré tout surviennent, le pari que fait le législateur en prohibant leur consécration juridique est le suivant ; sauf conviction d'un échec du lien matrimonial préexistant, l'impossibilité d'un remariage ou d'un partenariat avec le membre de la famille aimé suffit à ôter tout intérêt à la volonté de se libérer d'un tel lien matrimonial. Partant, il est permis de voir dans la prohibition de l'inceste, un moyen indirect de protection du lien matrimonial.

Toutefois, il convient de noter que si l'évitement de la séparation du couple originel peut justifier dans certaines situations l'interdiction de l'inceste, c'est surtout l'évitement des

<sup>1</sup> À signaler à titre prospectif qu'un éminent auteur propose la suppression en matière de Pacs des empêchements tenant à la parenté. Il fait remarquer que « dans la mesure où il n'y a aucune connotation sexuelle ou de procréation dans le Pacs et qu'il s'agit seulement d'organiser une vie en commun, il nous semble qu'on doit abandonner, à ce niveau, toute référence aux interdits de parenté, ce qui permettra de tenir compte de toutes les structures de vie en commun y compris celles entre parents contrairement à la position de la Cour EDH. ». J. HAUSER, « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in, *Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ*, Montchrestien, 2012, p. 167.

<sup>2</sup> Voir dans ce sens, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, 7<sup>e</sup> éd., Dalloz-Action, 2015, n° 112.21 - A. BATTEUR, *L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille*, RTD civ. 2000, p. 759. - D. GUÉVEL, *La famille incestueuse*, Gaz. Pal. 2004, n° 290, p. 2, spéc. §-12 - I. CORPART, *L'inceste en droit français*, Gaz. Pal. 1995, II, doct., p. 888.

<sup>3</sup> J. CARBONNIER, *La famille, l'enfant, le couple*, op. cit., p. 446.

conflits d'intérêts subséquents à l'éventuel remariage des parents ou alliés qui traduit à nos yeux l'importance de cette prohibition.

**293. L'évitement des conflits d'intérêts subséquents au remariage.** — En raison des conséquences successorales qu'engendre le mariage, admettre qu'un homme puisse, par exemple épouser sa belle-fille, revient à créer, lorsqu'il décède, une situation de concurrence sur son patrimoine entre d'une part son épouse, et d'autre part, ses propres enfants qui sont en même temps des quasi-frères et des quasi-sœurs<sup>1</sup> de la veuve. La situation, objectera-t-on, n'est guère plus complexe qu'une concurrence successorale classique entre un conjoint survivant marâtre des descendants et ces derniers. Toutefois, il convient de relever en l'espèce que la confusion des qualités de conjoint survivant et de quasi-sœur des descendants est susceptible de complexifier, non pas sur un plan juridique, mais sur un plan humain, la liquidation d'une telle succession.

Dans d'autres situations en revanche, cette confusion des qualités ou rôles des membres d'une famille est susceptible d'entraîner des conséquences juridiques. C'est le cas par exemple, lorsqu'un homme épouse sa bru qui avait eu des enfants de sa précédente union. Dans cette hypothèse, la hiérarchie successorale est bouleversée, puisque les petits-enfants se retrouvent moins bien placés dans l'ordre successoral du fait du mariage de leur propre mère !

D'ailleurs, la volonté d'éviter ces désordres susceptibles de découler du mariage entre parents ou alliés est clairement perceptible à la lecture de certaines dispositions légales prévoyant une possibilité de dispense. Ainsi, en prévoyant la possibilité de demander au Président de la République la levée de l'empêchement à mariage entre alliés en ligne directe lorsque la personne qui a créé l'alliance est décédée (art. 164, 1° du C. civ.), ou en permettant, sous réserve de dispense accordée par le Président de la République, à l'adopté simple d'épouser l'époux ou l'épouse de l'adoptant en cas de décès de ce dernier (art. 366 al. 4 du C. civ.), le législateur présume que le risque de désordre inhérent à la confusion des qualités n'est plus susceptible de se produire du fait du décès de celui qui pouvait le plus pâtir de la célébration de la nouvelle union.

Toutefois, si l'on procède à une analyse d'ensemble du droit de la conjugalité, il faut bien reconnaître que le législateur n'a pas donné une pleine effectivité à cette idée d'évitement des désordres engendrés par la confusion des rôles et places au sein du groupe familial. En effet, puisque ni le Pacs ni le concubinage ne créent de liens d'alliance, il est possible à un ex-concubin d'épouser la fille de son ex-concubine<sup>2</sup>. Or, on ne pense pas que le trouble social pouvant résulter d'une telle situation soit fondamentalement différent de celui qui justifie l'empêchement à mariage entre une belle-fille et son parâtre.

<sup>1</sup> On appelle quasi-frère ou quasi-sœur, les enfants qui sans avoir de parent biologique commun ont toutefois l'un de leurs deux parents engagés dans une union conjugale stable.

<sup>2</sup> Pour une analyse critique voir, X. LABBÉE, *Les paradoxes de l'inceste*, Gaz. Pal. 2012, n° 334, p. 5 et s.

En définitive, il est permis de retenir que la prohibition de la polygamie ou de l'inceste ne traduit pas seulement des choix socioculturels, et peut également s'expliquer par des considérations techniques comme la nécessité de prévenir la survenance de conflits d'intérêts. Ainsi, il a été démontré que la prohibition de la polygamie participe à la prévention de la concurrence des statuts conjugaux, tandis que la prohibition de l'inceste participe à la prévention de conflits d'intérêts susceptibles de naître de la confusion des qualités au sein du groupe familial.

Toujours à propos de la prévention des conflits d'intérêts engendrés par un lien conjugal, il convient de souligner qu'on rencontre également une volonté de prévenir les conflits d'intérêts pouvant naître d'une forme particulière de mariage à savoir le mariage posthume.

## **B — LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS PAR LA LIMITATION DES EFFETS DU LIEN CONJUGAL : L'EXEMPLE DU MARIAGE POSTHUME**

**294.** À la suite de la rupture du barrage de Malpasset en 1959 qui avait entraîné de nombreux morts, le législateur a été particulièrement ému par la situation, abondamment relayée par les médias, d'une jeune fiancée enceinte — qui avait perdu dans cette catastrophe son fiancé avec lequel elle aurait dû se marier dans les jours suivants —, au point de lui accorder une dispense exceptionnelle permettant la célébration du mariage avec son défunt fiancé. Dans la foulée, le législateur par une loi du 31 décembre 1959 a introduit dans le Code civil un article 171 permettant à titre exceptionnel la célébration d'un mariage posthume<sup>1</sup>. Or, il convient de souligner que cette forme particulière de mariage est susceptible d'engendrer des conflits entre les intérêts du conjoint et les intérêts de la belle famille. En effet, en permettant à la concubine ou au concubin du *de cuius* d'entrer dans la famille de ce dernier par le biais d'un mariage posthume (art. 171 du C. civ.), le législateur crée une situation fortement polémique au sein du groupe familial. C'est pourquoi, il a pris le soin en amont de réaliser un arbitrage entre les différents intérêts familiaux rivaux en présence, pour que soit évité au maximum la survenance de conflits d'intérêts. Pour ce faire, le législateur a décidé de limiter les effets de cette union célébrée par delà la mort.

Tout d'abord, les effets du mariage posthume sont limités dans le temps ; ils remontent à la veille du décès (art. 171, al.2) de l'époux<sup>2</sup> et le mariage lui-même est dissout dès sa célébration, puisque le décès d'un des époux constitue une cause de dissolution de l'union (art. 227, 1° du C. civ.).

<sup>1</sup> P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, n° 154, p. 83.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, AJ fam. 2007, p. 398, note F. CHÉNÉDÉ ; RTD civ. 2007, p. 756, obs. J. HAUSER, Dr. fam. 2007, comm. 160 note A. DEVERS - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 juill. 2008, n° 07-15390, Dr. fam. 2008, comm. 137, note V. LARRIBAU-TERNEYRE et comm. 149, note A. DEVERS.

Mais surtout, la célébration du mariage posthume ne produit, contrairement au mariage classique, aucun droit successoral ; l'époux survivant n'a pas de vocation successorale et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux (art. 171 al. 3 du C. civ.).

En limitant ainsi les effets du mariage posthume, le législateur entend éviter les conflits d'intérêts patrimoniaux entre la belle-famille et le conjoint survivant<sup>1</sup>.

Néanmoins, certains effets patrimoniaux non susceptibles d'attiser les conflits avec la belle-famille sont produits par le mariage posthume. Par exemple, le conjoint survivant peut prétendre à une allocation veuvage<sup>2</sup>, au versement d'un capital décès de la sécurité sociale<sup>3</sup> et le cas échéant à une pension de réversion (art. L 353-1 et R 353-1 du CSS), à la réparation de son préjudice moral pour le décès accidentel de son époux<sup>4</sup>.

Cependant, il faut souligner que certains avantages extrapatrimoniaux susceptibles d'attiser les conflits avec la belle-famille sont néanmoins produits par le mariage posthume. Par exemple, l'épouse ou l'époux peut bénéficier d'avantages personnels comme le droit d'user du nom du conjoint décédé. Aussi, la présomption de paternité joue au bénéfice de l'enfant du couple non reconnu par l'époux avant son décès, mais dont la période légale de conception coïncide avec ce mariage fictif.

Or, si on s'intéresse à ce dernier avantage, on constate que la filiation de l'enfant étant établie à l'égard du *de cujus* au jour précédent son décès, il a donc, théoriquement, la qualité d'héritier *ab intestat*. La belle-famille aura donc intérêt à contester cette filiation.

À travers la réglementation du mariage posthume, la volonté du législateur d'éviter au maximum les conflits subséquents à la célébration d'un tel mariage transparait clairement. En dehors des dispositions relatives à la conjugalité, il convient de souligner que le législateur attache également une grande importance à la prévention des conflits d'intérêts pouvant naître d'un lien parental.

## **§-2 : LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS ENGENDRÉS PAR LE LIEN PARENTAL**

**295.** Au travers des règles prohibant, d'une part, l'établissement d'un lien de filiation (A) et des règles relatives à l'exercice de l'autorité parentale, d'autre part (B), il est permis de discerner une volonté du législateur d'anticiper dans les rapports entre parents ou dans les relations parents-enfant, la survenance de conflits d'intérêts.

<sup>1</sup> Voir par exemple, M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, Rép. civ., V° *Mariage*, spéc. n° 654.

<sup>2</sup> Cass. soc. 15 févr. 2001, n° 99-17199, D. 2001, p. 2451, obs. X. PRÉTOT ; RTD civ. 2001, p. 563, obs. J. HAUSER.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, précit.

<sup>4</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 janv. 2009, n° 17-15390.

## A — LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS EN MATIÈRE DE FILIATION

**296.** Depuis l'ordonnance n° 2005-759 portant réforme de la filiation, le contentieux de la filiation a été ordonné autour du principe chronologique destiné à éviter l'existence simultanée de filiations concurrentes. Mais au-delà de ce principe, il faut souligner que le droit de la filiation offre des exemples de recours ponctuels à la gestion préventive des conflits d'intérêts.

**297. L'exemple des actions relatives à la filiation des enfants abandonnés.** — Les enfants abandonnés, qu'ils soient restés pupilles de l'État ou adoptés, ressentent un besoin légitime d'avoir accès aux éléments de leur identité. Après tout, personne ne naît *ex nihilo*, vierge de tout passé. C'est pourquoi la loi n° 2002-93 du 22 janv. 2002 a institué un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles (CNAOP) censé faciliter cette quête des éléments relatifs aux origines des enfants abandonnés, qu'ils aient été adoptés ou qu'ils soient restés pupilles de l'État.

Toutefois, pour éviter que la satisfaction de cet intérêt ne soit l'occasion pour ces enfants de demander une modification de leur état civil, le législateur est venu préciser à l'article L. 147-7 du CASF que « l'accès d'une personne à ses origines est sans effet sur l'état civil et la filiation. Il ne fait naître ni droit ni obligation au profit ou à la charge de qui que ce soit ».

On a pu présenter ce texte, du moins en ce qui concerne les enfants non adoptés demeurés pupilles de l'État<sup>1</sup>, comme empêchant toute action en responsabilité à l'encontre du parent retrouvé, ou toute modification du lien de filiation<sup>2</sup>. Mais à notre sens, on ne peut attribuer à ce texte une volonté de prévenir les conflits d'intérêts subséquents à la connaissance de l'identité des géniteurs. L'apport de ce texte en matière de gestion préventive des conflits d'intérêts est plus limité puisqu'il ne fait que poser le principe de non-automaticité entre la révélation des origines par le biais du CNAOP et la modification de la filiation ou de l'état civil. Ainsi, rien n'empêche l'enfant ensuite d'exercer une action en recherche de maternité ou de paternité à l'encontre de son géniteur<sup>3</sup> s'il est encore dans les délais<sup>1</sup> (art. 321 du C. civ.).

<sup>1</sup> En effet, il ne faut pas oublier qu'en cas d'adoption plénière, tout lien avec la famille d'origine est coupé et le parent biologique ne pourra plus établir sa filiation à l'égard de l'enfant (art. 352 al. 1 du C. civ.).

Pour une analyse, au regard de la Conv. E.D.H., de l'interdiction de toute action aux fins d'établissement de la filiation en cas de révélation de l'identité des parents par le CNAOP, voir par exemple, M.-C. LE BOURSICOT, « Le droit de connaître son ascendance - et celui de le faire reconnaître - et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in, *Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ*, Montchrestien, Lextenso, 2012, p. 175, spéc. p. 190 et s.

<sup>2</sup> F. EUDIER, *Rép. civ. Dalloz, V° Adoption*, n° 390.

<sup>3</sup> D'ailleurs, la suppression de la fin de non-recevoir en matière d'accouchement anonyme par la loi du 16 janvier 2009 va dans le sens d'une telle interprétation. À propos de cette loi, voir par exemple, F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », *RLDC* 2009, p. 37 ; G. VIAL, « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », *Dr. fam.* 2009, étude 18 ; J. MASSIP, « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », *Defrénois*, 2009, p. 591.

En revanche, il est permis de dégager de certaines dispositions du Code civil prohibant l'adoption dans certaines situations, une volonté claire du législateur de prévenir d'éventuels conflits d'intérêts relatifs à la filiation.

**298. L'exemple de l'adoption intrafamiliale.** — L'interdiction d'établir un double lien de filiation au bénéfice de l'enfant né d'un inceste absolu (art. 310-2 du C. civ.) peut se justifier par l'objectif de ne pas brouiller les repères familiaux de ce dernier. Par exemple, lorsque les géniteurs sont frère et sœur, ils auront à la fois la qualité de parents, mais également la qualité d'oncle et de tante ; s'ils sont père et fille, ils auront à la fois la qualité de parents, mais aussi respectivement celle de grand-père et de sœur. Toutefois, il convient de souligner que s'il y a bien une confusion générationnelle chez l'enfant dans les situations sus-évoquées, de telles situations ne sont pas en elles-mêmes polémogènes puisqu'elles demeurent conformes à la réalité biologique. L'interdiction d'établir le double lien de filiation se justifie essentiellement par la protection de l'intérêt de l'enfant.

En revanche, lorsque la confusion générationnelle découle de l'établissement d'une filiation élective non conforme à la réalité biologique, la situation devient fortement polémogène puisqu'elle porte directement atteinte aux intérêts des tiers. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux à la motivation exemplaire<sup>2</sup>, les juges du fond pour rejeter la demande d'un grand-père désirant adopter l'enfant de sa fille ont retenu qu'une telle adoption, pour diverses raisons, ne serait pas conforme à l'intérêt de l'enfant.

Tout d'abord, sur le plan psychologique et moral, elle entraînerait la perturbation des repères biologiques et généalogiques de l'enfant, l'affaiblissement de l'image maternelle, et surtout la disparition de la filiation maternelle en raison des conséquences de ce type d'adoption.

Ensuite, et c'est ce point qu'il convient de mettre en lumière dans une approche préventive des conflits d'intérêts, les juges du fond ont relevé, d'une part, que cette adoption est susceptible de provoquer de graves désordres dans le groupe familial puisqu'elle empêcherait le père biologique de l'enfant de le reconnaître, provoquant ainsi un conflit d'intérêts difficile à résoudre. D'autre part, ils ont relevé que s'ils faisaient droit à la demande d'adoption, cela aurait pour effet, dans l'hypothèse du décès du grand-père adoptant, de permettre à l'ex-petit-

---

<sup>1</sup> Comme le souligne à juste titre un auteur, « il faut noter que l'article L. 147-7 du Code de l'action sociale et des familles est sans doute en réalité plus neutre qu'il n'y paraît : il n'établit pas une fin de non-recevoir à toute action ; il oblige simplement à s'inscrire dans les conditions du droit commun des modifications de l'état civil (...). La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance sur la filiation de 2005 n'a pas suffisamment été attentive au fait qu'en supprimant la fin de non-recevoir à l'action en recherche de maternité, alors que par ailleurs un enfant peut revendiquer auprès du CNAOP la connaissance de sa mère de naissance lorsqu'elle est décédée (art. L. 147-6 du CASF), il créait une fenêtre où le droit à la connaissance des origines pouvait devenir le tremplin d'une action d'état... Fort heureusement, la fenêtre est très étroite et les circonstances permettant d'agir risquent d'être extrêmement rares ». P. MURAT « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in, B. MALLEY-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 51 et s., spéc. p. 58.

<sup>2</sup> CA Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1988, p. 454, note J. HAUSER - RTD civ. 1988, p. 713, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI.

fil en qualité de frère adoptif, de venir à cette succession en concours avec sa mère biologique — qui n'est plus sa mère légale du fait de l'adoption plénière — et au même rang qu'elle.

Dans un autre arrêt relatif à cette même problématique, la Cour de cassation, pour des motifs similaires, a approuvé que l'on refuse à une grand-mère l'adoption simple de certains de ses petits-enfants<sup>1</sup>.

On peut donc retenir que lorsque l'établissement d'une filiation élective est susceptible d'engendrer des conflits inextricables, le législateur prend le parti d'éviter dans un souci de prévention, leur établissement. Cette volonté de prévenir la survenance des conflits d'intérêts à la suite d'une adoption n'est pas clairement affichée par le législateur, mais découle implicitement de nombreuses dispositions régissant l'adoption mises bout à bout. Par exemple, en exigeant en cas d'adoption par un seul époux le consentement de l'autre (art. 343-1 al. 2 du C. civ.), ou encore en exigeant des juges pour le prononcé de l'adoption la vérification de sa conformité avec l'intérêt de l'enfant (art. 353 al. 1 du C. civ.), ou enfin en exigeant dans le cas où l'adoptant a des descendants que le tribunal vérifie également que l'adoption n'est pas de nature à compromettre la vie familiale (art. 353 al. 2 du C. civ.), il est permis d'attribuer au législateur en la matière, la volonté de prévenir la survenance de conflits d'intérêts. Une telle volonté transparaît également en matière d'adoption de l'enfant du conjoint.

**299. Le cas particulier de l'adoption de l'enfant du conjoint.** — L'adoption de l'enfant mineur du conjoint peut être source de conflits lorsqu'il s'avère que, le parent de l'enfant qui a refait sa vie instrumentalise l'adoption pour régler ses comptes avec son ancien compagnon ou compagne, ou avec son ancienne belle-famille. Pour prévenir de tels conflits, le législateur subordonne l'adoption simple de l'enfant mineur du conjoint au consentement du parent non conjoint de l'adoptant<sup>2</sup>, tandis que l'adoption plénière de l'enfant mineur du conjoint, en raison des importantes conséquences juridiques de cette forme d'adoption, n'est pas toujours possible, même avec le consentement du parent non conjoint de l'adoptant.

En effet, pour éviter d'éventuels conflits d'intérêts à la suite d'une adoption plénière de l'enfant du conjoint, le législateur a pris le parti d'interdire une telle adoption pour ne pas léser les droits de la famille d'origine. Partant, l'adoption plénière de l'enfant mineur du conjoint n'est permise que dans certaines hypothèses limitativement listées à l'article 345-1 du C. civ. Concrètement, il ressort, d'une part de cet article, que lorsque l'enfant a un double lien de filiation et que l'autre parent toujours vivant ne s'est pas vu retirer totalement l'autorité parentale, qu'une telle adoption n'est pas possible malgré le consentement de ce

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 oct. 2001, D. 2002, p. 1097, note F. BOULANGER.

<sup>2</sup> Sur l'adoption simple de l'enfant du conjoint, voir F. GASNIER, *Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint*, LPA 2011, n° 121, p. 4.

parent non conjoint de l'adoptant. D'autre part, il ressort de cet article qu'en cas de décès du parent non conjoint de l'adoptant qui a établi sa filiation à l'égard de l'enfant, une telle adoption n'est pas possible lorsque ce parent décédé a laissé des ascendants au premier degré qui continuent toujours à manifester un intérêt pour l'enfant.

En définitive, il est permis de retenir à l'issue de ces développements que la prohibition de l'établissement de certaines filiations électives traduit bien une approche préventive des conflits d'intérêts susceptibles de survenir en la matière. Une telle approche préventive peut également être discernée au travers de certaines règles relatives à l'autorité parentale.

## B — LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS EN MATIÈRE D'AUTORITÉ PARENTALE

**300.** Lorsque les parents vivent ensemble et exercent tous deux l'autorité parentale sur leur enfant, ils prennent de concert les décisions relatives au gouvernement de sa personne ainsi qu'à ses biens. Durant la vie commune des parents, la situation n'étant pas spécialement polémique, le législateur n'a pas prévu de mécanismes de gestion préventive des conflits d'intérêts relatifs à l'autorité parentale. Il a néanmoins prévu qu'en cas de désaccord entre parents sur les choix relatifs à l'exercice de l'autorité parentale, un recours au juge aux affaires familiales (art. 373-2-6 et 373-2-8 du C. civ.).

En cas de séparation des parents en revanche, la potentialité de conflits d'intérêts relatifs à l'exercice de l'autorité parentale est d'autant plus aiguë, *a fortiori* lorsque l'enfant devient le moyen pour un parent de faire payer à l'autre l'échec du couple conjugal. Partant du constat suivant lequel en dépit de la disparition du couple conjugal l'enfant a besoin de ses deux parents pour se développer<sup>1</sup>, le législateur a consacré par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002, le principe de la coparentalité<sup>2</sup>. Désormais, la séparation des parents est sans incidence sur les règles de dévolution de l'autorité parentale (art. 373-2 du C. civ.). Et pour rendre cette coparentalité effective en cas de séparation des parents, le législateur a prévu, à titre préventif, des mesures destinées à éviter que le conflit parental latent ou existant ne prenne de l'ampleur. Ces mesures préventives consistent en une obligation d'information et d'autorisation préalables destinées à éviter la rupture des liens entre l'enfant et l'un de ses parents.

**301. L'obligation d'information préalable en cas de déménagement d'un parent.** — Il est prévu à l'article 373-2 du C. civ. que, lorsque l'un des parents à l'intention

<sup>1</sup> H. FULCHIRON, *Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi « Malhuret »*, D. 1993, p. 117.

<sup>2</sup> La coparentalité est définie par le vocabulaire juridique CORNU comme « l'organisation idéale de l'autorité parentale fondée sur le respect, en chacun des parents, de sa vocation parentale et la faveur de leur collaboration ». voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° Coparentalité.

de déménager et que ce changement de résidence est susceptible d'entraîner une modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale, d'en informer l'autre en temps utile. L'objectif du législateur est d'éviter que le parent hébergeant ne mette l'autre devant le fait accompli d'un déménagement qui en raison de la distance géographique, l'empêcherait d'exercer son droit de visite. Il s'agit donc d'anticiper le conflit en invitant les parents à communiquer.

Toutefois, l'information préalable mise à la charge du parent qui nourrit un projet de déménagement ne vise pas à obtenir le consentement de l'autre parent audit déménagement<sup>1</sup>. Elle consiste simplement à imposer aux parents une recherche de solutions destinées à éviter que ce déménagement, souvent justifié pour des raisons professionnelles, n'empêche l'exercice des droits parentaux du parent non hébergeant. Ainsi, en cas de désaccord, le parent le plus diligent devra saisir le juge aux affaires familiales qui statuera en vertu de ce qu'exige l'intérêt de l'enfant<sup>2</sup>. Ce dernier comme l'y invite la loi, pourra mettre à la charge du parent hébergeant une partie des frais de déplacement exposés par l'autre parent dans l'exercice de son droit de visite. En conséquence, le juge aux affaires familiales pourra procéder à un ajustement du montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant versé par le parent non hébergeant (art. 373-2, al. 4 du C. civ.).

Toujours dans une logique de prévention des comportements destinés à faire échec à l'effectivité des relations parents-enfants, il faut souligner l'existence en droit positif d'un mécanisme permettant de faire échec aux enlèvements internationaux d'enfants.

**302. L'obligation de solliciter l'autorisation préalable du second parent avant tout déplacement de l'enfant à l'étranger.** — Pour prévenir l'enlèvement de l'enfant par l'un de ses parents, l'autre peut demander au juge d'ordonner une interdiction de sortie de l'enfant du territoire français, sans l'autorisation des deux parents<sup>3</sup> (art. 373-2-6 al. 3 du C. civ.). Les juges du fond apprécient souverainement l'opportunité d'une telle mesure. En général, cette mesure n'est prise que s'il existe un risque réel d'enlèvement de l'enfant par l'un de ses parents<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Toutefois, ne pas l'exécuter expose ce parent, au versement de dommages et intérêts lorsque l'autre parent peut prouver l'existence d'un préjudice, à la modification de la résidence de l'enfant (Cass. 1<sup>re</sup> civ, 4 juill. 2006, n° 05-17883), à une sanction pénale en cas de non-notification de sa nouvelle adresse dans le mois qui suit le déménagement au parent non hébergeant (art. 227-6 du C. pén.).

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 mars 2007, n° 06-17869.

<sup>3</sup> Voir par exemple, A.-M. LEROYER, *Interdiction de sortie du territoire*, RTD civ. 2012, p. 783 - L. TALARICO, *L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents : exigence légale ou pouvoir du juge ?*, Dr. fam. 2011, Étude 11. - A. GOUTTENOIRE, *La coparentalité imposée : l'interdiction de sortir l'enfant du territoire national*, Lexbase Hebo (G) 2010, n° 387.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 3 mars 2010, n° 08-21059, AJ fam. 2010, p. 326 note F. MBALA MBALA. En l'espèce il avait été retenu que la double nationalité de la mère et le peu d'attache dont elle dispose en France rendent légitimes la crainte d'un enlèvement.

La publicité d'une telle mesure d'interdiction de sortie de l'enfant du territoire français sans l'autorisation de ses deux parents se fait à travers une inscription faite par le procureur de la République, au fichier des personnes recherchées<sup>1</sup>. L'objectif du législateur est donc de prévenir les enlèvements internationaux des enfants par l'un des parents.

En définitive, il ressort des développements de cette première section que si une politique de prévention des conflits d'intérêts existe en droit de la famille, elle est loin d'être explicite. Toutefois, il est permis lorsqu'on adopte une vision d'ensemble de certains pans de la matière ou lorsqu'on cherche à expliquer la survivance de certains interdits à l'époque contemporaine, de retenir l'existence d'une volonté implicite du législateur d'éviter la survenance de certaines situations polémogènes. Ainsi, il a pu être proposé d'attacher une fonction technique de prévention des conflits d'intérêts à certains interdits fondamentaux — la polygamie et de l'inceste — sur lesquels repose la construction de notre droit de la famille. Il a aussi été rappelé que d'autres règles du droit de la famille, à l'instar de la prohibition de l'établissement de certains liens de filiation ou de certains comportements parentaux, se justifiaient de manière beaucoup plus certaine par la volonté du législateur de prévenir les conflits d'intérêts familiaux.

En fin de compte, même si on emporte la conviction sur l'existence d'une gestion préventive implicite des conflits d'intérêts en droit de la famille, on est toutefois obligé de reconnaître que cette approche préventive des conflits d'intérêts, en plus d'être insuffisante, est parcellaire dans une matière où elle se devait d'être globale. À la suite du constat de la faiblesse de l'approche préventive des conflits d'intérêts en droit de la famille, il convient de réfléchir aux moyens d'améliorer en la matière la prévention de ces conflits.

## **SECTION II : L'AMÉLIORATION DE LA GESTION PRÉVENTIVE DES CONFLITS D'INTÉRÊTS DE LEGE FERENDA**

**303.** Face à la diversité et à la richesse des conflits d'intérêts en droit de la famille, le droit doit nécessairement faire preuve d'humilité en reconnaissant son inaptitude à venir à bout de tous les conflits. Il serait alors plus judicieux de mobiliser les efforts, en la matière, au service de la prévention des conflits d'intérêts.

---

<sup>1</sup> Toutefois, le dispositif présente deux défauts majeurs. Comme l'a souligné un auteur, « l'espace Schengen et son principe de libre circulation qui ne permet pas toujours d'exercer un contrôle suffisant aux frontières (...), et le fait que la consultation du fichier des personnes recherchées suppose une initiative de l'agent compétent, laquelle est peut-être plus aléatoire » constituent autant de limites à l'efficacité du dispositif. Voir, L. TALARICO, *L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents : exigence légale ou pouvoir du juge ?*, Dr. fam. 2011, Étude 11, spéc. n° 8.

L'objectif n'est pas d'adopter une approche segmentée de la prévention des conflits d'intérêts en droit de la famille, mais une approche plus globale. Cela suppose, en amont du processus conflictuel, une intervention du législateur destinée à tarir les sources des conflits d'intérêts en droit de la famille. Ainsi, en partant du constat suivant lequel certains conflits trouvent leur source dans le droit lui-même tandis que d'autres relèvent du comportement des individus, il sera envisagé dans une approche préventive du traitement des conflits d'intérêts, une action sur ces différentes sources.

Concrètement, il sera proposé de prévenir les conflits d'intérêts créés par le droit à travers une action légistique (§-1) et les conflits d'intérêts issus du comportement des individus par une dissuasion desdits comportements (§-2).

### **§-1 : LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS PAR LA LÉGISTIQUE**

**304.** Il semble que le droit lui-même à travers le pullulement des prérogatives individuelles et l'abus de certaines techniques législatives soit à l'origine de bon nombre de conflits d'intérêts en matière familiale. Or, ces conflits pourraient être évités grâce à une action légistique<sup>1</sup> destinée à garantir, d'une part, une meilleure intégration des prérogatives nouvelles au sein du corpus juridique existant (A), et d'autre part, à limiter le recours inutile aux techniques législatives polémogènes à l'instar des fictions juridiques (B).

#### **A — LA NÉCESSITÉ D'UNE MEILLEURE AGRÉGATION DES PRÉROGATIVES NOUVELLES**

**305. Le constat d'un pullulement des prérogatives individuelles.** — Les prérogatives juridiques constituent des possibilités offertes par le droit objectif aux individus pour leur permettre de réaliser leurs intérêts. En fonction de la protection que le droit objectif entend accorder à la réalisation de ces intérêts individuels, la prérogative juridique prendra

---

<sup>1</sup> Tantôt définie comme l'art de confectionner la loi (voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, V° *Légistique*) ou de rédiger le droit (voir, *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, Courrier juridique des finances et de l'industrie, juin 2008, numéro spécial), la légistique est une science de la législation qui a pour préoccupation l'amélioration du processus d'élaboration des normes et la qualité des textes qui en résultent. Sa finalité est d'assurer avant tout la cohérence, l'effectivité (voir, V. MARINESE, « Légistique et effectivité », in, V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, PUPO, 2008, p. 89 et s.) et l'intelligibilité de la règle de droit. Pour ce faire, la science légistique élabore des outils méthodologiques destinés à l'amélioration de la qualité tant formelle que matérielle de la norme (voir, C.-A. MORAND, « Eléments de légistique formelle et matérielle », in, C.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 18).

tantôt la forme d'un droit subjectif, tantôt celle d'une liberté civile, ou encore celle d'un simple intérêt légitime protégé par le mécanisme de la responsabilité civile<sup>1</sup>.

Si de manière générique, le constat d'une multiplication des prérogatives juridiques au profit des individus a été établi en droit<sup>2</sup>, il convient de souligner que le droit des personnes et de la famille n'a pas non plus été épargné par le phénomène. D'ailleurs, ce phénomène de multiplication des droits subjectifs a été formidablement mis en lumière par la doctrine qui explique sa survenance en droit des personnes et de la famille par la modification des finalités en la matière<sup>3</sup>. En effet, il semblerait qu'à un moment donné de l'histoire, le droit des personnes et de la famille n'ait plus eu essentiellement pour vocation la protection des individus et, qu'il ait également reçu pour mission d'offrir aux individus à travers les prérogatives juridiques, les moyens d'atteindre le bonheur et l'épanouissement personnel selon leurs propres critères<sup>4</sup>. C'est ainsi que pour satisfaire les préoccupations et revendications individuelles, le législateur s'est mis à offrir aux individus des droits qui, en leurs permettant de faire passer leurs propres besoins avant ceux du groupe familial, les ont émancipés dudit groupe.

Cependant, puisque dans nos sociétés consuméristes le bonheur se mesure à l'aune de ce qu'on ne possède pas, le phénomène de la revendication des droits s'est alors amplifié, transformant le droit des personnes et de la famille en un catalogue de droits subjectifs ; aussitôt que naît un besoin, une pression est faite sur le législateur pour qu'il le transforme en droit<sup>5</sup>.

Par conséquent, il faut bien reconnaître qu'en multipliant sans effort de cohérence les prérogatives individuelles dans le corpus juridique, le législateur prend le risque de voir émerger des conflits d'intérêts engendrés par l'incompatibilité entre ces différentes prérogatives<sup>6</sup>. La seule possibilité de prévenir ces conflits d'intérêts consiste à s'assurer, dès

<sup>1</sup> Voir, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s., spéc. p. 244.

Sur les conflits entre ces différentes prérogatives, voir T. Léonard, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005.

<sup>2</sup> Voir J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, rééd., Flammarion, collection Champs essais, 2008, p. 121 et s.

<sup>3</sup> Voir par exemple, G. CORNU, *Droit civil : La famille*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2006, p. 20. - A.-C. AUNE, *Le phénomène de la multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille*, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2007.

<sup>4</sup> A. MASSON, *Le bonheur est dans le Code civil*, RLDC 2004, n° 11, p. 53 et s. - Y. MADIOT « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Mélanges Jean SAVATIER*, PUF, 1992, p. 353 et s. - P. DIENER, *Idée nominaliste et déconstruction du droit*, APD, 1983, p. 232.

<sup>5</sup> Sur l'impact des groupes de pression dans la législation familiale, voir, J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, pp. 281-282.

De manière générale, voir A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1969. - J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République*, rééd., Flammarion, collection Champs essais, 2008, p. 125.

<sup>6</sup> Faisant le constat suivant lequel la création de droits nouveaux entre souvent en conflit avec des droits anciens (liberté sexuelle contre devoir de fidélité conjugale, droit à l'euthanasie contre droit à la vie, droit à l'adoption des couples homosexuels contre un éventuel droit de l'enfant à une famille hétérosexuelle) un auteur souligne

le processus d'élaboration des prérogatives nouvelles, de leur faculté à pouvoir coexister avec les différentes prérogatives individuelles qui composent déjà le corpus normatif. C'est pour cela qu'il est suggéré une meilleure intégration des prérogatives nouvelles dans le corpus juridique.

**306. L'objectif d'une meilleure intégration des prérogatives nouvelles.** — Toute prérogative couple normalement un avantage à une charge. Les deux notions sont intimement liées et constituent, si on permet la comparaison, les deux faces d'une même pièce que serait la prérogative. Et, c'est cette corrélation entre un avantage et une charge qui permet d'assurer la coexistence des prérogatives individuelles en dépit de leur diversité. Or, l'analyse des prérogatives nouvelles accordées aux individus dans le cadre de leurs rapports familiaux, révèle que le législateur les appréhende principalement par le prisme des avantages qu'elles sont censées procurer à leur titulaire<sup>1</sup> sans mettre l'accent sur les charges inhérentes<sup>2</sup>. Le droit à la vérité biologique, le droit à être élevé par ses parents, le droit à la stabilité de son état civil, le droit au respect de la vie privée constituent autant d'illustrations.

En insistant sur les avantages, ou potentialités des nouvelles prérogatives, le législateur donne à leurs titulaires l'impression de bénéficier de droits absolus, alors qu'il n'en est rien. En effet, la réalité juridique montre que ces prérogatives nouvelles, loin d'accorder des droits absolus, nécessitent en contrepartie d'un avantage, qu'une charge soit imposée au bénéficiaire<sup>3</sup>. En d'autres termes, la mise en retrait de la charge des prérogatives dans leur processus d'élaboration favorise une mésestimation des titulaires sur la portée réelle de leurs droits ; ce qui engendre des conflits, puisque chacun reste persuadé d'être dans son droit.

Pis, il arrive que dans l'urgence engendrée par une condamnation des juridictions françaises par la Cour européenne des droits de l'Homme ou par la crainte d'une telle condamnation, on voit émerger dans notre corpus juridique des prérogatives nouvelles pour lesquelles, le législateur n'a même pas eu ou pris le temps de délimiter les contours en fixant leurs limites. Faisant un constat similaire, un auteur avait justement parlé d'un pullulement de la pratique

que « contrairement aux idées reçues, nous pensons que toute création d'une nouvelle norme, ou *a fortiori* d'un nouveau droit n'est pas sans effet sur les autres droits (...) ; chaque création d'un nouveau droit atteint un ancien droit, au moins partiellement (...) ». M. GROS, « Conflit entre normes constitutionnelles classiques et normes constitutionnelles environnementales : conciliation, prévalence, ignorance ? », *in*, F. PERALDI-LENEUF, S. SCHILLER (dir.), *Les conflits de normes*, Rapport de recherche, 2012, p. 335.

<sup>1</sup> Faisant le même constat lorsqu'il analysait les droits à, un auteur soulignait que « le trait distinctif du *droit à* et qui perturbe le juriste tant en termes politiques que strictement juridiques est qu'il est conçu sans égard pour sa charge effective. Pour que l'on puisse parler de *droit à*, doit se déduire de l'énoncé d'une telle prérogative la volonté non seulement de faire primer l'intérêt de l'un sur l'intérêt de l'autre, mais de concevoir le bienfait indépendamment de la charge qu'il implique nécessairement pour autrui ». M. PICHARD, *Le droit à. Étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006, p. 196.

<sup>2</sup> Un pareil constat a pu être dressé à propos des droits fondamentaux par des auteurs qui ont parlé « d'unilatéralisme » des droits fondamentaux dans le sens où leur proclamation ne s'accompagne presque jamais des charges que leur titularité implique. H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 3 et s.

<sup>3</sup> H. ROLAND, L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2003, p. 374, n° 1071.

d'une « législation panique »<sup>1</sup>. Par exemple, dans le souci de mettre notre droit interne en conformité avec les exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme<sup>2</sup>, on a pu assister à la réception dans notre droit positif, d'un droit à la connaissance de son ascendance génétique<sup>3</sup> — droit déconnecté de la filiation en ce sens que sa satisfaction n'a pas pour vocation l'établissement d'un lien de filiation —. Il s'agirait alors pour un intéressé, en dehors d'une action relative à la filiation ou aux subsides, de pouvoir recourir à l'expertise génétique pour connaître ses origines. L'avantage est clairement identifié, mais en ce qui concerne la charge, c'est-à-dire les implications sur autrui, point de précision. De nombreuses interrogations restent en suspens. *Quid* de la possibilité pour le parent prétendu de refuser de se soumettre à une telle disposition ? *Quid* des conséquences à en tirer ? *Quid* de la coexistence de ce droit avec d'autres potentiellement antagonistes comme le droit de la parturiente ayant demandé le secret de son admission, ou le droit du donneur de sperme au maintien de son anonymat et au respect de sa vie privée ?

Face à tant d'incertitudes, l'action en justice demeure le seul moyen pour le titulaire d'une telle prérogative, d'être fixé sur l'étendue de ses pouvoirs, notamment lorsqu'il rencontre la résistance d'un tiers à propos de la satisfaction de ses intérêts.

Partant, pour éviter que le corpus juridique ne constitue un facteur favorisant les conflits d'intérêts, il est nécessaire que le rapport d'altérité soit replacé au centre du processus d'attribution des prérogatives juridiques. En d'autres termes, avant de penser à protéger un intérêt par le biais d'une prérogative, le législateur doit envisager les conséquences de sa satisfaction pour les tiers. L'intérêt d'une telle démarche est double. Au-delà de la fixation du contour des prérogatives juridiques, elle permet de rationaliser *in fine* le corpus normatif. En effet, en se confrontant dès le processus de création d'une prérogative à la question de son articulation avec les prérogatives préexistantes, le législateur sera obligé de réaliser des choix politiques nécessaires à la cohérence du système normatif. Ainsi, en cas d'impossibilité à concilier la prérogative en voie de création avec d'autres prérogatives préexistantes, le législateur décidera, soit de renoncer à sa consécration, soit de la consacrer au prix d'arbitrages subtils. Par exemple, il pourra décider de créer un rapport de priorité entre les prérogatives ou décider de les concilier. Sur ce dernier point, les options qui s'offrent au

<sup>1</sup> D. LATOURNERIE, *La qualité de la règle de droit*, Revue administrative 1981, p. 593.

Pour un constat relatif au fait que l'accélération du temps juridique conduit à une production normative médiocre, parce que précipitée, voir, F. OST, « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in, J. CLAM, G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 428.

<sup>2</sup> Voir par exemple, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, AJ fam. 2011, p. 429, obs. F. CHÉNÉDÉ - CEDH, 13 juill. 2006, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, Dr. fam. 2008, étude 14, obs. A. GOUTTENOIRE ; RTD civ. 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2007, p. 99, obs. J. HAUSER.

<sup>3</sup> Voir H. FULCHIRON, *Les actions du préteur : la Cour de cassation, l'article 8 de la Convention EDH et le droit à la reconnaissance de son ascendance génétique* (note sous : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018), D. 2015, p. 1070.

législateur sont les suivantes ; il s'agira soit de modifier les contours de la prérogative en voie de création pour permettre son articulation avec celle préexistante et potentiellement antagoniste, soit de modifier ceux de la prérogative préexistante toujours dans le dessein de favoriser son articulation avec la prérogative en cours de création.

Toutefois, dans le cas particulier de la réception d'une prérogative dégagée par les juridictions européennes, il convient de souligner qu'en cas d'incompatibilité avec d'autres prérogatives préexistantes, le seul levier d'action dont dispose le législateur reste la modification des contours de ces prérogatives préexistantes ou leur suppression.

En définitive, la technique simple de mise en ordre préalable du corpus normatif, qui conduit à se soucier, dès la gestation d'une prérogative nouvelle de sa coordination avec les prérogatives déjà consacrées, permet d'anticiper efficacement les conflits de prérogatives.

Cependant, il faut souligner que tous les conflits d'intérêts ne sont pas engendrés par la contradiction apparente entre prérogatives juridiques. Certains sont issus d'une incompatibilité entre la réalité factuelle et la réalité juridique. Et à propos de ces conflits, on ne peut que conseiller, dans une logique préventive de gestion, de limiter autant que possible le recours aux techniques juridiques de négation de la réalité.

## **B — LA LIMITATION DU RECOURS AUX FICTIONS JURIDIQUES : L'EXEMPLE DE LA RÉTROACTIVITÉ EN MATIÈRE DE FILIATION**

**307. Prolégomènes.** — La fiction<sup>1</sup> est une technique juridique qui consiste à élaborer une règle de droit à partir de prémisses non conformes à la réalité. En raison de la négation de la réalité factuelle à laquelle conduit la fiction, cette technique juridique d'élaboration des normes est une source potentielle de conflit.

Toutefois, il convient de préciser qu'il ne s'agit pas de condamner dans un souci de prévention des conflits d'intérêts toutes les fictions juridiques, car d'une part, le recours à cette technique reste commode pour le législateur dans l'élaboration des règles de droit<sup>2</sup> et,

---

<sup>1</sup> À propos des fictions en droit, voir par exemple, P. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, th. dactyl. Paris II, 1981. - L. LECOCQ, *De la fiction comme procédé juridique*, th. dactyl. Paris, 1914. - A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1995. - G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, LGDJ, 1997. - C. CLÉMENT, *Présomptions et fictions en droit de la filiation*, th. dactyl. Paris 10, 2006.

<sup>2</sup> Par exemple, en faisant remonter de manière fictive les effets patrimoniaux des divorces contentieux entre époux à la date de l'ordonnance de non-conciliation (art. 262-1 du C. civ.), le législateur évite ainsi que la liquidation du régime matrimonial ne soit parasitée par les conflits portant sur la propriété de biens ou d'actifs générés à une période où les époux vivaient déjà séparément. À propos de l'utilité des fictions juridiques, voir par exemple, M. HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, 1947, t. III, p. 242, spéc. p. 246.

d'autre part, parce que toutes les fictions juridiques ne sont pas *a priori* polémogènes<sup>1</sup>. On doit alors garder à l'esprit que le recours aux fictions n'est pas systématiquement condamnable en législation.

Dès lors, si en droit des personnes et de la famille des fictions juridiques engendrent des conflits d'intérêts (1), c'est que le choix de cette technique législative était à l'origine inadapté par rapport aux buts poursuivis. Le législateur a pour ainsi dire « abusé » du recours à cette technique juridique<sup>2</sup> (2). L'analyse de la règle de la rétroactivité en matière de filiation permettra d'éprouver cette hypothèse.

### 1) La rétroactivité en matière de filiation, source de conflits d'intérêts

**308. La règle de la rétroactivité en matière de filiation.** — La rétroactivité se définit comme « un procédé technique qui consiste essentiellement dans la substitution d'une situation nouvelle à une situation antérieure de telle sorte que tout se passe comme si celle-ci n'avait jamais existé »<sup>3</sup>. Il s'agit d'une inversion de l'ordre chronologique des effets d'une situation juridique<sup>4</sup> ; « au lieu de la succession chronologique de deux situations, la seconde absorbe et supprime la première »<sup>5</sup>.

Appliquée à l'établissement de la filiation, la règle pousse à considérer le rapport de filiation nouvellement créé comme existant au jour de la naissance de l'enfant. Ainsi, comme le soulignait un auteur, « on ne devient pas l'enfant de X ou Y, mais on l'est dès sa naissance même si la constatation juridique du lien est plus tardive »<sup>6</sup>.

Partant, toutes les actions relatives à la filiation<sup>7</sup> voient attacher à leurs effets un caractère rétroactif à l'exception des actions à fins de subsides<sup>1</sup> et des actions visant à l'établissement ou à la destruction d'un lien de filiation adoptive<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Un auteur a même démontré que les fictions permettent de résoudre les conflits de substance et de compétence engendrés par les antinomies juridiques. Voir, A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1995, p. 248.

<sup>2</sup> L'abus du recours aux fictions doit être compris comme l'inutilité de cette technique juridique dans la mesure où la négation de la réalité factuelle qu'elle impose n'est pas justifiée dans la situation d'espèce.

<sup>3</sup> M. HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, *op. cit.*, p. 247.

<sup>4</sup> M. CRESP, *Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale*, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013, p. 146.

<sup>5</sup> M. HOUIN, *Le problème des fictions en droit civil*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, *op. cit.*, p. 247.

<sup>6</sup> J. HAUSER, *Effet rétroactif d'une paternité légalement établie*, RTD civ. 2006, p. 297, obs. sous, Cass. 1<sup>re</sup> civ, 14 févr. 2006.

<sup>7</sup> Par exemple, il a été jugé que la reconnaissance d'enfant parce qu'elle constitue un aveu de paternité ou de maternité, est un acte déclaratif qui fait rétroagir l'établissement du lien de filiation à la naissance. Cass. 1<sup>re</sup> civ, 12 déc. 2000, n° 98-19.147 ; D. 2001, p. 1496, note T. GARÉ ; RTD civ 2001, p. 120, obs. J. HAUSER.

Aussi, il convient de souligner que pour la Cour de cassation, les effets de l'établissement judiciaire d'une filiation remontent à la naissance de l'enfant. Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ, 12 juill. 1994, n° 92-17.461 - Cass. 1<sup>re</sup> civ, 3 déc. 2008, n° 07-12.042 ; Dr. fam. 2009, comm. 28, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2009, p. 105, obs. J. HAUSER ; D. 2009, p. 773 et s. obs. F. GRANET-LAMBRECHTS - Cass. 1<sup>re</sup> civ, 28 janv. 2009, n° 07-15.243

Néanmoins, il convient de souligner que cette rétroactivité des effets attachés au lien de filiation n'est pas satisfaisante en ce qu'elle conduit à une regrettable négation du passé, contraire à l'idée d'apaisement qui devrait présider à la gestion des contentieux familiaux. En d'autres termes, il convient de démontrer que la rétroactivité appliquée en matière de filiation engendre des conflits d'intérêts.

**309. La rétroactivité, source de conflits d'intérêts en droit de la filiation.** — La règle de la rétroactivité appliquée à la reconnaissance d'un enfant entraîne des conflits d'intérêts subséquents. En raison de cette rétroactivité, l'enfant peut remettre en cause, *a posteriori*, le changement de régime matrimonial de ses parents, fait en fraude de ses droits, alors même que sa filiation n'était pas établie à la date dudit changement<sup>3</sup>. De même, l'enfant peut remettre en cause les partages successoraux réalisés avant l'établissement de sa filiation<sup>4</sup>. Également, il convient de souligner qu'en raison de cette rétroactivité, la jurisprudence considère que les obligations reposant sur le lien de filiation sont dues par le « parent déclaré » de manière rétroactive depuis la naissance de l'enfant, justifiant ainsi le droit au remboursement de l'autre parent<sup>5</sup> ou du « parent contesté »<sup>6</sup>, d'une partie des frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qu'il avait seul assumé par le passé.

Cette fiction de la rétroactivité en matière de filiation peut se justifier comme l'a démontré un auteur par des considérations d'équité<sup>7</sup>. Après tout, puisque « qui fait l'enfant doit le nourrir », il est équitable de faire supporter les dépenses d'entretien et d'éducation au véritable parent. De même, puisqu'on ne peut rendre l'enfant responsable de la tardiveté de

<sup>1</sup> Une action à fins de subsides ne saurait permettre l'allocation de sommes pour une période antérieure à la date d'assignation. Cass. 1<sup>re</sup> civ, 19 mars 1985, Bull. civ. I, n° 100 ; JCP (G) 1986, II, 20665 note JOLY.

<sup>2</sup> À propos de la filiation adoptive, le législateur a expressément prévu l'absence de rétroactivité des effets de l'adoption plénière à l'article 355 du C. civ. Aux termes de cet article « l'adoption produit ses effets à compter du jour du dépôt de la requête en adoption ». À propos de l'adoption simple, la doctrine a déduit des articles 363 et suivants du Code civil que « le jugement produit ses effets entre les parties et à l'égard des tiers à compter du jour du dépôt de la requête en adoption, exactement comme pour l'adoption plénière » ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS (dir.), *Leçons de droit civil, La famille*, 7<sup>e</sup> éd. par L. LEVENEUR, Montchrestien, 1995, p. 475, n° 1054. - F. TERRÉ, D. FENOUILLET, *La famille*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2011, p. 720, n° 776.

<sup>3</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 déc. 2000, n° 98-19.147, D. 2001, p. 1496, note T. GARÉ ; JCP (G) 2001, II, 10478, note J. CASEY ; Dr. fam. 2001, comm. 32, obs. B. BEIGNIER, RTD civ. 2001, p. 120, obs. J. HAUSER.

<sup>4</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 2 mars 1999, n° 97-12026.

Pour une analyse doctrinale du problème, voir par exemple, M. BEAUPRUN, *La sécurité des règlements successoraux à l'épreuve de l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état*, D. 1997, chron. p. 387 ; J.-M. BRUN, *Les dangers d'une descendance naturelle ignorée*, Defrénois 1999, p. 460.

<sup>5</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 mai 2004, n° 02-17.441 ; Dr. fam. 2004, comm. 143, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2004, p. 494, obs. J. HAUSER - Cass. 1<sup>re</sup> civ, 14 févr. 2006, n° 05-13.738 ; Dr. fam. 2006, comm. 87, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2006, p. 297, obs. J. HAUSER - Cass. 1<sup>re</sup> civ, 11 juill. 2006, n° 04-14.185 ; Dr. fam. 2006, comm. 203, obs. P. MURAT.

<sup>6</sup> La locution « parent contesté » vise à désigner le parent qui voit sa filiation anéantie par l'effet d'une action en contestation de paternité ou de maternité. Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ, 1<sup>er</sup> févr. 1984, D. 1984, p. 388 note J. MASSIP ; RTD civ. 1984, p. 700, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI - Cass. 1<sup>re</sup> civ, 13 févr. 1985, D. 1985, p. 462 note J. MASSIP - CA Caen, 8 janv. 2005, Dr. fam. 2004, comm. 198, obs. P. MURAT.

<sup>7</sup> A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, th. dactyl. Paris II, 1995, p. 301.

l'établissement de son lien de filiation, l'équité commande encore qu'il lui soit permis de réclamer les droits qui auraient été les siens si sa filiation eut été établie dès sa naissance. Cependant, on ne peut ignorer que cette rétroactivité alimente une dynamique conflictuelle néfaste à la stabilité des situations familiales. Le bilan coût-avantages du recours à une telle fiction en matière de filiation nous paraît déficitaire ; en sus, rien ne semble justifier sur un plan juridique une telle règle.

## 2) La rétroactivité en matière de filiation, une fiction inutile

**310.** On justifie traditionnellement la rétroactivité en matière de filiation par le fait que les actes ou jugements qui lui sont relatifs ont un caractère déclaratif<sup>1</sup>. Or, il faut bien reconnaître que cette classification est contestable.

Si on affirme de manière péremptoire que la reconnaissance est un acte déclaratif<sup>2</sup> en ce sens qu'elle met en évidence une situation préexistante, c'est à propos des jugements établissant ou anéantissant le lien de filiation qu'on retrouve des éléments permettant de justifier une telle qualification. En effet, appliquant le critère traditionnel de distinction des actes déclaratifs et constitutifs, on a très tôt retenu que « l'existence ou l'inexistence de la filiation ne naît pas du jugement, mais d'un fait antérieur, la naissance, que le jugement ne fait que constater »<sup>3</sup>. Ou encore, on a pu affirmer que « le jugement faisant droit à la réclamation d'une filiation ne crée pas une réalité nouvelle »<sup>4</sup> pour s'empresse de conclure à sa rétroactivité au jour de la naissance.

À notre sens, par de telles affirmations, on surestime d'un côté les forces de la naissance — événement factuel — et de l'autre, on oublie que la filiation est avant tout un lien de droit et non un lien de fait, même si le fait peut conduire dans certaines hypothèses au droit.

En effet, si la naissance à elle seule suffit pour acquérir la personnalité juridique, elle est en revanche insuffisante à établir le lien de filiation sinon tous les enfants en seraient pourvus. En fonction des hypothèses, la naissance doit être couplée à des présomptions légales, comme la présomption de paternité, ou à un fait juridique comme la possession d'état, ou encore à un acte juridique comme la reconnaissance, pour emporter établissement du lien de filiation.

<sup>1</sup> Sur la distinction du déclaratif et du constitutif, voir par exemple, S. THÉRON, *L'effet déclaratif d'un acte ou d'un jugement*, AJDA 2011, p. 2100. - H. MONTAGNE, *De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile*, th. dactyl. Paris, 1912. - L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, RTD civ. 1929, p. 17 et s. - P. RAYNAUD, « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », in, *Études de droit contemporain, contributions françaises aux III<sup>e</sup> et IV<sup>e</sup> congrès internationaux de Droit Comparé*, Sirey, 1959, p. 377 et s.

<sup>2</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 29 juin 1977, Bull. civ. I, n° 305, D. 1977, IR 436, obs. D. HUET-WEILLER.

<sup>3</sup> L. MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits*, RTD civ. 1929, p. 26.

<sup>4</sup> M. DOUCHY-OU DOT, Rép. pr. civ. Dalloz, V° *Filiation*, p. 15, n° 97. - Voir aussi T. GARÉ, D. 2001, p. 1496, note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 12 déc. 2000.

Ainsi, le lien de filiation n'existe que lorsque l'un de ces éléments vient s'ajouter à la naissance. À défaut, la filiation doit être judiciairement établie et c'est ce jugement qui en retranscrivant en droit la réalité factuelle, lui fait produire des effets juridiques. Le fait lui-même est incapable à produire de tels effets. C'est de la reconnaissance ou du jugement que l'enfant tient son droit à s'inscrire dans la lignée de celui qui avoue en être le géniteur ou de celui qui est déclaré comme tel en justice. Alors, on ne peut que s'interroger sur les raisons qui incitent la doctrine à faire remonter à la naissance les effets de la filiation.

**311.** Il apparaît après réflexion que deux raisons sont susceptibles d'expliquer cette habitude qui consiste à faire de la naissance le point de départ de la filiation.

La première vient d'une assimilation entre le lien biologique et le lien juridique de filiation. Certes, il existe souvent une coïncidence entre ces deux éléments, mais prôner l'assimilation relève du mythe<sup>1</sup>. En effet, s'il est vrai de nos jours que la vérité biologique tend à s'imposer en matière de filiation, cela ne signifie pas pour autant que notre droit a renoncé à accorder une importance à la réalité affective. Comme l'a souligné un auteur, « le droit marque souvent le triomphe de la culture sur la nature »<sup>2</sup>. Mais au-delà d'une telle constatation, c'est vers une réflexion fondamentale sur le sens du mot parent qu'on est poussé : que signifie être père ou mère au sens du droit ?

Pour répondre à l'interrogation, les mots, soudain, se dérobent à la pensée et le vocabulaire devient famélique. Mais, on reste persuadé qu'être père ou mère, ce n'est pas simplement apporter des gènes<sup>3</sup> sinon le droit ne s'évertuerait pas par exemple, en cas de procréation médicalement assistée exogène à distinguer, le « pourvoyeur » de gènes appelé « tiers donneur », des parents. Être parents donc, c'est comprendre et assumer l'immense responsabilité que représente un enfant.

On peut prendre conscience et assumer cette responsabilité sur le tard. En revanche, quand on tarde à assumer cette responsabilité, on peut être forcé — certes, bien souvent sur le fondement des gènes — à le faire. Et au sens du droit, c'est à partir de cette officialisation juridique de la responsabilité d'assumer un enfant qu'on devient parent. Dès lors, toute fiction qui participerait à nier cet état de choses serait malvenue.

La seconde raison expliquant ce réflexe qui consiste à faire de la naissance le point de départ de la filiation vient de la fascination pour l'intérêt de l'enfant. En effet, adhérant à l'esprit général justifiant la règle « *infans conceptus* », les auteurs par analogie ont sans doute voulu,

<sup>1</sup> Voir, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le mythe du sang en droit de la filiation*, LPA, 1994, n° 32, p. 141 et s.

<sup>2</sup> V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Le mythe du sang en droit de la filiation*, op. cit., p. 141 et s.

<sup>3</sup> Un anthropologue relevait à propos que « la filiation partout et toujours ne peut être qu'un acte social : la reconnaissance volontaire et dûment enregistrée qu'un enfant est rattaché à une ou des lignées nettement désignées, ce qui lui confère son identité, des droits et des devoirs » F. HÉRITIER, *La filiation, état social*, Le Monde, 19-20 avril 2010, p. 14

par faveur pour l'enfant, l'inscrire dans une lignée depuis sa naissance pour qu'il ne pâtisse pas de l'établissement tardif de son lien de filiation ; ce qui est tout à fait louable. En revanche, ce qui est contestable, c'est le fait de généraliser dans l'absolu cette rétroactivité en ce qui concerne les effets de la filiation.

En transformant ainsi l'exceptionnelle faveur faite à l'enfant en principe général, le droit ne pouvait que s'enfoncer dans une négation critiquable du passé, allant jusqu'à donner des signaux contradictoires quant à l'économie générale de ses lois. Par exemple, condamner un « parent déclaré » à payer de manière rétroactive des pensions alimentaires<sup>1</sup> est une curieuse façon de donner du sens aux relations charnelles à une époque où on tend à découpler le sexe de la procréation.

En fin de compte, le système suivant aurait été plus adapté en matière de filiation. D'une part, retenir que l'établissement du lien de filiation biologique n'emporte pas de rétroactivité à l'instar de l'établissement de la filiation élective. D'autre part, pour continuer à satisfaire l'équité à l'égard du « père contesté », lui reconnaître la possibilité de demander des dommages-intérêts en réparation du préjudice que lui cause la dissimulation par la mère du doute inhérent à sa paternité<sup>2</sup>. Un tel système ferait de l'établissement ou de la contestation de la filiation un acte constitutif qui exceptionnellement pouvait voir ses effets rétroagir à la naissance de l'enfant, d'une part, lorsque son intérêt le justifie et, d'autre part, lorsque cette rétroactivité ne porte pas une atteinte disproportionnée aux intérêts des autres membres de la famille, notamment en ce qui concerne leurs droits acquis. On aboutira ainsi à une fiction viable<sup>3</sup> qui ne méconnaîtrait qu'exceptionnellement la réalité matérielle.

Au regard de ces constatations, il faut relever que rien ne justifie une généralisation du principe de la rétroactivité en ce qui concerne les effets de la filiation. Rien ne s'oppose non plus à l'admission en droit d'une successivité des liens de filiation. Est-il si difficile de concevoir qu'en droit, à un moment donné dans son histoire personnelle, un enfant n'avait pas de parents légaux ou avait des parents légaux différents de ses parents actuels ? L'adoption entérine déjà cette successivité des filiations ; pourquoi en devrait-il être autrement en ce qui concerne la filiation par le sang ?

<sup>1</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 3 déc. 2008, n° 07-12.042 ; RTD civ. 2009, p. 105, obs. J. HAUSER.

<sup>2</sup> Le droit commun de la responsabilité servirait de fondement à une telle action. Toutefois, il faut signaler que les éventuels dommages-intérêts qu'allouera le juge ne pourront être calculés en regard du montant des dépenses engagées par le « père contesté » pour l'entretien ou l'éducation de l'enfant auquel cas, il s'agirait d'un détournement de l'esprit de ces réparations en vue de revenir à la pratique actuelle fondée sur l'effet rétroactif de l'anéantissement du lien de filiation. D'ailleurs, il convient une fois encore de souligner que ces dépenses exposées sont causées puisqu'elles découlent de l'apparente paternité de celui qui les a engagées. Et c'est en raison de cette apparente paternité que l'article 337 du C. civ prévoit la continuation des relations personnelles entre le père contesté et l'enfant lorsque l'intérêt de ce dernier le justifie.

<sup>3</sup> « Les fictions juridiques ne sont pas des fictions romanesques : elles ne sont soutenables (...) qu'à condition d'être humainement viables ». A. SUPIOT, *L'Esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010, p. 59.

Peu importe la conviction personnelle de tout un chacun, en ce qui concerne la qualification des actes ou jugements relatifs à la filiation, il faut reconnaître néanmoins que l'abus de fictions juridiques sans aucun ménagement pour la réalité factuelle est le meilleur moyen de projeter sur la scène juridique des conflits opposant, d'une part, les porteurs d'intérêts lésés par cette négation du passé et, d'autre part, les porteurs d'intérêts avantagés par cette méconnaissance de la réalité matérielle.

Enfin, à travers l'exemple de la rétroactivité en matière de filiation, il apparaît nécessaire dans un souci de prévention des conflits d'intérêts que le recours aux fictions juridiques comme technique d'élaboration des normes reste exceptionnel<sup>1</sup>.

En définitive, parce que le droit est source de conflits, il conviendrait dans une approche préventive des conflits d'intérêts d'éviter la multiplication des occasions de conflit d'intérêts familiaux au sein même de l'arsenal juridique.

Toutefois, on ne saurait limiter l'approche préventive à une action légistique. En effet, parce que les conflits d'intérêts en droit de la famille intègrent également une dimension personnelle ou subjective, le travail de prévention passe aussi par une dissuasion des comportements susceptibles de conduire à l'éclatement de tels conflits.

## **§-2 : LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊTS PAR LA DISSUASION DES COMPORTEMENTS INDIVIDUELS**

**312.** Il est possible en droit de la famille de prévenir les conflits d'intérêts, en dissuadant les membres du groupe familial d'adopter des comportements polémogènes c'est-à-dire des comportements qui conduisent aux conflits d'intérêts. Pour ce faire, le législateur doit, à travers la norme, prévoir des sanctions destinées à responsabiliser les acteurs de potentiels conflits d'intérêts. L'objectif est de ne pas laisser sans conséquences fâcheuses pour l'auteur du comportement polémogène, l'atteinte ainsi portée à l'intérêt général (A) ou à un intérêt privé (B).

### **A — LA DISSUASION DES COMPORTEMENTS PORTANT ATTEINTE À L'INTÉRÊT GÉNÉRAL**

**313.** Le conflit d'intérêts en droit de la famille ne se limite pas aux simples affrontements entre intérêts privés. Il arrive également que la poursuite d'un intérêt privé se

---

<sup>1</sup> Pour un constat similaire, voir, C. POMART, « Les techniques législatives de résolution des conflits familiaux », in, S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, A. DEPERCHIN, T. LE MARC'HADOUR (dir.), *La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante*, Rapport de recherche, Lille 2008, p. 183 et s., spéc. pp. 184-185.

heurte à l'intérêt général matérialisé par les règles impératives qui traduisent une conception politique du devoir être dans les rapports sociaux en général, et en particulier dans les rapports familiaux.

Pour éviter un tel affrontement entre les intérêts privés d'un côté et l'intérêt général poursuivi par la loi de l'autre, il existe en droit positif des mécanismes de sanction destinés à décourager la volonté subversive des individus. Après avoir analysé ces mécanismes (1), il conviendra d'évaluer leur efficacité en matière de prévention des conflits d'intérêts (2).

### **1) La dissuasion de l'instrumentalisation du droit**

**314.** L'intérêt général du corps social étant placé au-dessus des intérêts privés, il existe des règles considérées d'ordre public auxquelles les volontés individuelles ne pourraient déroger (art. 6 du C. civ.)<sup>1</sup>. L'objectif étant de placer hors d'atteinte des particuliers les « cadres fondamentaux sur lesquels repose la société »<sup>2</sup>.

En transposant un tel objectif au droit de la famille, il devient alors question de placer l'organisation de la famille au-dessus des conventions privées. Pour ce faire, on interdit aux individus de porter atteinte aux structures familiales ; tel est par exemple le cas de l'interdiction de la bigamie, de l'interdiction de la constitution d'un double lien de filiation au profit de l'enfant incestueux, de l'interdiction des contrats de gestation pour autrui. Le non-respect de ces interdits expose l'individu à une sanction qui se résume souvent à la neutralisation de son comportement polémogène.

Toutefois, il convient de souligner que s'il est évident, en cas de remise en cause frontale des interdits posés par le droit, que l'individu s'expose à une réaction énergique du système juridique, il est en revanche plus difficile de déterminer si ces sanctions trouvent matière à s'appliquer lorsque l'individu met en place tout un stratagème destiné à contourner ces mêmes interdictions. On touche là au phénomène de l'instrumentalisation du droit qu'il convient d'analyser dans les lignes à venir.

À ce propos, il sera question après une identification des comportements relevant d'une instrumentalisation du droit de la famille (a), de nous intéresser à leur sanction, puisque c'est elle qui dissuadera les individus de porter ainsi atteinte à l'intérêt général (b).

#### **a) Les comportements relevant de l'instrumentalisation du droit**

**315.** D'entrée, il convient de signaler que tous les montages ou stratagèmes mis en place par les individus pour arriver à leurs fins ne sont pas condamnables. Certains relèvent de

<sup>1</sup> À propos de l'article 6 du C. civ., voir par exemple, M. PENA, *Les origines historiques de l'article 6 du Code civil*, RRJ 1992, p. 499.

<sup>2</sup> P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, th. dactyl. Paris, 1951, spéc. n° 52.

l'habileté permise, car qualifiés de technique d'optimisation juridique, tandis que d'autres sont sanctionnés, car les tolérer reviendrait à sacrifier purement et simplement l'intérêt général au profit des intérêts privés.

Pour stigmatiser les comportements stratégiques susceptibles de heurter l'intérêt général, le droit positif manie les concepts de fraude, d'abus ou de détournement<sup>1</sup>, sans pour autant dégager avec soin leur sens. Même s'il apparaît à l'analyse que l'entreprise de fixation des contours de ces concepts n'est pas des plus aisées tant les propositions doctrinales divergent<sup>2</sup>, il n'en demeure pas moins indispensable de réaliser au préalable un tel effort, puisque c'est à travers ces concepts que s'exprime l'instrumentalisation du droit de la famille.

**316. Le détournement en droit de la famille.** — En droit extrapatrimonial de la famille, on envisage généralement le détournement au regard des institutions ou des catégories juridiques familiales. Concrètement, on parle de détournement d'une institution familiale, lorsqu'un sujet de droit, tout en remplissant les conditions d'accès à cette institution, manifeste une volonté de rattachement dans l'unique but de retirer un avantage accessoire sans en assumer les principales conséquences<sup>3</sup>.

En refusant de se conformer aux finalités de l'institution, le sujet s'inscrit à contre-courant de la philosophie générale qui la soutient, justifiant la sanction d'un tel comportement subversif<sup>4</sup>. Tel est par exemple l'hypothèse d'un mariage blanc par lequel l'un des époux poursuit uniquement des avantages quant à la nationalité, sans intention d'assumer les obligations principales découlant d'une telle union.

S'il apparaît ainsi que le détournement a pour apanage la transgression de l'esprit d'une institution — c'est-à-dire, la mise en œuvre d'une institution à des fins exclusivement étrangères à la fonction normativement assignée —, encore faudrait-il être à même de déterminer la finalité des institutions, puisque la distinction des avantages principaux et accessoires en dépendra.

<sup>1</sup> F. BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?*, JCP (N) 1993, p. 282 et s. - J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in, *Mélanges F. TERRÉ*, Dalloz, 1999, p. 442 et s.

<sup>2</sup> J. HAUSER, *Détournements, abus ou fraudes ?*, Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, p. 38, spéc. note de bas de page n° 19.

<sup>3</sup> Pour F. BOULANGER le détournement permet à son auteur de « parvenir à des fins accessoires ou tout-à-fait extérieures à l'esprit de l'institution, ce sont donc les mobiles qui l'animent qui sont suspects ». F. BOULANGER, *Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ?*, op. cit., p. 279.

Voir également, D. FENOUILLET pour qui « le détournement d'institution apparaît donc lorsqu'une institution juridique est artificiellement choisie, le but poursuivi par l'auteur du détournement ne respectant pas la fonction assignée par l'ordre juridique à l'institution considérée ». D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », in, *Mélanges P. MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 242.

Voir aussi, J. HAUSER pour qui, « le détournement apparaîtrait comme un abus de confiance envers le système juridique qui a confié certaines prérogatives au sujet de droit » ; J. HAUSER, *Détournements, abus ou fraudes ?*, Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, p. 36 et s. spéc. p. 40.

Pour une vue générale sur la question du détournement d'institution, voir enfin, N. CORDIER-DUMONNET, *Le détournement d'institution*, th. dactyl. Dijon, 2010.

<sup>4</sup> J. HAUSER, « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in, *Mélanges F. TERRÉ*, op. cit., pp. 443-444.

Si une telle entreprise ne pose guère de difficultés pour les institutions dont la finalité est certaine, elle s'avère malaisée lorsque l'institution présente une finalité incertaine ou est en constante mutation<sup>1</sup>. Il s'ensuit donc qu'en matière de détournement, la principale difficulté surgit lorsque la finalité de la catégorie juridique est incertaine.

En fin de compte, il est plus simple de retenir l'existence d'un détournement d'une institution lorsqu'on se retrouve en présence d'un dépeçage de cette institution. C'est-à-dire que les individus n'entendent pas dès le départ assumer toutes les conséquences découlant de l'accès à l'institution en cause et sélectionnent des effets précis tout en éliminant les autres.

Bref, en matière de détournement, l'objectif final que souhaite atteindre l'auteur du comportement stratégique n'est pas en soi prohibé ; c'est le fait qu'il soit obtenu au prix d'un rejet de certains effets découlant de l'accès à l'institution familiale usitée qui est sanctionné à travers le détournement. Ce qui signifie *a contrario* qu'il n'y a pas de détournement lorsque la satisfaction de l'avantage spécifiquement poursuivi se fait au prix d'une acceptation de tous les effets découlant de l'accès à l'institution familiale usitée.

**317. La fraude en droit de la famille.** — Contrairement à la situation du détournement, celle de la fraude<sup>2</sup> suppose dès l'origine une interdiction de l'avantage final poursuivi par le sujet. Cependant, l'individu va mobiliser d'autres prérogatives juridiques que le droit objectif met à sa disposition comme l'accès à une institution familiale, pour atteindre indirectement son but final et donner ainsi à l'opération l'apparence de la légalité<sup>3</sup>. C'est ainsi qu'un auteur avait justement relevé, qu'il y a fraude lorsque le sujet de droit « recherche une combinaison ingénieuse, souvent compliquée, pour atteindre par un chemin défilé l'objectif prohibé par le législateur »<sup>4</sup>. Tel est par exemple l'hypothèse de l'individu qui recourt à l'adoption pour doter un enfant incestueux d'un double lien de filiation.

<sup>1</sup> Sur le constat de la difficulté à identifier les fonctions des diverses institutions juridiques, voir par exemple, D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », *op. cit.*, pp. 246-252, spéc. p. 251. - J. HAUSER, *Détournements, abus ou fraudes ?*, Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, spéc. p. 41 et s.

<sup>2</sup> Pour une vue générale sur le concept de fraude, voir, J. VIDAL, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe « fraus omnia corrumpit »*, Dalloz, 1957. ; F. DOURNAUX, *La notion de fraude en droit privé français*, th. dactyl. Paris, 2008. ; L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, LGDJ, 2008.

À propos de la fraude dans le choix de la loi applicable, voir, H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, Dalloz, 1927, p. 11 et s. Pour l'auteur, « la fraude à la loi se ramène toujours à l'adaptation consciente et volontaire de moyens licites en soi à des fins contraires aux commandements et aux interdictions de la loi. (...) ce concept comporte deux éléments bien distincts l'un de l'autre : l'un, matériel, objectif, l'autre, intellectuel, intentionnel. L'élément matériel, c'est le procédé employé qui, par hypothèse, n'est pas en lui-même contraire à la loi ; quant à l'autre, c'est, en toutes circonstances, l'intention d'éluider une loi déterminée ou une combinaison de textes légaux ».

<sup>3</sup> Il convient de souligner que, contrairement à l'hypothèse de détournement l'individu souhaite, en matière de fraude, assumer toutes les conséquences légales découlant du rattachement à l'institution familiale usitée.

<sup>4</sup> H. DESBOIS, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, *op. cit.*, p. 59.

Tant que le juge reste dupe des apparences, la volonté individuelle du sujet lui permettra de réaliser juridiquement ses intérêts en marge de la loi<sup>1</sup>. Que le pot aux roses soit découvert et le juge sanctionnera ce comportement polémogène en remettant en cause l'avantage final obtenu au nom de la règle *fraus omnia corrumpit*<sup>2</sup>.

**318. L'abus en droit de la famille.** — D'après le vocabulaire juridique Capitant, l'abus en droit civil consiste « à exercer une prérogative juridique sans intérêt pour soi-même et dans le seul dessein de nuire à autrui (...) »<sup>3</sup>. Ainsi, on parlera d'abus à propos des institutions familiales, lorsqu'un sujet qui satisfait les conditions d'accès à cette institution use de sa faculté de rattachement à ladite institution dans un but objectivement conforme aux fonctions assignées par le législateur, mais subjectivement contraire à un usage social.

Ce qui signifie qu'en matière d'abus, le rattachement à l'institution familiale est motivé par un désir subjectif de nuire à autrui<sup>4</sup> qui l'emporte souvent en intensité sur le désir objectif de se soumettre au régime juridique découlant de ladite institution<sup>5</sup>. Bref, l'intention malévole change l'acte *a priori* normal en abus.

Même si en raison du trouble social qui découle d'une telle situation, l'intérêt général semble concerné, il convient de souligner qu'en réalité, en matière d'abus, ce sont les intérêts privés qui sont principalement atteints.

Un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux<sup>6</sup> illustre fort à propos les abus pouvant découler d'un rattachement à une institution familiale ; en l'occurrence, il s'agissait d'une adoption par un grand-père de son petit-fils (avec le consentement de son épouse et de sa fille — mère de l'enfant —) dans l'unique dessein d'empêcher la reconnaissance de l'enfant par son père naturel.

Pour sanctionner ces comportements antisociaux, il convient alors de rechercher l'intention de nuire afin de caractériser l'abus. Pour ce faire, le juge est obligé de scruter les consciences, de connaître et de départir les motifs moraux des motifs immoraux. Si M. PLANIOL jugeait déjà à son époque, une telle entreprise au-dessus des forces du droit<sup>7</sup>, R. VON IHERING de son côté

<sup>1</sup> Le juge restera dupe des apparences lorsque le stratagème est bien pensé. Après tout, comme le souligne un éminent juriste, « si vous voulez tricher, trichez jusqu'au bout. Élevez votre mensonge à la hauteur de la catégorie juridique ». L. JOSSERAND, *Cours de droit positif français*, t. 3, *Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, éd. Sirey, 1933, 2<sup>e</sup> éd., n° 1323.

<sup>2</sup> H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, 4<sup>e</sup> éd., Litec, 1998, pp. 164-165.

<sup>3</sup> G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Abus.

<sup>4</sup> Pour JOSSERAND, on parle d'abus de droit lorsque le titulaire imprime à son droit une orientation antisociale ; voir, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1939, p. 21.

Voir également, R. SALLEILLES, *De l'abus de droit, rapport présenté à la 1<sup>re</sup> Sous-commission de la Commission de révision du Code civil*, Bulletin de la Société d'études législatives, 1905, pp. 325 à 348.

<sup>5</sup> Le sujet veut se placer au sein de ladite catégorie en profitant de tous les droits et en étant assujetti aux obligations qui en découlent, à plus forte raison, parce que son rattachement nuira à autrui.

<sup>6</sup> Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1998, p. 453, note J. HAUSER (l'auteur qualifie cette adoption, d'adoption défensive).

<sup>7</sup> M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, LGDJ, 1902, n° 872 bis.

avait jugé l'entreprise inutile puisqu'il réfutait l'idée même d'abus dans l'exercice des prérogatives juridiques. En effet, ce dernier estimait que la légalité extérieure objective de l'acte — de rattachement — devrait suffire à rendre le recours à l'intention subjective aussi superflue qu'inadmissible<sup>1</sup>. Toutefois, il convient de souligner que s'il s'avère malaisé de caractériser l'intention de nuire<sup>2</sup>, à moins d'obtenir un aveu de la part de l'auteur des manipulations, une telle preuve n'en est pas moins impossible comme en témoigne la théorie de la preuve intrinsèque qui permettait au juge de déduire l'intention coupable de l'inutilité de l'acte pour son auteur et de son caractère nuisible pour les tiers<sup>3</sup>.

En sus, il est possible de tirer des présomptions d'abus des circonstances extérieures au comportement en cause. Par exemple, une utilisation abusive de la faculté de reconnaissance peut être caractérisée par le simple fait qu'un ex-compagnon reconnaisse spontanément, après une séparation, les enfants de son ancienne compagne. En effet, on présumera qu'ayant eu durant la vie commune l'occasion de reconnaître ces enfants et ne l'ayant pas fait, la reconnaissance postérieure à la séparation imprime à son acte une intention malévole<sup>4</sup>.

En revanche, un homme de nationalité française, qui accepte moyennant finance de reconnaître l'enfant d'un autre afin de faciliter le droit au séjour de la mère sur le territoire français, ne commet pas juridiquement parlant un abus de droit faute d'intention de nuire, mais une fraude aux règles régissant le droit de la nationalité. En effet, l'avantage poursuivi par l'auteur de la reconnaissance étant le commerce de cette prérogative juridique, un tel avantage étant prohibé par le législateur, la fraude se trouve ainsi caractérisée.

Après avoir fixé le sens des concepts de détournement, d'abus ou de fraude, par lesquels on exprime traditionnellement une instrumentalisation du droit, il conviendra de déterminer le sort juridiquement réservé aux comportements qui peuvent être ainsi qualifiés.

---

<sup>1</sup> R. VON IHERING, *Des restrictions imposées au propriétaire foncier dans l'intérêt des voisins*, Œuvres choisies, trad. O. de MEULENAERE, t. II, Paris, Librairie A. Marecq, 1893, p. 101.

<sup>2</sup> Un auteur relevait fort à propos que « le juge ne peut pénétrer dans ces parties troubles de l'âme pour y analyser des sentiments coupables », G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1949, p. 173.

<sup>3</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, *op. cit.*, pp. 172-173.

Une pareille logique est illustrée en matière d'abus du droit de propriété. La preuve directe de l'élément intentionnel étant trop difficile, voire impossible, la jurisprudence la déduit de l'existence d'un dommage et de l'inutilité de l'acte pour son auteur. Voir par exemple, Ghestin (dir.), *Traité de droit civil, les biens*, LGDJ, 2000, p. 114, n° 106.

<sup>4</sup> Voir par exemple CA Pau, 13 févr. 1995, Cah. Jurispr. d'Aquitaine, 1995, 2, p. 60. En l'espèce un ex-concubin avait volontairement reconnu, après la séparation d'avec sa concubine, les deux enfants de cette dernière dont il savait pertinemment qu'ils n'étaient pas les siens, contraignant ainsi la mère à agir en contestation. - Voir aussi, RTD civ., 1996, p. 376, obs. J. HAUSER.

### **b) La sanction de l'instrumentalisation du droit**

**319. La sanction du détournement des institutions familiales.** — Les détournements d'institutions peuvent faire l'objet de deux types de sanctions : l'inopposabilité et la nullité.

L'inopposabilité tout d'abord, « consiste à neutraliser ponctuellement le détournement, sans s'attaquer à l'institution elle-même »<sup>1</sup> ; seul l'avantage poursuivi en discordance avec la finalité de l'institution sera paralysé. Par exemple, l'époux qui contracte le mariage dans le seul but d'acquérir la nationalité française use de cette institution à des fins étrangères à son esprit. L'inopposabilité aura alors pour effet de rendre inefficace la réalisation de l'intérêt subjectivement poursuivi, sans anéantir le rattachement à la catégorie juridique du mariage<sup>2</sup>. L'auteur du détournement sera maintenu au sein de cette institution, même si subjectivement il ne peut plus espérer en retirer l'avantage ayant déterminé son adhésion<sup>3</sup>.

La nullité ensuite, se définit généralement comme une sanction frappant un acte établi en méconnaissance des conditions de formation et de validité érigées par la loi. Contrairement à la situation d'inopposabilité dans laquelle l'auteur du détournement est maintenu au sein de l'institution, la nullité vient l'expulser de cette institution de manière rétroactive, parce qu'il n'a jamais eu l'intention de se soumettre au corpus juridique innervant ladite institution. Tel est par exemple le cas des mariages conclus à des fins exclusivement successorales qui ont été annulés faute d' *affectio matrimonii* <sup>4</sup>.

Si la nullité et l'inopposabilité sont les sanctions possibles du détournement des catégories juridiques, reste à savoir laquelle des deux choisir. L'exercice de ce choix relève pour certains de la gageure, puisque le détournement apparaît à leurs yeux comme dépourvu de sanction spécifique<sup>5</sup>.

De notre point de vue, en définissant le détournement comme une atteinte portée à une institution juridique, il apparaît alors que c'est l'intérêt général, incarné par les valeurs juridiques ordonnées en système cohérent innervant ladite institution, qui est lésé. Par

<sup>1</sup> D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », *op. cit.*, p. 267.

<sup>2</sup> Cette voie a été choisie par la Cour de cassation qui a refusé, dans la désormais célèbre affaire des époux TALEB (Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 nov. 1981, JCP (G) 1982, II, 19842, note M. GOBERT), d'anéantir le remariage naturalisant et s'est contentée de neutraliser son effet acquisitif de la nationalité.

<sup>3</sup> Pour les professeurs P. MALAURIE et H. FULCHIRON, maintenir ainsi le sujet au sein de la catégorie juridique (le mariage en l'occurrence) tout en le privant de l'avantage ayant subjectivement déterminé son adhésion (recueillir une donation), « n'était pas une mauvaise façon de décourager la fraude, mais aux dépens du sérieux du mariage ». P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, *op. cit.*, p. 109, n° 193.

<sup>4</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 oct. 2003, n° 01-12.574, D. 2004, p. 21, note J.-P. GRIDEL, *Dr. fam.* 2004, comm. 15, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>5</sup> J.-J. LEMOULAND, P. MURAT, *Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial*, *Rev. Droit & Patrimoine* 2011, n° 209, p. 52 et s., spéc. p. 53. Voir aussi J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2<sup>e</sup> éd., n° 376 et s.

conséquent, la nullité apparaît comme la « seule sanction permettant, au-delà de la restauration des intérêts atteints, de rétablir l'ordre juridique »<sup>1</sup>.

Recourir à l'inopposabilité permet également de sanctionner le sujet mal intentionné, en l'enchâssant dans la catégorie juridique amputée de l'effet recherché, mais au détriment de toute cohérence puisqu'une telle sanction institue une catégorie juridique punition contraire au sentiment d'adhésion recherché<sup>2</sup>. Il conviendrait donc, comme le suggère le professeur FENOUILLET, d'opter pour la sanction de la nullité et recourir à l'inopposabilité à titre exceptionnel<sup>3</sup>.

**320. La sanction de la fraude en droit de la famille.** — L'hypothèse d'une fraude suppose dès l'origine une interdiction de l'avantage final poursuivi par le sujet. Le stratagème mis en place pour contourner l'interdiction porte atteinte à l'ordonnement juridique tout entier puisqu'il permet au sujet de droit d'annihiler les prescriptions juridiques.

La sanction d'une telle atteinte doit nécessairement avoir pour objet de faire cesser le trouble par un rétablissant la situation *quo ante* ; ce qui nécessite l'anéantissement de tout le stratagème. Le régime de la nullité s'impose alors comme la sanction adéquate qui viendrait, dès que le masque des apparences se fissure<sup>4</sup>, sanctionner l'acte posé.

**321. La sanction de l'abus en droit de la famille.** — L'abus dans l'exercice d'une prérogative juridique lèse principalement les intérêts privés, puisque le stratagème a pour but de causer des nuisances à un tiers. La sanction de ce comportement passe nécessairement par une réparation du préjudice causé au tiers, ce qui justifie la mise en branle du mécanisme de la responsabilité civile. Cependant, il convient de relever aussi que le comportement abusif, parce qu'il apparaît incompatible avec les valeurs qui soutiennent l'institution familiale, est susceptible de porter atteinte à l'intérêt général. Par conséquent, sa nullité peut être justifiée dans certaines hypothèses.

Ainsi, en cas d'abus de reconnaissance d'enfant, il est permis au ministère public de défendre l'intérêt général en poursuivant la nullité d'un tel acte lorsque les indices tirés de l'acte lui-même rendent invraisemblable une telle filiation (art. 336 du C. civ.).

Après avoir établi l'existence de sanctions destinées à dissuader les comportements stratégiques, il convient d'évaluer l'efficacité desdites sanctions. Dissuadent-elles réellement les parties de méconnaître l'intérêt général antagoniste pour que soit ainsi évitée la naissance d'un conflit d'intérêts ?

<sup>1</sup> D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », *op. cit.*, p. 271.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> D. FENOUILLET, « Le détournement d'institution familiale », *op. cit.*, p. 272.

<sup>4</sup> Pour une analyse des sanctions de la fraude, voir, L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, LGDJ, 2008, p. 392 et s.

## 2) L'efficacité du dispositif de dissuasion de l'instrumentalisation du droit

**322.** Sachant que l'instrumentalisation du droit engendre une atteinte à l'intérêt général, à l'ordre public, l'effectivité des sanctions prévues pour ce type de comportement se trouve garantie par la possibilité reconnue au ministère public d'agir en justice pour défendre l'intérêt général<sup>1</sup>.

Tout d'abord, le ministère public peut agir d'office pour assurer la protection de l'intérêt général dans les cas spécifiés par la loi (art. 422 du CPC). Tel est par exemple le cas en matière de mariage où le ministère public peut former opposition et agir en nullité (art. 175-1, 175-2, et 184 du C. civ.). Tel est également le cas en matière de filiation où il est spécifiquement prévu que le ministère public peut agir en contestation de la filiation (art. 336 du C. civ.).

Ensuite, même en dehors des cas spécifiés par la loi, le ministère public peut agir pour la défense de l'ordre public, à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci (art. 423 du CPC).

Mais, la question qu'il faut se poser avant celle de l'effectivité des sanctions prévues en cas d'atteinte à l'intérêt général est celle de l'efficacité de ces sanctions en termes de dissuasion. L'arsenal mis en place par le législateur est-il assez dissuasif pour prévenir l'instrumentalisation du droit ? Le constat qui est fait est plutôt celui d'une inefficacité de la fonction dissuasive de ces sanctions.

Après avoir expliqué les raisons de cette inefficacité de la dissuasion des comportements polémogènes à travers l'arsenal répressif (a), il conviendra de présenter des pistes d'amélioration (b).

### **a) Une inefficacité de la fonction dissuasive des sanctions constatée**

**323.** Il est possible de justifier l'inefficacité de la fonction dissuasive des sanctions prévues en cas d'instrumentalisation du droit de la famille par deux sortes de raisons. L'une est consubstantielle à la particularité des conflits entre l'intérêt général et les intérêts privés, l'autre est relative à la fondamentalisation du droit des personnes et de la famille.

**324. La particularité des conflits entre intérêt général et intérêts privés.** — Contrairement aux conflits entre intérêts privés, l'atteinte à l'intérêt général, c'est-à-dire à un ordre établi relève souvent du comportement militant des individus décidés à faire céder le système juridique qu'ils jugent castrateur. Il s'agit en réalité d'un mouvement de

---

<sup>1</sup> Sur le rôle du ministère public dans les contentieux familiaux, voir, A. LEBORGNE, « Le rôle du ministère public dans le contentieux familial », in, L. WEILLER (dir.), *Les transformations du contentieux familial*, PUAM, 2012, p. 41 et s.

revendication de droits subjectifs nouveaux. Peu importe les sanctions encourues, l'essentiel pour ces groupes de pression est de faire avancer leur cause. D'ailleurs, comme le soulignent des auteurs, cette part du groupe social dans la création du droit n'est pas négligeable<sup>1</sup>.

Ainsi, même si on ne saura jamais le visage qu'aurait notre droit du divorce aujourd'hui sans la comédie judiciaire des époux qui se reprochaient des fautes imaginaires pour pouvoir divorcer, il n'en demeure pas moins certain que le divorce par consentement mutuel aurait été accordé bien après 1975. De même, la transgression de l'interdit du mariage entre personnes de même sexe par un maire qui a uni un couple d'hommes, malgré l'annulation de l'union à l'époque<sup>2</sup> a eu le mérite de poser clairement le débat relatif au mariage homosexuel ; ce débat rappelons le, s'est soldé par la reconnaissance en droit français du mariage entre personnes de même sexe. Aussi, sans l'acharnement des époux Mennesson, le droit positif n'aurait pas connu une évolution aussi rapide sur la question de l'état civil des enfants nés à l'étranger à la suite d'un processus de gestation pour autrui<sup>3</sup>.

Partant, il est utopique de penser qu'on peut annihiler les combats idéologiques par un renforcement des sanctions. On touche là aux limites de la fonction dissuasive de la sanction. Il faut souligner, en plus d'une telle limite portant sur l'efficacité des sanctions en termes de dissuasion, que l'absence d'effectivité de certaines sanctions écartées en raison de leur disproportion participe au renforcement d'un sentiment général d'illégitimité de l'ordre établi. Dès lors, c'est tout le dispositif de dissuasion de l'instrumentalisation du droit de la famille qui perd en efficacité.

**325. L'impact des droits fondamentaux sur l'effectivité des sanctions.** — Si la sanction des atteintes à l'intérêt général est justifiée par l'impératif de protection du système juridique, il ne faut pas oublier que l'ordre juridique interne doit également garantir le respect des droits fondamentaux. L'équilibre entre ces deux impératifs doit transparaître de l'élaboration des sanctions. En d'autres termes, la sanction doit impérativement être proportionnée.

Ainsi, n'est pas proportionnée une sanction contraire au droit au respect de la vie privée d'un enfant dans le sens où elle va à l'encontre de son droit à l'identité<sup>4</sup>. En l'espèce, les juridictions françaises, invoquant une fraude à la loi française interdisant les gestations pour autrui, avaient refusé la transcription sur les registres de l'état civil français, des actes de

<sup>1</sup> Voir, J.-J. LEMOULAND, P. MURAT, *Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial*, op. cit., spéc. p. 60 et s.

<sup>2</sup> Il s'agit du mariage dit de « Bègles ». Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627. Pour une confirmation au niveau européen de l'absence d'un droit au mariage homosexuel, voir, CEDH, 9 juin 2016, *Chapin et Charpentier c. France*, n° 40183/07, Dr. fam. 2016, alerte 61, obs. J. COUARD.

<sup>3</sup> CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, JCP (G) 2014, p. 877, note A. GOUTTENOIRE, D. 2014, p. 1797, note F. CHÉNÉDÉ ; RTD civ. 2014, p. 835, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2014, p. 616, obs. J. HAUSER.

<sup>4</sup> Voir par exemple, CEDH, 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, précit.

naissance étrangers de jumelles issues d'une gestation pour autrui. Saisie, la Cour européenne des droits de l'Homme avait retenu une violation des droits fondamentaux de l'enfant, car selon elle, il convenait de doter ces enfants vivant en France d'état civil et que l'intérêt légitime de faire respecter les règles internes en matière de gestation pour autrui ne devrait pas conduire à la discontinuité internationale de leur état civil, élément indispensable à leur construction identitaire<sup>1</sup>. Or, l'objectif de proportionnalité de la sanction revient dans ce cas précis à priver l'interdit légal d'effectivité<sup>2</sup>. Aussi, par analogie, il convient de faire remarquer que serait contraire au droit à l'identité des enfants, le refus des juridictions françaises de permettre l'établissement de la filiation paternelle des enfants issus d'une gestation pour autrui en France.

En définitive, même si la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît le caractère légitime des sanctions relatives aux atteintes à l'intérêt général, elle ne s'interdit pas pour autant de priver d'effectivité de telles sanctions lorsqu'elles lui apparaissent disproportionnées au regard des droits fondamentaux à l'instar du droit au respect de la vie privée. Dès lors, il convient, dans un souci de prévention des atteintes à l'intérêt général, d'envisager des pistes de restauration de la fonction dissuasive des sanctions.

### ***b) Une efficacité de la fonction dissuasive des sanctions à restaurer***

**326. Le recours à la sanction pénale.** — Le talon d'Achille de l'arsenal répressif actuel reste la disproportion de certaines sanctions au regard de l'impératif de respect des droits fondamentaux. Pour assurer l'effectivité des sanctions, le législateur doit maintenir un juste équilibre dans leur élaboration. Il doit rester ferme dans la sanction des atteintes à l'ordre établi, mais en même temps juste.

Tout d'abord, la justesse de la sanction suppose, d'une part, que la réaction du système juridique aux atteintes dont il fait l'objet soit nécessairement mesurée. Seul l'auteur de l'atteinte doit pâtir de cette réaction<sup>3</sup>. Toutefois, la difficulté des sanctions en droit de la famille consiste dans l'élaboration d'une peine qui n'ait pas de répercussions sur les autres membres du groupe.

<sup>1</sup> Concrètement dans cet arrêt, c'est le refus d'établissement de la filiation paternelle qui était jugé déséquilibré et donc disproportionné.

<sup>2</sup> Voir, J. HAUSER, *État civil des enfants nés à l'étranger d'une GPA : circulez, y a rien à voir !*, RTD civ. 2015, p. 581. - J.-B. WALTER, *La vie privée et familiale : refuge européen de l'illégalité ou réceptacle de la tragédie humaine ?*, Dr. fam. 2015, étude 11.

<sup>3</sup> Par exemple, dans l'arrêt *Mennesson c. France*, n° 65192/11, la Cour ne reproche pas aux juridictions françaises d'avoir voulu sanctionner le comportement des parents. D'ailleurs, elle refuse de reconnaître l'existence d'une atteinte injustifiée au droit au respect de leur vie familiale. En revanche, elle refuse que les enfants se retrouvent indirectement sanctionnés pour le comportement de leur auteur en retenant l'existence d'une atteinte au droit à la vie privée de ces enfants et plus précisément une atteinte au droit à l'identité.

La justesse de la sanction, d'autre part, suppose sa flexibilité de sorte qu'elle puisse s'adapter à la particularité des espèces. Ainsi, n'est pas juste, une sanction qui va à l'encontre de la reconnaissance d'une situation familiale réellement vécue. Dans cette optique, on peut par exemple présenter la théorie du mariage putatif comme une exception à la rigidité de la sanction de la nullité du mariage, puisqu'elle permet la reconnaissance de situations familiales vécues.

Ensuite, la fermeté de la sanction vise à assurer la sauvegarde du système juridique. Cette fermeté ne peut malheureusement plus être atteinte par le truchement des sanctions civiles, en raison des exigences de respect des droits fondamentaux comme le droit à l'identité des enfants. Si un auteur avait à juste titre souligné les dangers d'une pénalisation du droit de la famille<sup>1</sup>, il est malheureux de constater que ce mouvement de pénalisation est appelé à prendre de l'ampleur en présence des atteintes à l'intérêt général<sup>2</sup>, tant la sanction pénale apparaît de plus en plus comme le seul levier pouvant permettre au législateur de préserver, en droit de la famille, les choix fondamentaux sur lesquels repose une certaine conception du vivre ensemble<sup>3</sup>.

Par exemple, en matière de gestation pour autrui, puisque la Cour européenne des droits de l'Homme exige qu'on dote les enfants issus d'un tel processus de conception d'un état civil, la dissuasion du recours aux gestations pour autrui ne peut plus passer par le refus de reconnaissance juridique de ces enfants. La seule option pour éviter l'affadissement de cet interdit reste la possibilité de poursuivre pénalement ceux qui ont recours à ce mode de conception<sup>4</sup>.

Il y a sans doute urgence, puisque galvanisés par le changement de jurisprudence initié par la Cour européenne des droits de l'Homme, les parents d'intention qui hésitaient à recourir à la gestation pour autrui franchiront le Rubicon, à plus forte raison, parce que le coût financier de ce processus de conception est de plus en plus accessible au sein même de l'Union européenne<sup>5</sup>.

À condition que le législateur le veuille réellement, le renforcement des sanctions pénales apparaît en l'espèce comme la seule option permettant d'éviter que la pratique ne rende caduc

---

<sup>1</sup> C. POMART, *Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses*, Dr. fam. 2010, n° 9, Étude 20.

<sup>2</sup> L'idée qui est défendue n'est celle d'une pénalisation de la violation des obligations familiales, mais d'une pénalisation des comportements portant atteinte à l'ordre public familial.

<sup>3</sup> Voir par exemple la proposition de loi n° 2706 déposée à l'Assemblée nationale le 8 avr. 2015 et visant à pénaliser les contrats de GPA. Voir, Dr. fam. 2015, n° 6, Alerte 46.

<sup>4</sup> Dans ce sens, la proposition de loi AN n° 2706 du 8 avr. 2015 prévoit que lorsque le contrat de GPA a été exécuté à l'étranger par ou pour le compte d'un français ou d'une personne résidant habituellement sur le territoire français, de poursuivre pénalement les auteurs par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 du Code pénal. Voir, Dr. fam. 2015, n° 6, Alerte 46.

<sup>5</sup> S. KOVACS, *La Grèce, l'eldorado de la GPA*, Le Figaro, 4-5 octobre 2014, p. 19. Dans cet article, l'auteur révèle que le coût moyen d'une GPA aux États-Unis est d'environ 100 000 euros tandis qu'en Grèce il s'élève à 10 000 euros.

l'interdit de la gestation pour autrui. Toutefois, il faut reconnaître que la sanction pénale se révèle d'une complexe maniabilité dans les rapports familiaux, tant les équilibres à maintenir pour qu'elle soit juste sont d'une complexe réalisation. La réflexion portant sur la sanction pénale en cas de gestation pour autrui permet de mieux mesurer l'ampleur de la tâche.

**327. La délicate élaboration des sanctions pénales en droit de la famille : l'exemple de la gestation pour autrui.** — Lorsque des parents d'intention en méconnaissance de la loi décident de recourir à la gestation pour autrui, trois types de sanctions peuvent être envisagés sur le plan pénal : la peine privative de liberté, le retrait de l'autorité parentale, l'amende.

Tout d'abord, la peine privative de liberté apparaît inadéquate face à la souffrance de couples qui se retrouvent dans l'impossibilité de concevoir naturellement un enfant. D'ailleurs, il est fort à parier que la logique compassionnelle des juges, qui émus par la souffrance de leurs semblables, ou gênés par les relents moraux d'une telle interdiction dans les hypothèses de gestation pour autrui altruistes ou militants, n'oseront pas réprimer la violation individuelle de la loi par une sanction aussi infamante.

Ensuite, le retrait de l'autorité parentale par le juge pénal constitue une piste de réflexion envisageable. Il s'agirait pour le législateur de faire du recours à la gestation pour autrui une cause péremptoire de retrait de l'autorité parentale. L'idée serait de considérer que la violation d'un interdit fondamental dans nos sociétés contemporaines traduit l'impossibilité pour les parents d'intention de faire de cet enfant un citoyen intégré, respectueux des règles du vivre ensemble. Au-delà du fait que ce présupposé est en lui-même bancal<sup>1</sup>, cette sanction pénale de la gestation pour autrui est selon nous inconcevable pour deux raisons.

D'une part, parce que réintroduire une cause péremptoire de retrait de l'autorité parentale sans laisser au juge un pouvoir d'appréciation en la matière constitue une détestable régression d'un point de vue historique<sup>2</sup>.

D'autre part, parce qu'une telle sanction qui frapperait les parents d'intention s'accompagnerait d'une séparation d'avec l'enfant (art. 380 du C. civ.) ; ce qui ne serait pas conforme aux exigences des textes supranationaux (art. 9 de la CIDE et 8 de la Conv. EDH). D'ailleurs, l'Italie qui a choisi une voie similaire a été sanctionnée par la Cour européenne des

---

<sup>1</sup> Même en considérant *in abstracto* qu'il s'agit d'une mise en danger morale de l'enfant, on ne voit pas en quoi ce comportement ferait de ses auteurs de mauvais parents *in concreto*. Or, on sait que la Cour européenne des droits de l'Homme dans son contrôle de conventionnalité ne se prononce pas dans l'abstrait sur la conformité des droits internes...

<sup>2</sup> On reviendrait pour ainsi dire au système prévu par l'article 1<sup>er</sup> de la loi de 1889. Voir par exemple, C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'harmattan, 2001, p. 228 et s.

droits de l'Homme qui dans un arrêt *Paradiso et Campanelli*<sup>1</sup>, a retenu que le placement en vue d'adoption d'un enfant issu d'une gestation pour autrui constitue une ingérence disproportionnée dans la vie familiale des requérants.

En définitive, le retrait de l'autorité parentale qui viendrait sanctionner le recours à une gestation pour autrui ne serait pas une sanction pénale adaptée en la matière.

Enfin, reste à analyser l'amende comme sanction dissuasive. À nos yeux, elle constitue la seule sanction pénale envisageable à l'heure actuelle en cas de recours à la gestation pour autrui. Toutefois, il convient de souligner que même cette sanction doit demeurer proportionnée. Toute exagération en ce qui concerne son montant aura pour conséquence, d'une part, la stigmatisation de l'enfant tenu pour responsable du revers de fortune de ses parents, et, d'autre part, l'exécution d'une telle peine rejaillirait sur les autres membres de la famille financièrement dépendants des auteurs de l'infraction.

À travers cette brève réflexion sur l'élaboration de la sanction pénale des gestations pour autrui, on mesure aisément à quel point il est difficile, en droit de la famille, de trouver une sanction à la fois dissuasive et respectueuse des droits et libertés des tiers membres de la famille.

En définitive, il convient de souligner que les sanctions prévues en cas d'atteinte à l'ordre établi ne dissuadent les individus qu'aussi longtemps qu'elles restent effectives. Si les sanctions civiles sont de plus en plus inefficaces, parce que jugées disproportionnées au regard des exigences du droit au respect de la vie privée et de l'intérêt de l'enfant, il apparaît alors que le seul moyen permettant de sauvegarder le système juridique reste le renforcement des sanctions pénales. Mais en même temps, il convient de relever la difficulté à trouver des sanctions pénales adaptées à la particularité des relations familiales.

Après avoir envisagé la dissuasion des atteintes à l'intérêt général par le biais de la sanction, il convient de répéter le même effort à propos des atteintes aux intérêts privés.

## B — LA DISSUASION DES COMPORTEMENTS PORTANT ATTEINTE AUX INTÉRÊTS PRIVÉS

**328. Prolégomènes.** — Toute atteinte à l'intérêt d'autrui, à l'exception de celle tolérée par le droit positif, doit nécessairement être sanctionnée afin de dissuader les individus d'adopter un tel comportement dans la poursuite de leurs propres intérêts ou dans l'exercice d'une prérogative individuelle. Cette logique de responsabilisation des individus se retrouve

---

<sup>1</sup> CEDH, 27 janv. 2015, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, spéc. §-86 ; AJ. fam. 2015, p. 165, note E. VIGANOTTI ; JCP (G) 2015, act. 194, F. SUDRE ; Dr. fam. 2015, chron. 2, obs. A. GOUTTENoire ; D. 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; RTD civ. 2015, p. 325, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RJPF 2015, n° 4, p. 11, obs. I. CORPART.

également en droit de la famille. En effet, il faut souligner qu'en droit de la famille, le législateur entend, d'une part, éviter dans les rapports familiaux les comportements polémogènes. Pour ce faire, il met tout d'abord à la charge du couple une obligation de loyauté<sup>1</sup>. Il s'agit d'un devoir de coopération et de respect qui oblige les partenaires à se comporter avec droiture en référence au modèle standard du bon père de famille<sup>2</sup>, que ce soit lors de la constitution du lien conjugal, au cours de leur vie conjugale ou au moment de leur rupture<sup>3</sup>. Ainsi, la liberté de rompre les relations de couple doit nécessairement être tempérée par l'exigence de loyauté. Ensuite, dans les relations parents-enfants, l'obligation à la coparentalité<sup>4</sup> permet d'assurer l'effectivité du lien filial en garantissant les droits de chacun des parents, mais aussi en obligeant les parents à exécuter leurs devoirs parentaux<sup>5</sup>.

D'autre part, il convient de souligner que le législateur entend sanctionner dans les rapports familiaux les comportements en décalage avec ses prescriptions. Pour ce faire, il prévoit tout d'abord la possibilité de sanctions-liquidation dont le propre est d'entraîner la déconstitution ou le dénouement du lien familial. Ensuite, toujours dans un but de responsabilisation, sont prévues des sanctions-réparation dont le propre est d'entraîner le versement de dommages-intérêts à une personne qui subit une lésion dans ses intérêts du fait du comportement inadapté d'un membre de sa famille.

La perspective d'une sanction-liquidation ou d'une sanction-réparation attachée à un comportement responsabilise les individus et les dissuade d'adopter ledit comportement<sup>6</sup>. Cependant, l'analyse du droit positif révèle l'existence d'un paradoxe. Contrairement à la volonté affichée du législateur de responsabiliser les individus dans le cadre de leurs rapports familiaux par le truchement de sanctions, il arrive que dans les faits, le droit positif fasse passer le message contraire. Partant du constat de cette contradiction d'un droit positif qui

<sup>1</sup> À propos de l'obligation de loyauté dans le couple marié, voir par exemple, A. TISSERAND-MARTIN, « Devoir de loyauté et obligation d'information entre époux divorçant », in *Mélanges P. SIMLER*, Litec-Dalloz, 2006, p. 207 et s. - Y. GUYON, *De l'obligation de sincérité dans le mariage*, RTD civ. 1964, p. 473.

À propos de l'obligation de loyauté dans le couple non marié, voir par exemple G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014, pp. 306-311 et les références doctrinales et jurisprudentielles citées.

<sup>2</sup> Le moraliste Horace soulignait déjà au temps de l'Empire romain qu'à n'être pas obligatoire, le mérite n'en est que plus grand de bien traiter sa femme, d'être « bon voisin, hôte aimable, doux envers son épouse et clément envers son esclave ». Il s'agit d'un idéal comportemental qui devait s'ajouter aux strictes obligations matrimoniales. Voir, P. ARIÈS, G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. I, Sueil, 1985, p. 32.

<sup>3</sup> À propos de la réception du standard de bon de père de famille dans les devoirs conjugaux, voir par exemple, J. GARRIGUE, *Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial*, préf. L. LEVENEUR, éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 245 et s.

<sup>4</sup> A. GOUTTENOIRE-CORNUT, *La consécration de la coparentalité par la loi du 4 mars 2002*, Dr. fam. 2002, chron. 24 - I. GALLMEISTER, *Le principe de coparentalité*, AJ famille 2009, p. 148 - L. GEBLER, *La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques*, AJ famille 2009, p. 150.

<sup>5</sup> G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, op. cit., p. 339 et s.

<sup>6</sup> À propos du rôle dissuasif des sanctions, voir par exemple, J. RIVÉRO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges Pierre RAYNAUD*, Dalloz-Sirey, p. 675 et s.

Voir aussi, P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, chron. 32, p. 197. - A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », D. 1990, chron. 34, p. 199. - C.-A. MORAND, *La sanction*, APD 1990, p. 312.

entend sanctionner, mais pas trop (1), il convient dans un souci de prévention des conflits d'intérêts de suggérer un recentrage de l'objectif de responsabilisation des individus au cœur de la régulation des rapports familiaux (2).

### 1) L'état des lieux

**329.** En dépit de la survenance d'une atteinte aux intérêts privés dans les rapports familiaux, il arrive que le droit positif dans son ensemble soit rétif à l'idée de mobiliser les sanctions, qu'il s'agisse des sanctions-liquidation (a), ou des sanctions-réparation (b).

#### ***a) Le refus de mettre en œuvre la sanction-liquidation en dépit de l'atteinte aux intérêts privés***

**330.** Que ce soit dans les rapports de couple ou dans les rapports parents-enfants, le droit positif n'entend pas systématiquement faire usage de la sanction-liquidation en dépit de l'atteinte à un intérêt privé. Le phénomène est bien connu et a d'ailleurs été parfaitement mis en lumière dans des études doctrinales<sup>1</sup>. Il sera simplement question d'en faire ici le rappel.

**331. Dans les rapports de couple.** — Jadis, la violation du devoir de fidélité était considérée comme une cause péremptoire de divorce signifiant ainsi que la seule constatation de l'adultère emportait le prononcé du divorce pour faute<sup>2</sup> sans possibilité pour le juge de faire valoir, en regard de la situation concrète des litigants, un quelconque pouvoir d'appréciation relatif à la violation du devoir de fidélité alléguée<sup>3</sup>. Toutefois, depuis la loi n° 75-617 du 11 juill. 1975, cette cause péremptoire de divorce a disparu<sup>4</sup>. Plus généralement, il convient de souligner qu'aujourd'hui, la violation des obligations résultant du mariage ne se solde pas systématiquement par le prononcé d'un divorce pour faute, puisque le législateur exige pour le prononcé du divorce pour faute, des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage, rendant intolérable le maintien de la vie commune (art. 242 du C. civ.)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Voir par exemple, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014 - C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'harmattan, 2001.

<sup>2</sup> R. RODIÈRE, *La notion de cause péremptoire en matière de divorce*, JCP (G) 1937, I, p. 12. - J. BORRICAND, *L'adultère cause péremptoire de divorce*, JCP (G) 1955, I, 1237.

<sup>3</sup> Voir par exemple, Cass. civ. 29 janv. 1936, Gaz. Pal. 1936, juris. 619 ; RTD civ. 1936, p. 453, obs. LAGARDE.

<sup>4</sup> Pour un résumé du mouvement ayant conduit à l'abandon des causes péremptoires de divorce (à noter que la condamnation du conjoint à une peine criminelle afflictive et infamante constituait également une cause péremptoire de divorce), voir, C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'harmattan, 2001, pp. 229-232.

<sup>5</sup> À propos de l'affaiblissement de la sanction-liquidation dans les rapports entre époux, voir par exemple, G. RUFFIEUX, *Les sanctions des obligations familiales*, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014, p. 126 et s.

**332. Dans les rapports parents-enfants<sup>1</sup>.** — Autrefois, certaines condamnations pénales des parents emportaient une déchéance de plein droit de la puissance paternelle à l'égard de tous les enfants<sup>2</sup>. Mais, depuis la loi du 4 juin 1970, le retrait de l'autorité parentale ne peut intervenir qu'à la suite d'une décision expresse d'un jugement du tribunal de grande instance ou d'un jugement pénal. Ainsi, lorsque la défaillance d'un parent dans l'exercice de l'autorité parentale est constatée, une telle défaillance ne conduit pas systématiquement au retrait de l'autorité parentale.

Concrètement, lorsque la défaillance du parent est constitutive d'une infraction pénale, le juge pénal ne pourra procéder au retrait de l'autorité parentale que si cette mesure est justifiée par l'intérêt de l'enfant (art. 378 du C. civ.).

De même, lorsque la défaillance du parent n'est pas constitutive d'une infraction pénale, l'autorité parentale ne pourra lui être retirée que s'il est prouvé que ce comportement met en danger la sécurité, la santé ou la moralité de l'enfant (art. 378-1 du C. civ.). Donc, il ne suffit pas qu'un parent échoue dans sa mission d'éducation et de protection de l'enfant pour qu'il soit déchu de ce droit-fonction qu'est l'autorité parentale. Il est exigé, d'une part, que son comportement défectueux figure parmi les comportements visés à l'article 378-1 du C. civ., et, d'autre part, que son comportement engendre un danger réel<sup>3</sup> et non éventuel pour l'enfant<sup>4</sup>.

Ces exemples témoignent bien d'un refus du législateur de mettre en œuvre la sanction-liquidation, en dépit de la violation des obligations inhérentes à la qualité d'époux, ou à la qualité de parent. Un phénomène similaire peut aussi être mis en lumière à propos des sanctions-réparation.

---

<sup>1</sup> Le retrait de l'autorité parentale qu'il soit total ou partiel reste une mesure provisoire. Cependant, il peut devenir définitif lorsque l'enfant aura été placée en vue de l'adoption (art. 352 du C. civ.). C'est la raison pour laquelle cette mesure est envisagée comme une sanction-liquidation. Cependant, il n'est plus juridiquement exact de présenter aujourd'hui le retrait de l'autorité parentale comme une sanction, puisque la Cour de cassation est venue préciser que la déchéance de l'autorité parentale prononcée en application de l'article 378-1 du C. civ. ne constitue pas une sanction, mais une mesure de protection vis-à-vis de l'enfant (Cass. 1<sup>re</sup> civ, 14 avr. 1982, n° 80-80014 et n° 80-80015, D. 1983, p. 294, note J. M.).

<sup>2</sup> Article 1<sup>er</sup> de la loi du 24 juill. 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés. Pour un exposé de l'état antérieur du droit en matière de déchéance de la puissance paternelle, voir par exemple, C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, *op. cit.*, p. 222 et s.

<sup>3</sup> Par exemple, il a été jugé que le désintérêt d'une mère porteuse pour des enfants en dépit du fait qu'il s'agissait d'un comportement défectueux visé à l'article 378-1 du C. civ., ne pouvait justifier le retrait de l'autorité parentale dès lors que ce manque de soins et de direction ne met pas en danger les enfants qui évoluaient dans un cadre satisfaisant au domicile du couple d'intention. Cass. 1<sup>re</sup> civ, 23 avr. 2003, Dr. fam. 2003, comm. 143, note P. MURAT ; RTD civ. 2003, p. 693, obs. J. HAUSER.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ, 16 avr. 2008, n° 06-21405.

***b) Le refus de mettre en œuvre la sanction-réparation en dépit de l'atteinte aux intérêts privés***

**333.** Pour dissuader les atteintes aux intérêts privés, coexistent en droit de la famille, à côté du droit commun de la responsabilité, des régimes spéciaux permettant à la victime de solliciter le versement de dommages-intérêts. Cependant, il arrive dans certaines situations que la lourdeur des régimes spéciaux, combinée à l'articulation imparfaite du droit commun et spécial de la responsabilité, conduisent à refuser la réparation de certains préjudices. Un tel état des choses participe au renforcement d'un sentiment d'impunité et annihile la fonction dissuasive de la sanction. Les exemples suivants pris dans les rapports conjugaux ( $\alpha$ ) et dans la parenté ( $\beta$ ) permettront de s'en rendre compte.

***$\alpha$ ) L'exemple des prétentions aux dommages et intérêts à la suite d'un divorce***

**334. La dualité de régime en matière d'attribution de dommages-intérêts.** — Le comportement défectueux d'un époux qui conduit au divorce est susceptible de causer des préjudices d'ordre matériel ou moral à son conjoint. Pour réparer ces différents préjudices<sup>1</sup>, le législateur a prévu la possibilité pour l'époux victime de solliciter une réparation sur le fondement de l'article 266 du C. civ., ou sur le terrain plus général de la responsabilité civile (art. 1240 du C. civ.). Suivant la présentation qui est traditionnellement faite à propos du champ d'application de ces différents textes, la nature du préjudice subi dicte le fondement de l'action en réparation<sup>2</sup>. Toutefois, la seule délimitation du domaine d'application des différents textes ne garantit pas la satisfaction des prétentions aux dommages et intérêts. Il conviendra alors de préciser le régime auquel la prétention aux dommages et intérêts sera soumise.

Pour ce qui est tout d'abord du domaine d'application des différents textes, il convient de retenir qu'on applique l'article 266 du C. civ. lorsque la demande de réparation est relative à un préjudice matériel ou moral découlant de la dissolution du mariage<sup>3</sup> et qui n'a pas été

<sup>1</sup> À noter que la Cour de cassation a eu à préciser que le prononcé d'un divorce aux torts exclusifs d'un époux n'a pas pour objet la réparation d'un préjudice. La réparation d'un éventuel préjudice se fait soit sur le fondement de l'article 266 du C. civ., soit sur le fondement de l'article 1240 du même Code. Voir, Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 janv. 2012, n° 11-10959 ; Gaz. Pal. 2012, n° 75, p. 10, note C. QUÉZEL-AMBRUNAZ.

<sup>2</sup> Voir en ce sens, l'attendu de principe de la Cour de cassation dans l'arrêt du 18 janv. 2012 (Cass. 1<sup>re</sup> civ, 18 janv. 2012, n° 11-10959, précit.).

<sup>3</sup> Par exemple, constitue sans doute un préjudice découlant de la rupture du mariage la dépression « *post-matrimonii* », la charge financière que représente pour l'épouse âgée et atteinte d'une maladie évolutive le recours aux services d'un tiers, puisque celle-ci ne pourra plus compter sur son époux pour l'assister (CA Paris, 9 sept. 2010, n° 08/20954, Jurisdata n° 2010-016447), l'impossibilité pour une épouse vietnamienne qui s'est installée en France à la suite de son mariage avec un français, de retrouver dans son pays d'origine, en raison du

couvert par le versement d'une prestation compensatoire<sup>1</sup>, tandis que l'article 1240 du C. civ. doit être appliqué pour la réparation des préjudices autres que ceux relevant de la dissolution du mariage. Ce qui signifie qu'un cumul des réparations est possible lorsqu'un époux subit à la fois un préjudice découlant de la rupture du mariage, mais aussi un préjudice autre que ceux découlant de la rupture du mariage<sup>2</sup>.

Pour ce qui est ensuite du régime d'application des différents textes, il faut rappeler que pour obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1240 du C. civ., il faudra rapporter la preuve d'un préjudice uni par un lien de causalité à un fait générateur imputable au défendeur.

En revanche, pour obtenir des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du C. civ., la simple preuve d'un préjudice découlant de la dissolution du mariage ne suffit pas. En effet, cet article a été pensé pour permettre à l'époux défendeur à un divorce pour altération définitive du lien conjugal ou à l'époux innocent, d'obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant de la dissolution du mariage et présentant une particulière gravité.

Pour synthétiser, l'obtention de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 266 du C. civ. est subordonnée à l'existence d'un préjudice qualifié, à la qualité du demandeur, ainsi qu'au respect d'un moment d'action.

Un préjudice qualifié tout d'abord, parce qu'on exige, pour allouer des dommages et intérêts sur ce fondement, que le préjudice découlant de la rupture du mariage emporte des conséquences d'une particulière gravité pour la victime. L'appréciation de l'existence de conséquences d'une particulière gravité est soumise à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Une certaine qualité du demandeur ensuite, parce que seul l'époux innocent ou l'époux défendeur à un divorce pour altération définitive de la vie conjugale et qui n'a lui-même formé aucune demande en divorce peut obtenir des dommages et intérêts sur ce fondement.

Le respect d'un temps d'action enfin, parce que contrairement aux demandes de réparation fondées sur le droit commun de la responsabilité civile qui constitue une action autonome, les demandes de réparation fondées sur l'article 266 du C. civ. doivent nécessairement intervenir

---

divorce, la situation familiale et sociale qui était la sienne (CA Paris, 9 sept. 2010, n° 09/00628, Jurisdata n° 2010-016323).

<sup>1</sup> Puisque la prestation compensatoire est destinée à compenser la disparité que la rupture du mariage crée dans les conditions de vie respectives (art. 270 du C. civ.), la seule perte de son standing de vie, même s'il s'agit d'un préjudice causé par la rupture, ne peut plus donner lieu à réparation en cas de versement d'une prestation compensatoire. Ainsi dans les faits, l'article 266 du C. civ. est souvent utilisé pour la réparation de préjudices d'ordre moral, puisque très souvent les préjudices d'ordre matériel sont couverts par le versement d'une prestation compensatoire.

<sup>2</sup> Pour la validation du principe de cumul des réparations conditionné à l'application distributive des différents fondements de responsabilité en fonction de la nature du préjudice, voir, Cass. 1<sup>er</sup> civ, 11 janv. 2005, n° 02-19016, Gaz. Pal. 2005, n° 149, p. 2, obs. J. MASSIP ; RTD civ 2005, p. 375, obs. J. HAUSER.

à l'occasion d'une action en divorce, même pour la première fois en cause d'appel<sup>1</sup>. Ce qui signifie qu'une action en réparation fondée sur l'article 266 du C. civ. n'est plus possible une fois le prononcé du divorce devenu définitif.

Le domaine d'application et le régime de ces différents textes précisés, il convient de s'intéresser à leur articulation qui constitue une source de difficultés en droit positif.

**335. L'articulation des différents fondements de responsabilité.** — La spécificité de régime de l'article 266 du C. civ. s'explique par une volonté du législateur de dédramatiser et de pacifier le divorce. Partant, pour ne pas trahir cet esprit, lorsqu'on se retrouve en présence d'un préjudice découlant d'un divorce pour faute ou d'un divorce pour altération définitive du lien conjugal pour lequel la victime était défenderesse, seul l'article 266 du C. civ. doit être appliqué pour la réparation de ce préjudice. Ce qui signifie que si d'aventure le régime d'application de ce texte conduit à écarter toute indemnisation<sup>2</sup>, du moment que la situation relevait bien de son domaine d'application, ce préjudice ne pourrait plus être réparé sur le fondement de l'article 1240 qui lui, est destiné à réparer les préjudices autres que ceux découlant de la rupture du mariage<sup>3</sup>. D'ailleurs, permettre le recours à l'article 1240 du C. civ. lorsque le régime de l'article 266 du C. civ. conduit à l'exclusion d'une responsabilité revient à annihiler l'effort de pacification qui a contribué à la mise en place de ce régime spécifique de responsabilité.

On prend alors conscience que l'articulation des articles 266 et 1240 du C. civ. telle qu'elle est réalisée en droit positif, est susceptible de conduire à des situations dans lesquelles il serait juridiquement interdit de réparer le préjudice découlant de l'atteinte à un intérêt privé<sup>4</sup> ; ce qui est sans doute contraire à la volonté de responsabilisation affichée par le législateur. Par exemple, le préjudice moral subi par l'épouse du fait d'un divorce intervenu après trente-neuf ans de mariage, dans des conditions rendues difficiles par le comportement de l'époux, constitue bien un préjudice réparable sur le fondement de l'article 266 du C. civ. ; mais le fait qu'un tel préjudice ait été jugé comme n'emportant pas de conséquences d'une particulière gravité pour l'épouse victime, empêche sa réparation<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Voir Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 mai 2001, n° 99-15.459 ; voir aussi, J. HAUSER, *Le divorce nouveau et la responsabilité*, Rev. Droit & Patrimoine 2005, p. 136.

<sup>2</sup> Tel est par exemple le cas lorsque l'action en divorce est éteinte ou encore lorsque le juge ne qualifie pas le préjudice de particulièrement grave.

<sup>3</sup> Voir dans ce sens, P. MURAT (dir.), *Droit de la famille*, Dalloz-Action 2015, n° 136.25.

<sup>4</sup> Ce constat a d'ailleurs conduit de nombreux auteurs à s'interroger sur l'opportunité d'une suppression de l'article 266 du C. civ. Voir par exemple, F. OUDIN, *Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ?*, RJPF 2006, n°2, p. 12 - G. SERRA, *De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile*, RLDC 2007, n° 42, p. 38 et s. - E. MULON, *Domages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil*, Gaz. Pal. 2014, n° 21, p. 6 et s.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2009, n° 08-17825, Dr. fam. 2009, comm. 103, note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; RTD civ. 2009, p. 705, obs. J. HAUSER.

Un tel sentiment d'impunité de l'auteur d'une atteinte à un intérêt privé peut également s'illustrer à travers la question de la responsabilité de l'auteur d'une reconnaissance mensongère.

**6) L'exemple des prétentions aux dommages et intérêts à la suite d'une reconnaissance mensongère**

**336.** On enseigne que la reconnaissance de paternité ou de maternité est une démarche libre, un acte de volonté par lequel une personne reconnaît être l'auteur d'un enfant ; et qu'elle n'est soumise à aucun contrôle portant sur la véracité du lien de filiation ainsi déclaré.

Ainsi, pour des raisons qui lui sont personnelles, un individu peut réaliser une reconnaissance mensongère. Or, cette reconnaissance mensongère lorsqu'elle est plus tard annulée, conduit à l'anéantissement de la filiation et induit pour l'enfant des préjudices de divers ordres : perturbations psychologiques du fait de la découverte de la vérité, changement de nom dans certaines situations (61-3 C. civ) , perte des aliments dont il était créancier à l'égard de l'auteur de la reconnaissance, perte de sa vocation successorale...

Normalement, l'objectif de responsabilisation des auteurs de comportements polémogènes devrait conduire à permettre à l'enfant de se retourner contre l'auteur de la reconnaissance mensongère afin d'obtenir réparation des différents chefs de préjudice qu'il subit du fait de l'instabilité de sa filiation, qui rappelons-le, trouve ses origines dans l'aveu mensonger de paternité ou de maternité. Or, l'analyse des conditions de la mise en œuvre de cette responsabilité montre une bienveillance du droit positif à l'égard de l'auteur de la reconnaissance mensongère, puisque d'une part, la recherche de sa responsabilité civile est soumise à des conditions restrictives et que, d'autre part, la jurisprudence refuse de qualifier pénalement son comportement en faux en écriture publique.

**337. Les conditions restrictives d'exercice de l'action en responsabilité civile.** — D'entrée, soulignons que le fondement de cette responsabilité a donné lieu à des controverses. La jurisprudence retenait initialement une responsabilité délictuelle. Mais depuis, deux arrêts<sup>1</sup> en date du 21 juillet 1987 et 6 décembre 1988, la Cour de cassation a substitué au fondement délictuel, un fondement contractuel. L'idée est que l'auteur d'une reconnaissance mensongère souscrit, au bénéfice de l'enfant, une obligation contractuelle de le prendre en charge en qualité de parent<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 juill. 1987, D. 1988, p. 225, note J. MASSIP, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 1988, D. 1989, p. 317, note J. MASSIP. Voir aussi, D. HUET-WEILLER, note sous, CA Toulouse 21 sept. 1987, D. 1988, p. 184 et J. RUBELLIN-DEVICHI, RTD civ. 1987, p. 726.

<sup>2</sup> Voir par exemple, F. GRANET-LAMBRECHTS, obs. sous Dijon, 19 avr. 1994, D. 1995, somm. p. 223.

Par conséquent, si l'enfant souhaite obtenir des dommages et intérêts à la suite de l'anéantissement de son lien de filiation, il doit prouver que l'auteur de cette reconnaissance a manqué à son obligation contractuelle en poursuivant lui-même l'anéantissement de cette filiation. Ce qui signifie que si l'anéantissement du lien de filiation n'est pas du fait de l'auteur de la reconnaissance mensongère, mais d'un tiers, la responsabilité de ce premier ne peut être recherchée<sup>1</sup> et surtout, l'anéantissement de la filiation le libère des obligations jadis souscrites à l'égard de l'enfant.

En sus, même si l'auteur de la reconnaissance mensongère est à l'origine de son anéantissement, il se retrouve exonéré de sa responsabilité si, d'une part, ses relations avec l'enfant étaient inexistantes et, d'autre part, si l'enfant lui-même avait connaissance de la réalité de sa situation<sup>2</sup>.

De ces observations, on relève qu'un enfant qui subit un véritable préjudice, dont les origines remontent au comportement d'une personne qui décide de rendre précaire sa filiation, ne pourra pas obtenir réparation si c'est sa mère qui sollicite — souvent après avoir été informée de la reconnaissance de son enfant par un tiers — l'anéantissement de la filiation. Cette faveur faite à l'auteur d'une reconnaissance mensongère se vérifie également lorsque l'enfant tente d'obtenir réparation sur le terrain pénal.

**338. Le refus de pénalisation des reconnaissances mensongères.** — Si, d'une part, on définit le faux comme une altération intentionnelle de la vérité préjudiciable à autrui et commise sur un support d'expression de la pensée, et que, d'autre part, on retient que les actes d'état civil constituent une écriture publique<sup>3</sup>, la reconnaissance mensongère doit être qualifiée de faux en écriture publique ; ce qui est une infraction (art. 441-4 du C. pén.). Or, contre toute logique, la Cour de cassation va venir placer les auteurs de reconnaissance frauduleuse hors de portée des foudres du droit pénal.

En effet, dans un arrêt du 8 mars 1988,<sup>4</sup> la Chambre criminelle va retenir que la reconnaissance mensongère d'un enfant dans un acte d'état civil ne constitue pas un faux, parce que cette reconnaissance peut toujours être contestée en justice en vertu des dispositions du Code civil. Ce qui signifie que, parce que l'infraction peut être annihilée *a posteriori*, soit

---

Cependant, comme le relève un auteur, si le fondement contractuel est *a priori* séduisant, il n'en demeure pas moins douteux, parce que la reconnaissance est un aveu de paternité et non un contrat. P. MELIN, *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, Gaz. Pal. 2002, 1, Doctr. p. 645 et s.

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 juin 1998, D. 1998, somm., p. 355, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, JCP (G) 1998, II, n° 10157, obs. D. GUTMANN.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 nov. 1996, D. 1997, somm., p. 157, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS, RTD civ., 1997, p. 111, obs. J. HAUSER.

<sup>3</sup> Cass. crim. 7 nov. 1974, RSC 1975, p. 689, obs. A. VITU.

<sup>4</sup> Cass. crim. 8 mars 1988, D. 1989, p. 528, note E.-S. DE LA MARNIÈRE, JCP (G) 1989, II, 21162, note W. JEANDIDIER.

en raison du repentir de l'auteur qui décide de rétablir la vérité<sup>1</sup>, soit en raison de l'intervention d'un tiers qui décide de rétablir cette vérité, il n'y a pas lieu de sanctionner pénalement l'auteur du faux.

Comme le souligne un auteur, cet habillage juridique ne résiste pas à l'examen, mais peut se comprendre, d'une part, parce que la volonté de donner un parent à un enfant explique que notre droit ait toujours toléré la pratique des reconnaissances mensongères et que, d'autre part, les risques encourus par les auteurs de faux en écriture publique, à savoir de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende (art. 441-4 du C. pén.), sont disproportionnés en matière de reconnaissance mensongère<sup>2</sup>.

À l'issue de ces développements, il appert que les sanctions-réparation ne sont pas toujours mises en œuvre en présence d'atteintes aux intérêts privés. En général, il faut retenir que le refus du droit de sanctionner certaines atteintes aux intérêts privés parce qu'il renforce le sentiment d'impunité n'est pas compatible avec une logique de prévention des conflits d'intérêts. Par conséquent, il convient à l'issue de cet état des lieux de réfléchir au renforcement de la fonction dissuasive de la sanction en cas d'atteinte aux intérêts privés.

## 2) L'état des vœux

**339.** Après cet état des lieux, il apparaît indispensable, dans une logique de prévention des conflits d'intérêts de prévoir systématiquement la possibilité de sanction en cas d'atteinte non tolérée aux intérêts d'autrui. Toutefois, il convient de souligner que ce qui est proposé, c'est la généralisation de la responsabilité civile des auteurs d'atteintes aux intérêts privés et non une généralisation des sanctions-liquidation qui serait à nos yeux critiquable.

**340. Le refus justifié de la systématisme des sanctions-liquidation.** — En effet, le refus de rendre systématique les sanctions-liquidation en droit de la famille peut s'expliquer par l'impératif de sauvegarde des liens familiaux qui dans certaines situations est considéré comme supérieur à l'impératif de sanction des comportements défectueux en droit de la famille. Par exemple, l'exigence, pour le prononcé du divorce pour faute, de faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune (art. 242 du C. civ.) peut s'expliquer, au-delà de l'objectif de pacification du divorce par la volonté d'imposer aux époux un devoir de persévérance conjugal.

Aussi, la nécessité de motiver le retrait de l'autorité parentale par l'existence d'un danger réel pour l'enfant s'inscrit dans cette même logique de préservation des liens familiaux. En clair,

<sup>1</sup> Cette importance donnée au repentir en l'espèce n'est pas conforme aux règles du droit pénal, puisqu'en droit pénal, le repentir n'a d'effet exonérateur que s'il se manifeste avant la commission de l'infraction.

<sup>2</sup> P. MELIN, *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, Gaz. Pal. 2002, 1, Doctr. p. 645 et s.

seul l'intérêt de l'enfant peut justifier qu'un manquement aux obligations familiales imputable aux parents se solde par une sanction-liquidation (art. 9 de la CIDE, et 8 de la Conv. E.D.H.). Le refus d'une systématique de la sanction s'explique donc par la poursuite d'un impératif supérieur.

En revanche, parce que le refus de recourir aux sanctions-réparation en présence d'un préjudice nous semble plus critiquable, il est proposé une généralisation de la responsabilité civile aux rapports familiaux lorsque la réparation n'est pas susceptible d'être obtenue par le truchement des régimes spéciaux de responsabilité.

**341. Le refus discutable de la systématique des sanctions-réparation.** — Pour évaluer la pertinence du refus du droit positif de permettre dans certaines hypothèses aux individus de recourir au droit commun de la responsabilité pour la réparation de leur préjudice, il convient tout d'abord de rechercher dans chacune de ces situations analysées, les raisons pouvant justifier une telle position du droit positif.

En ce qui concerne l'allocation de dommages-intérêts à la suite d'un divorce, on a pu souligner que la volonté de soumettre la réparation des préjudices découlant du divorce au seul régime de l'article 266 du C. civ. pouvait s'expliquer par le souci d'éviter « (...) qu'un recours trop systématique au droit de la responsabilité civile n'aiguise les conflits entre époux et n'anéantisse ainsi l'effort de pacification lié à la neutralisation de l'imputabilité de la rupture »<sup>1</sup>. Mais, une telle articulation du régime spécial et du droit commun de la responsabilité conduit, dans certaines situations, à une impunité discutable qui en soi, est incompatible avec l'objectif de prévention des conflits d'intérêts par le truchement de la fonction dissuasive de la sanction, mais surtout risque d'attiser les tensions au sein de la structure familiale.

Pour ce qui est de l'allocation de dommages-intérêts à la suite de l'anéantissement d'une reconnaissance mensongère, le droit positif semble considérer que la reconnaissance mensongère n'est pas un comportement fautif, si son auteur exécute à l'égard de l'enfant, les obligations découlant de l'établissement de ce lien de filiation. Par conséquent, c'est le fait d'échapper à l'exécution de cette obligation en remettant en cause le lien de filiation qui est en réalité sanctionné<sup>2</sup>. Ce refus de sanctionner, en dehors de l'hypothèse d'une remise en cause du lien de filiation de l'enfant par l'auteur de la reconnaissance de complaisance lui-même, s'expliquerait par la volonté du législateur de favoriser les recompositions familiales,

<sup>1</sup> D. FENOUILLET, *Droit de la famille*, 3<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, p. 212.

<sup>2</sup> Un auteur faisait remarquer que ce n'est pas la reconnaissance mensongère qui est à l'origine de la responsabilité civile, mais l'annulation de cette reconnaissance. Voir, F. GRANET-LAMBRECHTS, obs. sous Dijon, 19 avr. 1994, D. 1995, somm. p. 223.

en facilitant l'intégration de l'enfant dans le nouveau foyer de sa mère ; il aura ainsi le même père et par conséquent le même nom que les enfants qui naîtront de la nouvelle union<sup>1</sup>.

En dépit de ces bons sentiments, il convient de souligner qu'il est critiquable que l'auteur d'une reconnaissance de complaisance, par son simple fait, fasse peser une instabilité sur la filiation de l'enfant. Partant, lorsque cette instabilité autrefois éventuelle devient réelle, il doit être permis à l'enfant de rechercher la responsabilité de celui dont le comportement défectueux<sup>2</sup>, envisagé du point de vue de l'enchaînement causal des faits<sup>3</sup>, est à l'origine du préjudice qu'il invoque.

Au regard de ces différentes critiques, il est proposé dans un souci de responsabilisation et de dissuasion des atteintes aux intérêts privés, une généralisation du recours à la responsabilité civile délictuelle à titre subsidiaire.

**342. La possibilité d'un recours à titre subsidiaire à la responsabilité de droit commun.** — La solution proposée consiste à permettre au membre de la famille qui subit un préjudice en raison de l'atteinte à ses intérêts, de solliciter à titre principal, le versement de dommages et intérêts sur le fondement des régimes spéciaux de responsabilité en droit de la famille, et à titre subsidiaire sur le fondement du droit commun de la responsabilité<sup>4</sup>.

Ainsi, on arriverait à une conciliation satisfaisante entre, d'une part, les choix législatifs par lesquels s'explique la restriction de la possibilité d'obtenir le versement des dommages-intérêts, et d'autre part, l'équité qui commande la réparation du préjudice de la victime. L'objectif est donc de rendre plus lisible la responsabilité des auteurs de comportements polémogènes en permettant à la responsabilité délictuelle classique de combler le vide laissé par la mise en œuvre des régimes spéciaux de responsabilité en droit de la famille.

<sup>1</sup> P. MELIN, *Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile*, *op. cit.*

<sup>2</sup> On vise en réalité un comportement fautif. Et par faute, on entend « un comportement que l'on peut juger défectueux, soit parce qu'il est inspiré par l'intention de nuire, soit parce qu'il va à l'encontre d'une règle juridique, soit simplement parce qu'il apparaît déraisonnable ou maladroit » (voir AUBRY et RAU, *Droit civil français* (dir. A. PONSARD et I. FADLALLAH), t. IV-2, 8<sup>e</sup> éd., *Responsabilité délictuelle*, par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, Librairies techniques, Paris, 1989, p. 43, spéc. n° 22.).

Ici, selon les circonstances, la reconnaissance mensongère est une faute lorsque son auteur conscient de la réalité agit avec une intention de nuire, ou tout simplement avec une maladresse ou une légèreté blâmable. La maladresse consiste à utiliser la technique de la reconnaissance pour établir une filiation élective, alors qu'il aurait fallu recourir à l'adoption.

<sup>3</sup> Pour une étude de la causalité, voir par exemple, C. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, préf. P. BRUN, Dalloz, 2010. - C. BEAUDEUX, *La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile*, th. dactyl. Strasbourg, 2006 - D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, LGDJ, 2005.

<sup>4</sup> L'idée défendue est la suivante : lorsque les régimes spéciaux confèrent une protection insuffisante aux intérêts, le droit commun de la responsabilité doit alors prendre le relais.

Étudiant les rapports entre le droit commun de la responsabilité et les régimes spéciaux de responsabilité découlant de la consécration des droits subjectifs, un auteur a également avancé une idée similaire. Voir, T. AZZI, *Les relations entre responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, RTD civ. 2007, p. 227 et s., spéc. p. 244, n° 27 et s.

Ainsi, en matière de divorce, l'application de l'article 1240 du C. civ. permettrait aux justiciables d'échapper à la rigueur de l'article 266 du C. civ., puisque serait alors réparable, à titre subsidiaire, sur le fondement du droit commun de la responsabilité délictuelle, tout préjudice dépendant ou non de la dissolution du lien conjugal. On n'appelle donc pas, à une disparition de l'article 266 du C. civ. qui resterait une sanction spécifique de la violation des obligations nées du mariage lorsque le préjudice qui en résulte est particulièrement grave ; le but recherché serait l'articulation harmonieuse de ce texte avec le droit commun de la responsabilité.

En matière de reconnaissance mensongère, il s'agirait de permettre à l'enfant d'obtenir la réparation du préjudice causé par la remise en cause de sa filiation là où le droit actuel ne le lui permet pas.

Bref, en rendant possible en toutes hypothèses la réparation du préjudice résultant de l'atteinte à un intérêt privé, le législateur dissuaderait dans une certaine mesure ces atteintes.

En définitive, il a été mis en lumière dans cette section la nécessité de généraliser l'approche préventive des conflits d'intérêts en droit de la famille. Pour ce faire, il a été proposé un recours à la légistique pour prévenir les conflits d'intérêts engendrés par les normes familiales, et un renforcement de la fonction dissuasive des sanctions pour prévenir les atteintes à l'intérêt général ou aux intérêts privés.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

**343.** Le présent chapitre s'est ouvert sur un constat ; celui de la faiblesse de la gestion préventive des conflits d'intérêts en droit de la famille.

La faiblesse de la gestion préventive des conflits d'intérêts s'exprime d'abord d'un point de vue quantitatif, puisque les règles ou mécanismes dont la fonction préventive serait clairement affichée ne sont pas légion. Ainsi, la limitation des effets du mariage putatif, la réglementation spécifique en matière d'adoption de l'enfant du conjoint, le principe de la coparentalité et les mécanismes destinés à assurer son effectivité constituent de rares exemples d'une volonté claire de prévenir la survenance des conflits d'intérêts en droit de la famille.

Toutefois, il a été démontré qu'il restait néanmoins possible d'attribuer une fonction préventive à certaines règles ou mécanismes du droit de la famille. Tel est le cas de l'interdiction de la polygamie et de l'interdiction de l'inceste qui d'après l'analyse proposée, participeraient respectivement à la prévention des conflits d'intérêts engendrés par la concurrence des statuts conjugaux, et à la prévention de conflits d'intérêts engendrés par la confusion des rôles et places des individus au sein de la famille.

La faiblesse de la gestion préventive des conflits d'intérêts s'exprime ensuite d'un point de vue qualitatif, puisque les mécanismes de prévention mis bout à bout traduisent une approche segmentée de la prévention des conflits d'intérêts en droit de la famille. En effet, la prévention des conflits d'intérêts semble être l'apanage de certaines problématiques familiales bien spécifiques. Il manque une vision d'ensemble, une volonté de généraliser l'approche préventive des conflits d'intérêts à tout le droit de la famille.

Fort de ce constat, le présent chapitre s'est ensuite étoffé de réflexions portant sur les moyens d'amélioration du traitement préventif des conflits d'intérêts en droit de la famille. Dans cette veine, il a été proposé une action sur les sources des conflits d'intérêts en droit de la famille. Or, une telle entreprise nécessitait au préalable un travail d'identification des sources de conflit d'intérêts en droit de la famille.

À ce propos, il a été retenu, d'une part, que le droit positif à travers l'imprécision des prérogatives juridiques nouvelles, et le recours à certaines techniques juridiques polémogènes, participait à la survenance des conflits d'intérêts en droit de la famille. Par conséquent, il a été tout d'abord proposé une meilleure intégration des prérogatives juridiques nouvelles. Cela suppose concrètement une meilleure fixation des contours des prérogatives individuelles nouvelles — notamment la détermination préalable des conséquences de leur satisfaction sur autrui — afin d'éviter leur incompatibilité avec d'autres prérogatives préexistantes. Il a ensuite été proposé qu'une attention particulière soit portée à l'usage de techniques juridiques

qui instaurent une distorsion entre la réalité matérielle et la réalité juridique. À ce sujet, il a pu être démontré que la rétroactivité en matière de filiation, en plus d'exacerber les conflits d'intérêts se révèle globalement inutile.

Poursuivant ce travail d'identification des sources de conflit d'intérêts en droit de la famille, il a été retenu, d'autre part, qu'en dehors de l'hypothèse d'un droit qui serait lui-même source de conflits, d'autres conflits d'intérêts au contraire procèdent de comportements individuels. Il a alors été proposé de prévenir ces types de conflits d'intérêts par la dissuasion de ces comportements polymogènes. Cependant, parce que la manière de concevoir une sanction dissuasive n'est pas la même selon que le comportement porte atteinte aux intérêts privés ou à l'intérêt général, il a été proposé, sur cette base, un redécoupage de la réflexion.

On a alors retenu qu'en cas d'atteinte à l'intérêt général que le droit raisonnait plutôt en termes de détournement, de fraude ou d'abus pour sanctionner le contournement ou l'instrumentalisation de ses règles. Cependant, il a été constaté qu'en raison de la particularité des conflits entre l'intérêt général et les intérêts privés d'une part, et d'autre part, en raison de la réception des droits fondamentaux, la sanction des atteintes à l'intérêt général était devenue inefficace. Or, une sanction qui devient inefficace n'exerce plus de fonction dissuasive.

Fort de ce constat, il a alors été proposé un renforcement des sanctions prévues par le droit en cas d'atteinte à l'intérêt général. Et lorsqu'il s'est agi de discerner les outils permettant un tel renforcement, les sanctions pénales sont alors apparues comme susceptibles de remplir un tel office.

En revanche en ce qui concerne l'atteinte aux intérêts privés, il a été constaté que la meilleure manière de les prévenir demeurerait la responsabilisation des individus. À ce sujet, il a été démontré que le droit de la famille ne permettait pas toujours de rechercher la responsabilité des auteurs d'atteintes aux intérêts privés. Partant de ce constat, il a alors été proposé dans une optique de responsabilisation, la possibilité de recourir à titre subsidiaire au droit commun de la responsabilité afin de ne pas laisser sans réparation les préjudices engendrés par une atteinte aux intérêts privés.

En fin de compte, si le présent chapitre a eu le mérite de démontrer que la généralisation de la gestion préventive était susceptible de participer la restauration d'une visibilité dans le traitement des conflits d'intérêts, il faut bien reconnaître que quoiqu'on fasse, le droit n'arrivera jamais à anticiper la survenance de tous les conflits d'intérêts. D'ailleurs, il semblerait que « ces conflits d'intérêts sont bien naturels et nécessaires. Sans eux, la vie deviendrait irrespirable »<sup>1</sup>. Par conséquent, même si dans un effort de systématisation la gestion préventive des conflits d'intérêts ne doit pas être négligée, il convient également de garantir une certaine prévisibilité dans la gestion curative de ces conflits.

---

<sup>1</sup> F. TERRÉ, « Propos introductifs théoriques sur les conflits de normes », in, F. PERALDI-LENEUF, S. SCHILLER (dir.), *Les conflits de normes*, Rapport de recherche, 2012, p. 11.

## CHAPITRE II : LA SYSTÉMATISATION DE LA GESTION CURATIVE

« Le choix entre une méthode abstraite et une méthode concrète se repose d'ailleurs avec la même acuité quand, ayant dépassé le stade de construction du système juridique (...) on en vient à l'application de la norme ; et la constatation n'est guère différente (...)»<sup>1</sup> quand il est question de systématiser le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

**344.** Même si la prévention doit constituer le premier outil de gestion des conflits d'intérêts en droit de la famille, il arrive que les efforts de traitement préventif échouent et que le juge ait à trancher un affrontement effectif entre intérêts familiaux antagonistes. Or, il a été démontré, d'une part, qu'en raison du pullulement en droit interne de critères de décision moins précis aux répercussions non contestables sur le caractère opérationnel des règles de conflit, et d'autre part, qu'en raison de l'impact des droits fondamentaux sur les arbitrages internes, le traitement juridictionnel des conflits d'intérêts souffrait d'un cruel manque de cohérence et de stabilité.

Toutefois, il faudrait aussi relever qu'en dépit de ces constatations il reste possible, par le biais d'un effort de systématisation, de dépasser l'incertitude juridique dont est empreint le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. En d'autres termes, il sera question d'insuffler une visibilité en la matière à travers la construction d'un modèle d'arbitrage entre les intérêts familiaux antagonistes.

À ce propos, il convient de souligner que l'effort de systématisation du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille est susceptible d'être réalisé suivant deux démarches diamétralement opposées. La première consisterait à réaliser une représentation cohérente du traitement des conflits d'intérêts à partir d'un système abstrait d'arbitrage entre intérêts familiaux ; on parlera de modélisation conceptuelle ou de systématisation théorique du traitement des conflits d'intérêts. La seconde consisterait à réaliser une représentation cohérente du traitement des conflits d'intérêts à partir des finalités dominantes qui découlent de la jurisprudence relative au traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille ; on parlera alors de modélisation fonctionnelle ou de systématisation pragmatique du traitement des conflits d'intérêts.

---

<sup>1</sup> J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », *in*, *Mélanges J.-C. GAUTRON*, éd. Pédone, 2004, p. 105.

Entre ces deux méthodes, il faudra opter pour celle qui permet le mieux de restaurer, en droit de la famille, une visibilité dans le traitement des conflits d'intérêts. L'objectif recherché n'est pas seulement de mettre en place une méthode de rationalisation de la démarche décisionnelle en matière de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille ; il faut également que les arbitrages auxquels conduit la mise en œuvre du modèle élaboré soient compatibles avec les exigences du droit de la famille.

Il convient donc d'analyser ces deux méthodes pour pouvoir opérer un choix éclairé entre elles. Pour ce faire, il sera proposé dans un premier temps, une analyse de la modélisation conceptuelle (Section I) et dans un second temps, une analyse de la modélisation fonctionnelle du traitement des conflits d'intérêts (Section II).

## **SECTION I : LA MODÉLISATION CONCEPTUELLE, UNE MÉTHODE DE SYSTÉMATISATION INADAPTÉE**

**345.** La tentation est grande lorsqu'il est question de rendre rationnel le processus d'arbitrage entre intérêts conflictuels, d'élaborer un modèle d'arbitrage reposant sur un ordre préétabli des intérêts. La logique promue consiste à considérer que pour rendre moins incertain le traitement des conflits d'intérêts, il est nécessaire de réduire autant que possible le rôle du juge en la matière à une simple fonction d'application d'une échelle préétablie de valeurs à l'aune de laquelle les intérêts antagonistes seront rationnellement mesurés.

Toutefois prévient un auteur, une telle logique systémique qui nécessite un classement et une hiérarchisation des intérêts est délicate, voire impossible à concrétiser<sup>1</sup>. Néanmoins, la difficulté de l'entreprise n'empêche pas de s'y frotter. Ainsi, il conviendra dans un premier temps de fixer les contours de ce qui pourrait être un modèle conceptuel de traitement des conflits d'intérêts (§-1), puis dans un second temps, d'éprouver ledit modèle afin de déterminer s'il est réellement apte à participer à l'amélioration du besoin de sécurité juridique, en particulier, dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille (§-2).

---

<sup>1</sup> « Dans un système juridique qui reconstruit les rapports entre individus en général et les relations familiales en particulier en termes de droits individuels, ils [les conflits de prérogatives] sont inévitables, qu'il s'agisse de vrais conflits ou de faux conflits, de vrais droits ou de faux droits. Et il est bien sûr infiniment délicat, sans doute même impossible, de classer ces droits ou de les hiérarchiser ». H. FULCHIRON « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », LPA 2009, n° 342, p. 15 et s.

## §-1 : L'ÉLABORATION<sup>1</sup> D'UN MODÈLE CONCEPTUEL DE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS

346. Pour éviter que les conflits d'intérêts en droit de la famille ne donnent lieu à un traitement désordonné et incohérent devant les tribunaux, il a été souligné que le législateur prend souvent le soin de déterminer à travers la norme familiale, un ordre de grandeur entre les intérêts potentiellement conflictuels<sup>2</sup>. Cependant, parce qu'il est impossible au législateur de déterminer *a priori* la valeur de tous les intérêts familiaux, la modélisation conceptuelle du traitement des conflits d'intérêts si elle doit se faire en la matière, doit pouvoir reposer sur un outil autonome permettant de mesurer l'importance des intérêts conflictuels malgré les lacunes législatives.

À ce propos, l'analyse des études doctrinales consacrées à la systématisation du traitement des conflits d'intérêts en général se révèle ô combien éclairante. En effet, elle fait apparaître la possibilité d'une évaluation de l'importance des intérêts conflictuels par le truchement d'une hiérarchie des prérogatives juridiques<sup>3</sup> permettant leur réalisation<sup>4</sup>.

Concrètement, il s'agit de déterminer, à partir de l'intensité de protection dont jouit la réalisation de chaque intérêt en droit positif, son poids théorique. Une fois ce poids théorique des intérêts conflictuels déterminé, le juge pourra trancher le conflit en faisant prévaloir un intérêt sur l'autre ou en imposant des sacrifices réciproques à la réalisation de chaque intérêt. Mais il convient de souligner que l'option entre l'une de ces logiques de traitement sera fonction du poids des intérêts conflictuels.

Par conséquent, il apparaît que le modèle proposé, tout en reposant sur l'attribution d'un poids théorique aux intérêts en conflit (A), implique pour sa pratique l'adoption d'une logique de traitement en fonction de la configuration des intérêts en conflit (B).

---

<sup>1</sup> Ce terme est choisi à dessein, parce que le modèle qui sera présenté résulte de l'agrégation de plusieurs propositions doctrinales de laquelle nous tentons de faire émerger un système complet de résolution des conflits d'intérêts.

<sup>2</sup> Voir *supra* n°237 et s.

<sup>3</sup> D'après l'acception qui est retenue ici, les prérogatives juridiques constituent des titres juridiques accordés à une personne pour assurer la satisfaction de son intérêt personnel ou la satisfaction de l'intérêt d'autrui (les prérogatives permettant la satisfaction des intérêts d'autrui sont plus connues sous la dénomination de « droits-fonction » par opposition aux « droits-pouvoir » ; voir par exemple, L. JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1939, n° 237, 305 s.)

<sup>4</sup> Voir par exemple, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s., spéc. p. 248 et s. - F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, PFUSL, 1990, p. 37 et s. - T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005, p. 619 et s.

## A — UN MODÈLE REPOSANT SUR L'ATTRIBUTION D'UN POIDS THÉORIQUE AUX INTÉRÊTS EN CONFLIT

**347. L'opportunité de la démarche.** — La volonté de systématiser le traitement des conflits d'intérêts à travers la détermination préalable du poids des intérêts n'est que la conséquence d'une séduction du modèle Kelsénien d'organisation pyramidale du système juridique. En effet, en hiérarchisant les normes en fonction de leur importance, H. KELSEN entendait avant tout prévenir les conflits entre elles<sup>1</sup> et le cas échéant rationaliser leur traitement<sup>2</sup>. Son modèle d'organisation pyramidale du système juridique étant considéré comme un gage de sécurité juridique dans la gestion des conflits de normes<sup>3</sup>, certains auteurs<sup>4</sup> ont alors tenté sa transposition au traitement des conflits d'intérêts afin de mettre au jour en la matière, des règles prévisibles de traitement.

L'idée consiste à reconnaître que tous les intérêts ne sont pas d'égale valeur et qu'en fonction de l'intensité de leur protection juridique, il serait possible de les hiérarchiser de façon à ce que le juge, saisi du conflit, n'ait plus qu'à faire triompher mécaniquement l'intérêt de rang supérieur.

La démarche suggérée consiste alors à s'intéresser exclusivement au titre juridique en vertu duquel les litigants se croient autorisés à satisfaire leurs intérêts. Il s'agit ni plus, ni moins, de transformer le conflit d'intérêts en conflit de prérogatives<sup>5</sup> avec pour ambition, l'assignation d'un poids théorique aux intérêts si l'on admet qu'à chaque catégorie de prérogative juridique correspond une protection juridique particulière<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Le respect d'un processus de création normative suivant lequel la validité d'une norme juridique dépend nécessairement du respect de la procédure de création prévue par la norme supérieure permet d'éviter la survenance de conflits de normes (voir, H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 193 et s.).

<sup>2</sup> En réalité, dans le système pyramidal proposé, le conflit de norme susceptible de survenir ne peut être qu'un conflit entre normes d'égale valeur pour lesquels l'auteur envisage à titre de traitement, le recours aux maximes ou principes logiques d'interprétation (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., 1999, p. 207). Il reconnaît qu'« en réalité, entre une norme de degré supérieur et une norme de degré inférieur, (...) il ne peut pas exister de conflit, puisque c'est la norme du degré supérieur qui est le fondement de la validité de la norme du degré inférieur » (H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., 1999, p. 209).

<sup>3</sup> M. MÉKKI, *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, p. 117, n° 159.

<sup>4</sup> Voir par exemple, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 248 et s. - F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 37 et s. - T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 619 et s.

<sup>5</sup> C'est-à-dire qu'il ne sera plus question de raisonner en termes d'intérêts ou d'avantages qui s'affrontent, mais en termes de titres juridiques (droits subjectifs, libertés civiles, intérêts jugés légitimes) permettant la satisfaction des différents avantages antagonistes. Ce qui signifie qu'indirectement, les avantages ou intérêts se retrouvent hiérarchisés en fonction de l'importance du titre juridique permettant leur réalisation.

<sup>6</sup> Dans ce sens, voir par exemple, A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 248 : « La distinction des diverses catégories d'intérêts (...) conduit à poser quelques règles logiques pour la solution des conflits entre intérêts divers sur la base des qualifications différentes qui leur sont données par l'autorité sociale ». - J. LESUEUR, *Conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles*, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM 2009, p. 30 : « L'idée est

**348. Le recours à la classification des prérogatives juridiques.** — La pyramide des prérogatives juridiques qui découle des analyses doctrinales peut être ainsi résumée.

À la base de la pyramide, il existerait des intérêts jugés non conformes au droit objectif. Ces intérêts étant illicites, leur réalisation est prohibée par le droit ; ils n'accèdent pas à la juridicité, puisque le législateur vient expressément les exclure<sup>1</sup>. Par conséquent, aucun titre juridique ne permet leur réalisation.

Au-dessus des intérêts illicites relevant de l'infra-droit, se trouvent des intérêts dont la réalisation, tout en ne s'inscrivant pas en contradiction avec les principes gouvernant la sphère juridique<sup>2</sup>, n'est ni permise ni interdite *a priori* par le droit objectif<sup>3</sup>. Il s'agit d'intérêts légitimes non consacrés en droit subjectif ou en liberté civile, mais qui bénéficient *a posteriori*, suite à un jugement de légitimité, d'une protection juridique minimale<sup>4</sup> qui permet à leur titulaire d'exiger d'autrui l'obligation de ne pas porter atteinte auxdits intérêts ou d'empêcher sans motifs légitimes leur réalisation. En d'autres termes, celui qui prétend être titulaire d'un intérêt légitime dispose en réalité d'un pouvoir juridique potentiel qui nécessite une confirmation *a posteriori*.

Il pourra ainsi, en cas de confirmation de son pouvoir, recourir au droit commun de la responsabilité civile pour obtenir la réparation des atteintes illégitimement portées à son intérêt<sup>5</sup> ; c'est donc au nom de la prérogative générale qui ordonne la réparation des dommages causés à autrui (art. 1240 du C. civ.) que la protection des intérêts légitimes non consacrés en droit ou en liberté civile sera assurée.

Au-dessus des intérêts légitimes non consacrés existent d'autres intérêts consacrés en liberté civile. Cependant, parce que les libertés sont attribuées de façon égalitaire<sup>6</sup>, cette prérogative ne dote pas son titulaire d'un pouvoir juridique exclusif. Ainsi, les tiers n'ont pas

alors de proposer une méthode de traitement des conflits de droits. Cette méthode est établie à partir de la qualification des termes des conflits - entendue au sens de prérogatives qui s'opposent - (...) »

<sup>1</sup> A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », *in*, *Mélanges P. ROUBIER*, *op. cit.*, p. 243 et s - F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 36 « En périphérie, pourrait-on dire, se meuvent des intérêts frappés de discrédit : qualifiée d'illicite, leur satisfaction est interdite sous peine de sanction civiles et /ou pénales (...) »

<sup>2</sup> F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 36.

<sup>3</sup> T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>4</sup> Un auteur souligne à juste titre que l'intérêt simplement légitime n'est pas consacré *a priori* par le droit objectif et que la protection minimale qui lui est accordée n'est que la conséquence d'un jugement *a posteriori* de sa légitimité. T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 284.

<sup>5</sup> Comme le souligne un auteur, « (...) mis à part le cas où la loi impose la prise en compte d'un intérêt particulier, seule la responsabilité civile de celui qui y porte atteinte paraît envisageable au titre de sa protection ». T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 285.

<sup>6</sup> « Lorsqu'il y a seulement liberté et non droit subjectif, celle-ci est attribuée d'une façon égalitaire, uniforme, à tous ceux qui en bénéficient ». J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1990, p. 147. - T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 126 et s.

l'obligation de permettre la réalisation des libertés civiles d'autrui, mais simplement le devoir de tenir compte de ces dernières dans l'exercice de leurs propres libertés.

L'obligation ainsi créée est analogue à celle pesant sur les tiers confrontés à un intérêt légitime non consacré, mais la nature du pouvoir octroyé par la norme porteuse de liberté civile est bien différente ; il s'agit d'un pouvoir juridique potentiel pour l'intérêt simplement légitime tandis que la liberté civile met en scène un pouvoir juridique effectif.

Partant, on doit considérer que les libertés civiles se rapprochant, *a priori*, beaucoup plus du cœur de la juridicité, doivent se situer sur un plan hiérarchique plus élevé par rapport aux simples intérêts légitimes<sup>1</sup>.

Au sommet de la pyramide, se trouve le droit subjectif qui fort de sa consécration et de sa distribution inégalitaire<sup>2</sup> se situe sur un plan hiérarchique, au-dessus des libertés civiles<sup>3</sup> et des intérêts simplement légitimes<sup>4</sup>.

Prérogative spéciale octroyée par le droit objectif, le droit subjectif crée à la charge des tiers un strict devoir de respect qui les oblige à permettre la réalisation du pouvoir juridique contenu dans cette prérogative. En sus, l'élévation d'un intérêt au rang de droit subjectif est toujours assortie d'une protection spécifique permettant de garantir à son titulaire la satisfaction dudit intérêt<sup>5</sup>. Le droit commun de la responsabilité n'est plus l'unique moyen permettant au titulaire d'une telle prérogative de réaliser son intérêt. Il apparaît alors que cette protection plus intense des droits subjectifs justifie qu'ils soient placés au sommet de la pyramide des prérogatives juridiques.

**349. La détermination du poids des intérêts en fonction du rang occupé par les prérogatives juridiques permettant leur réalisation.** — Si l'on tient cette classification des prérogatives juridiques pour acquise, le juge confronté à un conflit d'intérêts devra, suivant la méthode conceptuelle, identifier les prérogatives juridiques permettant la réalisation des intérêts antagonistes, puis par un travail de qualification déterminer le rang occupé par ces prérogatives dans la pyramide sus-décrite. Ce n'est que de cette manière qu'il pourra

<sup>1</sup> T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 285.

<sup>2</sup> Voir par exemple, J. GHESTIN et G. GOUBEAU, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1990, p. 147 : « Lorsqu'il y a droit subjectif, la répartition est inégalitaire ; les prérogatives du titulaire restreignent la liberté d'autrui et non la sienne ».

<sup>3</sup> « Le droit subjectif reconnu par la Cité à une catégorie d'individus, pour préserver des prérogatives particulières, prime, sauf preuve contraire, les libertés publiques accordées par principe à une population entière » P.-Y. GAUTIER, *Contre la « balance des intérêts » : hiérarchie des droits fondamentaux*, D. 2015, p. 2189, n° 3. - Voir aussi, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz Sirey, 1963, n° 20.

<sup>4</sup> F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 36 - A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., pp. 243-244.

<sup>5</sup> D'ailleurs, comme le relève un auteur, « Il est habituel de considérer, même si cela reste controversé, que le titulaire d'un droit subjectif se voit toujours reconnaître une action en justice spécifique lui permettant de faire cesser une atteinte à son droit ». T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 285.

déterminer l'importance ou le poids des intérêts antagonistes. Toutefois, cette connaissance du poids des intérêts en conflit ne constitue pas l'aboutissement de la méthode conceptuelle de systématisation ; elle ne constitue qu'une étape dont la réalisation renseigne le juge sur la manière concrète de trancher le conflit.

## **B — UN MODÈLE IMPLIQUANT L'ADOPTION D'UNE LOGIQUE DE TRAITEMENT POUR SA PRATIQUE**

**350.** Une fois le poids des différents intérêts déterminé, il devient en théorie facile, à travers une pesée, de résoudre le conflit entre eux. Toutefois, il convient de souligner que la logique de traitement que le juge devra adopter sera fonction de la configuration des éléments à peser. En effet, si les intérêts en conflit n'ont pas la même importance c'est-à-dire qu'ils relèvent de catégories ou de rang différents, le juge devra pour faire le départ entre eux, raisonner en termes de hiérarchisation (1), tandis qu'une logique de conciliation s'imposera à lui lorsqu'il apparaît à la suite de la classification des intérêts que ceux-ci relèvent de la même catégorie juridique (2).

### **1) La hiérarchisation, méthode de traitement des conflits entre intérêts de rangs différents**

**351.** En présence d'un conflit opposant des intérêts de rangs différents, la solution évidente à ce problème consisterait à tenir compte de la hiérarchie des intérêts afin de faire triompher le porteur de l'intérêt occupant la place la plus élevée au sein de la pyramide. Cette prévalence de l'intérêt le plus fort sur l'intérêt le plus faible serait d'après les partisans de la modélisation conceptuelle, pure et simple en présence d'un conflit opposant les intérêts protégés aux intérêts non protégés. C'est ainsi que le professeur André GERVAIS relevait qu'en cas de conflit entre intérêt protégé et intérêt non protégé, « la solution s'impose alors avec évidence : l'intérêt protégé doit l'emporter, sans que l'intérêt non protégé puisse réclamer une compensation et encore moins exercer un droit de veto à l'encontre de la satisfaction de l'intérêt protégé »<sup>1</sup>.

En revanche lorsque le conflit oppose des intérêts protégés dont l'intensité de protection varie, cette hiérarchie devrait être relative, au sens où la prévalence de l'intérêt le plus fort sur l'intérêt le plus faible ne doit pas être aveugle. En effet, parce qu'on se retrouve en présence de conflits entre intérêts protégés, et que seule l'intensité de protection justifie l'assignation à des catégories juridiques différentes, « si l'on ne tenait compte que de la hiérarchie des

---

<sup>1</sup> A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, *op. cit.*, p. 248. - Cette position fut également reprise par le professeur François OST. F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, *op. cit.*, p. 37.

intérêts, pour permettre de satisfaire purement et simplement le plus fort (...), sans tenir compte du fait que l'intérêt le plus faible est lui aussi protégé s'il l'est moins, on organiserait la réalisation d'un abus de droit »<sup>1</sup>. Précisons toutefois que ce refus de prévalence aveugle de l'intérêt le plus fort en cas de conflit entre intérêts protégés n'a nullement pour objectif la remise en cause de la hiérarchie qui découle de la classification des intérêts. En effet, la sanction d'une satisfaction abusive d'un intérêt n'est pas sa déchéance, mais seulement le retour à un exercice normal de la prérogative permettant cette satisfaction assorti d'une réparation du dommage causé par l'abus<sup>2</sup>. Ce qui signifie concrètement qu'une priorité est reconnue à l'intérêt d'un rang hiérarchique supérieur<sup>3</sup>. Son porteur pourra le réaliser sans que son adversaire, titulaire d'un intérêt de rang hiérarchiquement inférieur, ne puisse lui opposer un quelconque veto. Cependant, il convient de souligner qu'en raison de l'obligation de ne pas nuire à autrui dans l'exercice de ses droits<sup>4</sup> qui pèse sur le porteur de l'intérêt supérieur, le porteur de l'intérêt inférieur peut exiger une compensation lorsque son adversaire est coupable « d'un abus de droit ou de position dominante »<sup>5</sup>. D'ailleurs, cette importance des mécanismes de la responsabilité civile dans la modélisation conceptuelle du traitement des conflits d'intérêts transparaît clairement de certaines analyses doctrinales<sup>6</sup>.

En résumé, en présence de conflits entre intérêts de rangs différents, le juge devra faire triompher l'intérêt le plus élevé dans la hiérarchie avec la possibilité pour le titulaire d'un intérêt inférieur protégé, d'obtenir une compensation en cas d'abus de droit. Cette logique de prévalence d'un intérêt sur l'autre n'est plus adaptée lorsqu'il apparaît que le conflit oppose des intérêts de même rang.

## 2) La conciliation, méthode de traitement des conflits entre intérêts de même rang

**352.** Lorsque deux intérêts simplement légitimes, deux libertés ou encore deux droits subjectifs s'affrontent, l'égalité de rang entre les intérêts en conflit conduit à ne pas préférer l'une des prérogatives face à l'autre. La logique de conciliation des intérêts prend alors le pas sur celle de hiérarchisation ou de prévalence. Puisque la même importance est

<sup>1</sup> A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 250.

<sup>2</sup> L. CADIET, P. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Abus de droit*, n° 36 et s.

<sup>3</sup> A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 250.

<sup>4</sup> Sur l'intention de nuire comme critère de l'abus de droit, voir, L. CADIET, P. LE TOURNEAU, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Abus de droit*, n° 25 et s.

<sup>5</sup> F. OST, *Droit et intérêt*, vol. 2, op. cit., p. 38.

<sup>6</sup> T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, op. cit., p. 617 et s.

En ce qui concerne plus spécifiquement les rapports entre les droits subjectifs et la responsabilité civile, voir, T. AZZI, *Les relations entre responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs*, RTD civ. 2007, p. 227 et s. - J.-C. SAINT-PAU, « La distinction des droits de la personnalité et l'action en responsabilité civile », in, *Mélanges H. GROUDEL*, Litec 2006, p. 405 et s.

donnée aux intérêts en conflit, ils doivent également s'équilibrer dans leur satisfaction. Aucun ne pouvant l'emporter sur l'autre, soit les parties négocient la satisfaction intégrale ou majoritaire de l'un sur l'autre, soit elles n'y arrivent pas et s'imposent *de facto* un égal sacrifice qui a pour conséquence la non-satisfaction intégrale d'aucun des intérêts<sup>1</sup>.

Toutefois, il arrive qu'en l'absence de négociation entre les parties, la situation de blocage ne soit pas viable et qu'il faille impérativement prendre partie en faveur de la satisfaction d'un des intérêts. Il appartiendra alors au juge d'imposer des concessions aux parties afin de dénouer la situation. Se pose alors la question de savoir comment le juge pourra de manière prévisible, sans susciter les craintes d'arbitraire, réaliser un tel choix.

Pour tendre vers un traitement rationnel du conflit entre normes de même valeur, l'auteur de la *Théorie pure du droit* suggérerait le recours aux maximes ou principes logiques d'interprétation<sup>2</sup> à l'instar du principe de spécialité issu de la maxime *specialia generalibus derogant* ou du principe chronologique issu de la maxime *lex posterior derogat priori*<sup>3</sup>. Toutefois, parmi les principes rationnels de choix entre plusieurs normes, il convient de mettre en lumière un principe qui apparaît à nos yeux particulièrement adapté au choix entre plusieurs prérogatives de même valeur permettant la réalisation d'intérêts antagonistes. Il s'agit du principe de « privation différentielle » ou de « frustration minimale »<sup>4</sup>.

D'après ce principe, lorsque deux prérogatives d'égale importance entrent en concurrence, « il arrive souvent que le sacrifice de l'une ait des conséquences moins néfastes pour le premier que le sacrifice de l'autre n'en aurait pour le second »<sup>5</sup>. Dans de tels cas, il faudrait à titre exceptionnel, donner la priorité au porteur de l'intérêt dont la non-satisfaction est susceptible de générer le plus grand dommage. L'illustration la plus parlante, quoique choquante, de ce principe de privation différentielle consiste à attirer l'attention sur le fait que « la privation du droit de tuer » est moins grave que « la privation du droit de vivre »<sup>6</sup>.

Pour synthétiser les développements de ce premier paragraphe, il convient de rappeler que l'idée qui sous-tend la modélisation conceptuelle est qu'il serait possible de rendre prévisible le traitement des conflits d'intérêts en les appréhendant à travers le prisme d'un conflit de

<sup>1</sup> A. GERVAIS, « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, *Mélanges P. ROUBIER*, op. cit., p. 251.

<sup>2</sup> H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, op. cit., 1999, p. 207

<sup>3</sup> Sur l'application de ces maximes, voir par exemple, X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008, p. 118-119.

<sup>4</sup> Même si ce principe est souvent en germe dans les écrits doctrinaux (Voir par exemple, Quintilien, *Institution oratoire*, t. IV, L. VI-VII, trad. J. COUSIN, Paris, Les Belles Lettres, 1977, p. 171-173) c'est le professeur DENQUIN qui à notre connaissance a été le premier à le poser clairement (J.-M. DENQUIN, « Sur les conflits de libertés », in, *Mélanges R.-E. CHARLIER*, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 545 et s., spéc. p. 553).

À propos de ce principe, voir également, M. AFROUKH, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, préf. M. LEVINET, Bruylant, 2011, p. 479 et s. - R. DUMAS, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, préf. E. GARAUD, L'Harmattan, 2008, p. 335 et s.

<sup>5</sup> J.-M. DENQUIN, « Sur les conflits de libertés », in, *Mélanges R.-E. CHARLIER*, op. cit., p. 553.

<sup>6</sup> J.-M. DENQUIN, « Sur les conflits de libertés », in, *Mélanges R.-E. CHARLIER*, op. cit., p. 553.

prérogatives juridiques. En effet, selon une opinion répandue en doctrine, l'importance d'un intérêt peut se mesurer en référence à l'intensité de la protection que le droit objectif lui accorde. Le procédé peut être ainsi résumé : sachant qu'à chaque catégorie de prérogative juridique correspond des pouvoirs juridiques différents en intensité, il suffit, en présence d'un conflit d'intérêts, de déterminer tout d'abord, la nature de la prérogative juridique permettant la réalisation des intérêts pour classer ces derniers sur un plan hiérarchique en fonction de l'importance que le droit attache à leur réalisation. Puis ensuite, en fonction de la configuration conflictuelle, d'adopter une logique idoine de traitement.

En reprenant tour à tour ces différentes étapes, il convient de souligner qu'en ce qui concerne tout d'abord la détermination de l'importance des intérêts en conflit, on constate, d'une part, que lorsque l'intérêt poursuivi est prohibé par le droit objectif, cela implique nécessairement l'inexistence d'un titre permettant sa réalisation. On est alors en présence d'une absence totale de protection juridique justifiant la non-satisfaction de ces intérêts prohibés.

On constate, d'autre part, que lorsque l'intérêt poursuivi n'est pas prohibé, il peut bénéficier d'une protection plus ou moins renforcée. Le degré le plus bas de protection se rencontre tout d'abord lorsque la satisfaction de l'intérêt ne fait l'objet d'aucune protection *a priori*, mais est jugée dans la situation concrète de son porteur, légitime ; les mécanismes du droit commun de la responsabilité lui permettront alors d'en assurer la protection.

Le degré intermédiaire de protection se rencontre ensuite lorsque l'intérêt tout en étant jugé *a priori* légitime<sup>1</sup> est l'objet d'une prérogative juridique également distribuée aux sujets de droit ; on parlera alors de liberté civile.

Le degré élevé de protection se rencontre enfin lorsque l'intérêt, tout en étant jugé *a priori* légitime, est l'objet d'une prérogative juridique accordée inégalement au profit exclusif de certains sujets de droit remplissant des conditions posées *a priori* par le droit objectif ; on parlera alors de droit subjectif.

Pour ce qui est ensuite de la logique de traitement à adopter par le juge, il faut souligner, d'une part, que lorsque le conflit met aux prises des intérêts de rangs divers, le juge devra assurer la prévalence de l'intérêt dont le rang est le plus élevé, sous réserve de ne pas sacrifier abusivement l'intérêt le plus faible dans l'hypothèse où il serait légitime.

D'autre part, si le conflit met aux prises des intérêts de même rang, le juge devra assurer une conciliation des différentes prérogatives et si nécessaire, donner la priorité à celle dont la méconnaissance engendrerait le plus grand préjudice.

Le modèle conceptuel ainsi proposé poursuit l'ambition de donner un tour mécanique au traitement des conflits d'intérêts avec pour conséquences escomptées, la restauration d'une

---

<sup>1</sup> C'est-à-dire que sa légitimité ne dépendra pas de la configuration factuelle du conflit. L'avantage poursuivi est en lui-même jugé digne de protection.

cohérence de traitement et d'une prévisibilité des solutions. Toutefois, contrairement aux prévisions, il faut souligner que cette méthode de systématisation du traitement des conflits d'intérêts ne permet pas toujours d'atteindre de manière satisfaisante la sécurité juridique tant désirée.

## **§-2 : L'ÉVALUATION DU MODÈLE CONCEPTUEL DE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS**

**353.** Il est permis de douter que la modélisation conceptuelle soit la meilleure méthode de rationalisation du traitement des conflits d'intérêts, d'une part, parce que sa pratique est susceptible d'aboutir, en droit de la famille ou ailleurs, à des résultats imprévisibles (A), et, d'autre part, parce que cette méthode s'inscrit, en particulier en droit de la famille, à contrecourant de la logique pragmatique qui y est aujourd'hui véhiculée (B).

### **A — UN MODÈLE SUSCEPTIBLE D'ABOUTIR À DES RÉSULTATS IMPRÉVISIBLES**

**354.** La modélisation conceptuelle poursuit une logique de mécanisation du traitement des conflits d'intérêts de manière à éviter toute subjectivité décisionnelle susceptible de rendre aléatoire l'arbitrage entre les intérêts antagonistes. Or, on constate qu'une subjectivité décisionnelle est théoriquement possible lorsqu'on recourt à la modélisation conceptuelle que ce soit au stade de la classification des prérogatives juridiques (1), ou de l'élaboration concrète de la solution du litige (2).

#### **1) La subjectivité dans la qualification des prérogatives juridiques**

**355. L'instrumentalisation de la marge d'incertitude inhérente aux qualifications.** — Les prérogatives juridiques constituent des titres permettant la réalisation des intérêts. Et malgré leur grande diversité, il ne faut pas oublier que ces prérogatives ne sont pas placées sur un pied d'égalité.

En effet, il a été souligné que leur différence de nature impliquait une différence dans les pouvoirs octroyés à leur titulaire. Partant de cette gradation des pouvoirs, il a été proposé une détermination du poids des intérêts antagonistes en fonction des prérogatives juridiques permettant leur réalisation. Concrètement, cela suppose pour chaque intérêt antagoniste de déterminer au préalable la nature de la prérogative juridique permettant sa réalisation. En

d'autres termes, il est question de déterminer puis de qualifier les prérogatives juridiques servant à la réalisation des intérêts antagonistes<sup>1</sup>.

Or, en matière de qualification, on retient souvent qu'« il n'y a pas de vérité absolue (...) ou du moins personne ne prétend la détenir »<sup>2</sup>, puisque toute qualification implique une marge d'incertitude<sup>3</sup>.

Toutefois, il convient de souligner que cette marge d'incertitude inhérente à la qualification est plus ou moins large selon les cas<sup>4</sup>.

Elle est étroite lorsque la qualification à retenir s'impose à l'auteur ; c'est le cas lorsque l'élément en cause jouit d'une qualification bien fixée en droit positif. L'exemple typique d'une qualification bien fixée est sans doute le rattachement du droit de propriété à la catégorie des droits subjectifs. Plus spécifique à la branche d'étude faisant l'objet de ces recherches, il est courant de présenter l'autorité parentale comme un droit-fonction.

En revanche, la marge d'incertitude est large lorsque la qualification de l'élément en cause soulève de nombreuses hésitations ; on parlera de qualification complexe. À titre d'illustration, il est permis de considérer comme complexe la qualification de la prérogative permettant à chacun d'exiger le respect de sa vie privée. En effet par le passé, la doctrine avait été divisée sur le classement d'une telle prérogative. Certains auteurs y voyaient une liberté civile<sup>5</sup>, tandis que d'autres — dont la position est aujourd'hui considérée comme dominante — y voyaient un droit subjectif<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Sur la qualification en droit, voir par exemple, voir G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 2014, *V° Qualification* - P. WACHSMANN, « Qualification », in, D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 1276. - C. ATIAS, *Épistémologie juridique*, PUF, 1985, p. 129 et s.

<sup>2</sup> P. JESTAZ, *La qualification en droit civil*, Droits : revue française de théorie juridique, n°18, PUF, 1994, p. 46.

<sup>3</sup> F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, p. 7.

<sup>4</sup> Faisant le même constat, un auteur avait pu souligner qu'en droit, « les qualifications sont plus ou moins résistantes et que, de même qu'il y a des roches tendres et des roches dures, il y a des qualifications plus ou moins fragiles ». F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1956, p. 7.

<sup>5</sup> Parmi les partisans d'une telle conception, certains fondent leur argumentaire sur l'impossibilité des droits de la personnalité en général à être considérés comme des droits subjectifs. Partant, les prérogatives spécifiques -à l'instar du droit au respect de la vie privée - qu'on rattache à la théorie des droits de la personnalité ne devraient pas non plus être analysées en droit subjectif. C'est ainsi que des auteurs après avoir souligné que la création d'un rapport juridique entre une personne et autrui est l'apanage du droit subjectif, ont pu qualifier les droits de la personnalité de « pseudo-droits » manifestant un narcissisme exacerbé ; faute de pouvoir imaginer un rapport d'ordre juridique entre une personne et elle-même, qualifier les droits de la personnalité de droit subjectif n'aurait pas de sens. Ces auteurs voient donc dans les droits de la personnalité, une simple manifestation de la responsabilité civile. Il serait préférable d'après eux, de parler de libertés fondamentales de la personne. Partant, ils jugent discutable la qualification du droit à la vie privée en droit subjectif. (Voir, P. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2014, n° 1308, 1604 et s., 1618. - Voir également, P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz Sirey, 1963, p. 49 et s.)

D'autres auteurs en revanche ont contesté la qualification de droit subjectif à la suite d'une analyse spécifique de la notion même de vie privée. Pour un auteur par exemple (A. BENET, *Analyse du droit au respect de la vie privée, Contribution à l'étude des libertés civiles*, th. dactyl., Paris II, 1985, p. 344, n° 128), la structure et la prérogative consacrée en matière de vie privée épousent parfaitement certaines caractéristiques du droit subjectif. Partant, il préfère opter pour la qualification de liberté civile (voir également dans ce sens, B. BEIGNIER, *Vie privée et vie publique*, APD 1997, t. 41, p. 167. - F. RIGAUX, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, LGDJ, 1990, nn° 658 - 662, spéc. n° 660).

<sup>6</sup> Voir par exemple (liste non-exhaustive) :

Au-delà de cet exemple de qualification complexe, ce qu'on tente de démontrer ici c'est le risque d'une subjectivité décisionnelle dans la mise en œuvre du modèle conceptuel de traitement des conflits d'intérêts lorsque le juge se retrouve face à une prérogative juridique difficile à classer.

Toutefois, on présume qu'en dépit des difficultés survenant lors des qualifications, le juge est capable de réaliser une qualification « objective » en enchâssant la prérogative à qualifier dans la catégorie juridique qui sied le mieux à ses particularités. Néanmoins, on craint aussi que le juge, au lieu de se laisser guider vers la solution à donner au conflit, ne l'anticipe en se servant de la technique de qualification comme d'un moyen lui permettant d'atteindre un résultat qu'il se serait fixé *a priori* c'est-à-dire, avant même de mettre en œuvre la méthode conceptuelle.

En d'autres termes, la marge d'incertitude inhérente aux qualifications juridiques est susceptible de devenir le masque du pouvoir discrétionnaire du juge qui, selon qu'il entend faire triompher tel intérêt au détriment de tel autre, n'hésitera pas à sous-classer ou à surclasser les prérogatives permettant leur réalisation.

En définitive, parce que la mise en œuvre du modèle conceptuel repose en grande partie sur un travail de qualification des prérogatives juridiques, il peut arriver que la subjectivité de l'agent chargé de la qualification s'exprime surtout lorsque les contours de la prérogative à qualifier ne coïncident pas exactement avec les cadres juridiques préétablis. Cependant, il convient de souligner que cette subjectivité inhérente aux qualifications juridiques ne suffit

- J. DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 1952, p. 170 et s. Pour l'auteur, les droits de la personnalité sont des droits subjectifs.

- P. KAYSER, *Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques*, RTD. civ., 1971, p. 445, spéc n° 8 et 21. L'auteur distingue dans son étude, les vrais et les faux droits de la personnalité. Seuls les premiers sont des droits subjectifs. En incluant la protection de la vie privée dans les vrais droits de la personnalité, il faut en conclure que pour cet auteur, le « droit au respect de la vie privée » est un droit subjectif.

- R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, éd. Bosc & Riou, 1939, pp 332-363. Pour l'auteur un intérêt protégé peut se muer en droit subjectif. Au départ un intérêt peut être protégé par un droit « sanctionnateur » général. A force de passer par l'intermédiaire du juge pour protéger cet intérêt, une institution juridique se crée (pp. 333-336) ; une règle de conduite s'établit et sans attendre l'avènement du dommage, on pourra exiger du juge une mesure préventive. Emerge alors un droit « déterminateur » qui permet d'exiger avant toute survenance d'un dommage, une conduite déterminée de la part d'un tiers, sujet passif ; l'évolution s'achève parfois par une consécration législative, laquelle assure le maximum de sécurité (p. 344). On peut ainsi dire qu'un droit subjectif s'est créé. En étudiant la jurisprudence, l'auteur remarque, à propos des « biens » de la personnalité une pareille mutation du droit « sanctionnateur » en droit « déterminateur » ainsi que la survenance d'une consécration légale. Il conclut donc qu'on peut qualifier le droit au respect de la vie privée de droit subjectif (R. Nerson, RTD. civ., 1971, pp. 115-119.).

- L. MARTIN, *Le secret de la vie privée*, RTD. civ., 1959, p. 227. Dans cette communication, l'auteur soutient à propos du secret de la vie privée, que les conditions techniques de l'existence d'un droit subjectif sont réunies.

- M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Le secret de la vie privée*, in, P. LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé : Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, 1978, p. 432, n° 22. Partant des travaux de R. NERSON, l'auteur reconnaît à la personne, « un véritable droit subjectif sur sa vie privée ».

- J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, th. dactyl. Bordeaux IV, 1998, spéc. t. 2, n° 465 et 481. Convaincu de l'existence d'un droit subjectif au respect de la vie privée, l'auteur s'emploie à réfuter les thèses qualifiant le droit au respect de la vie privée de liberté.

- G. CORNU, *Droit civil, Les personnes*, Montchrestien, 13<sup>e</sup> éd., 2007, p. 65, spéc. n° 30.

pas à elle seule pour juger la modélisation conceptuelle inapte à participer à l'amélioration du sentiment d'insécurité juridique ressenti dans le traitement des conflits d'intérêts, à moins de démontrer un risque de subjectivité à d'autres stades du processus de concrétisation de la méthode conceptuelle.

## 2) La subjectivité dans l'élaboration concrète du traitement

**356.** Une fois les prérogatives juridiques classées et un poids attribué aux intérêts antagonistes par la même occasion, la logique mécanique devrait conduire vers un arbitrage objectif dénué de toute subjectivité. Or, on constate également, au stade de la concrétisation de l'arbitrage entre intérêts antagonistes, une potentielle intrusion de la subjectivité.

**357. Une subjectivité potentielle en cas de conflit entre intérêts de poids différents.** — En présence d'un conflit entre intérêts de poids inégal, il a été souligné que lorsque ces intérêts en conflit sont au moins légitimes, le porteur de l'intérêt bénéficiant d'un poids prépondérant devrait l'emporter, mais qu'il était susceptible de voir sa responsabilité civile engagée en cas d'abus dans la réalisation de son intérêt. Or, le critère de l'abus comme toute notion-cadre permet au juge d'étendre son pouvoir judiciaire dans l'application de la règle de droit avec pour conséquence potentielle une subjectivité décisionnelle. Il convient également de souligner que la mobilisation de la notion d'abus ne constitue pas le seul risque de subjectivité empêchant le modèle conceptuel proposé d'atteindre ses objectifs en matière de prévisibilité dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

**358. Une subjectivité potentielle en cas de conflit entre intérêts de poids équivalents.** — Lorsque les prérogatives permettant la réalisation des intérêts antagonistes en conflit occupent le même rang, on atteint alors les limites de la logique mécanique en vertu de laquelle, la prévalence devrait être donnée à la réalisation de l'intérêt jouissant de l'intensité de protection la plus forte. Pour dépasser cette difficulté, il a été envisagé un recours aux principes logiques d'interprétation comme critères de hiérarchisation des prérogatives relevant du même rang hiérarchique<sup>1</sup>. Certains de ces principes comme le principe chronologique permettent d'éviter tout risque de subjectivité décisionnelle. La mobilisation d'autres en revanche laisse subsister ce risque de subjectivité. Tel est par exemple le cas du principe de la frustration minimale qui a recueilli nos faveurs parce qu'il mettait directement l'accent sur une hiérarchie des intérêts et non sur une hiérarchie des prérogatives juridiques dont découlerait ensuite un ordonnancement des intérêts.

D'après ce principe, il faudrait en cas de conflit entre intérêts bénéficiant d'une égale protection au sein de l'ordonnancement juridique, donner la prévalence à l'intérêt dont la non-

---

<sup>1</sup> Voir *supra* n°351 et s.

satisfaction est susceptible de générer le plus grand dommage. Mais, la mise en pratique de cette règle s'avère complexe. L'affaire *Evans c. Royaume-Uni*<sup>1</sup>, qui a vu s'opposer des droits conflictuels tirés de l'art. 8 de la Conv. EDH en est une parfaite illustration.

Pour rappel, une requérante avant de subir une ablation des ovaires a fait procéder dans le cadre d'une FIV au recueil de ses ovules qui ont par la suite été tous fécondés avec les spermatozoïdes de son mari. Ce dernier, à la suite de leur séparation, s'était opposé à l'implantation des embryons dans l'utérus de son ex-épouse et sollicitait leur destruction.

Dans cette affaire, s'opposaient d'un côté, le droit pour la requérante de devenir parent au sens génétique du terme et de l'autre, le droit de son ex-mari à ne pas devenir parent. Puisque les parties étaient dans l'impossibilité de s'imposer des concessions réciproques, il revenait au juge de trancher ce conflit. Si on se réfère à la théorie de la frustration minimale pour déterminer parmi ces deux intérêts de même rang lequel devait l'emporter, on se rend alors compte de la difficulté d'aboutir à une solution dénuée de subjectivité.

D'un côté, on a une requérante qui en raison de l'ampleur de son investissement physique et émotionnel durant le traitement par FIV, et surtout en raison de sa stérilité, ne pouvait plus être placée dans les conditions de devenir parent au sens génétique du terme. De l'autre, il y a un ex-mari qui risquait de devenir parent contre sa volonté avec les conséquences tant extrapatrimoniales — filiation, nom, autorité parentale, etc. — que patrimoniales — obligation alimentaire, responsabilité civile, succession, etc. — qui vont en découler.

Avant toute comparaison, il convient de relever que ces différents préjudices ne sont pas de même nature. Certains sont actuels, d'autres futurs, mais certains, d'autres de nature extrapatrimoniale et d'autres enfin, de nature patrimoniale. Il est alors difficile<sup>2</sup>, si tant est que cela soit possible<sup>3</sup>, de les comparer. Certains pourraient à juste titre considérer que la destruction des embryons allait causer à la requérante un préjudice plus grand en raison de sa stérilité<sup>4</sup>, tandis que d'autres pourraient adopter la position inverse<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, RTD civ. 2007, p. 295, note J.-P. MARGUÉNAUD ; RDSS 2007, n° 5, p. 810, note D. ROMAN.

<sup>2</sup> Les juridictions britanniques avaient souligné lors de l'examen de l'affaire *Evans* « la difficulté de comparer les effets qu'emporterait pour J. le fait d'être contraint de devenir père d'un enfant de la requérante et les effets qui résulteraient pour la requérante du fait d'être privée de toute chance d'avoir un enfant biologique ». CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, précit., §-80.

<sup>3</sup> En somme, « c'est comme si on jugeait que telle ligne est plus longue que telle pierre est lourde ». A. SCALIA, cité par S. VAN DROOGHENBROECK (S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. TULKENS, F. OST, PFUSL, 2001, p. 279.). De manière générale, la difficulté soulevée est celle de l'incommensurabilité des intérêts. Voir sur ce point, J. BOMHOFF, L. ZUCCA, *Evans c. UK. The tragedy of Mrs Evans : conflicts and Incommensurability*, *European Constitutional Law Review*, 2006, p. 424. - S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 279. - C.-A. MORAND, « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in, *Mélanges J.-F. AUBERT*, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 57.

<sup>4</sup> Voir l'opinion dissidente commune des quatre juges ayant voté dans le sens d'une violation de l'art. 8 de la Conv. EDH.

<sup>5</sup> Voir, CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, précit., §-90. À noter que la Cour est arrivée à cette décision en se retranchant derrière la marge d'appréciation des États d'une part, et d'autre part, en

Il apparaît alors que le principe de la frustration minimale n'offre pas de critères objectifs permettant de trancher le conflit entre intérêts de même rang. En effet, il reste possible, en fonction du résultat que l'on souhaite atteindre, de minimiser certains préjudices et donner ainsi une apparente objectivité à la décision.

En définitive, la mise en œuvre du modèle conceptuel proposé est susceptible, en raison du risque de subjectivité décisionnelle, d'aboutir à des résultats imprévisibles. Par conséquent, la modélisation conceptuelle ne constitue pas le meilleur remède à l'incertitude juridique dans le traitement des conflits d'intérêts familiaux, d'autant plus que cette méthode de systématisation s'inscrit aujourd'hui à contrecourant des exigences du droit contemporain de la famille.

## **B — UN MODÈLE INCOMPATIBLE AVEC LES EXIGENCES DU DROIT CONTEMPORAIN DE LA FAMILLE**

**359.** En raison de la montée en puissance de la jurisprudence européenne, en particulier celle de la Cour européenne des droits de l'Homme, l'abstraction a mauvaise presse dans le raisonnement juridique moderne. En effet, les exigences d'un droit souple et factuel<sup>1</sup> s'accommodent mal à la rigidité des constructions abstraites<sup>2</sup>. Ainsi, la proportionnalité qui est au cœur du raisonnement de la Cour de Strasbourg<sup>3</sup> envahit peu à peu la jurisprudence interne à tel point que le Premier président de la Cour de cassation a plusieurs fois émis le souhait d'une intégration de cette méthode dans le champ de contrôle de la juridiction qu'il préside<sup>4</sup>. Concrètement, il est question d'adapter le raisonnement

---

retenant une lecture biaisée de la situation conflictuelle. En effet, au lieu de retenir l'existence d'un affrontement entre le droit de devenir parent au sens génétique du terme et le droit de ne pas devenir parent, elle a préféré opposer ce dernier au droit de devenir parent au sens générique du terme. Partant, en relevant que la requérante avait encore la possibilité d'adopter ou de recourir à une FIV exogène, la Cour atténuait ainsi l'importance du préjudice réellement subi pour conclure à une non-violation des droits fondamentaux.

À propos de l'instrumentalisation de la représentation des intérêts conflictuels, voir par exemple, B. GIRARD, *Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2015, n° 280-281.

<sup>1</sup> Voir par exemple, K. GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, préf. J.-P. MARGUÉNAUD, Larcier, 2008, p. 483 et s.

<sup>2</sup> Rappr. P. JESTAZ, J.-P. MARGUÉNAUD, C. JAMIN, *Révolution tranquille à la Cour de cassation*, D. 2014, p. 2061 et s.

<sup>3</sup> Pour une analyse approfondie du contrôle de proportionnalité, voir par exemple, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, op. cit.* - P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. SUDRE, PUAM, 2005.

<sup>4</sup> B. LOUVEL, *Pour une juridiction à l'écoute de son temps*, D. 2014, p. 1632. - B. LOUVEL, *Réflexions à la Cour de cassation*, D. 2015, p. 1326. - B. LOUVEL, *Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle*, JCP (G) 2015, p. 1906.

L'idée défendue par l'auteur est la suivante : pour éviter que notre souveraineté juridictionnelle ne soit remise en cause à travers les condamnations de la Cour de Strasbourg, il est impératif que la Cour de cassation se serve pleinement de la marge d'appréciation laissée aux juridictions internes. En effet, parce que le contrôle de la Cour

sylogistique en intégrant dans la majeure, en plus de la règle de droit applicable, le particularisme des faits. Ce qui conduit à retenir que l'exigence actuelle dans les branches du droit qui, à l'instar du droit de la famille<sup>1</sup>, ont été marquées par le fabuleux développement des droits fondamentaux consiste à ne pas sacrifier l'adaptabilité des arbitrages ou la justice du cas concret, au profit d'une sécurité juridique souvent obtenue au prix d'un abus de déductions logiques. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme a toujours retenu que « la Convention a pour objet de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs »<sup>2</sup>.

Même s' « il semble contestable que de simples faits soient en mesure d'entraîner des perceptions différentes des droits »<sup>3</sup>, on ne peut pas ignorer en raison de l'influence de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, cette exigence d'atteindre dans chaque situation non pas un équilibre idéal, mais un équilibre réel.

Fort de ce constat, on ne peut que conclure à l'inadaptation de la modélisation conceptuelle comme méthode de systématisation du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. En effet, il semble contraire aux exigences européennes qu'un poids théorique attribué aux intérêts puisse, par effet de déduction logique, aboutir à un arbitrage inflexible entre les intérêts en conflit ; l'arbitrage entre intérêts conflictuels doit nécessairement intégrer les paramètres propres à chaque situation conflictuelle. Partant, l'importance d'un intérêt ne peut être standardisée dans le sens où cette évaluation ne doit pas se faire abstraitement, mais concrètement au regard des autres intérêts impliqués<sup>4</sup>.

---

européenne des droits de l'Homme est un contrôle subsidiaire, elle se dispense de procéder à l'examen complet de toutes les données de la situation lorsque le juge national y a procédé lui-même (B. LOUVEL, *Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle*, op. cit., p. 1907 - B. LOUVEL, *Réflexions à la Cour de cassation*, op. cit., p. 1326). Or, le syllogisme judiciaire tel qu'il est appliqué aujourd'hui par la Cour de cassation ne permet pas d'atteindre un tel objectif.

<sup>1</sup> À propos de la place grandissante occupée par les faits dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme relatives au droit de la famille, voir J. HAUSER, « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », in, *Mélanges J.-C. GAUTRON*, éd. Pédone, 2004, p. 105 et s., spéc. p. 107.

<sup>2</sup> CEDH, 9 oct. 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73. - CEDH, gr. ch., 18 janv. 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, n° 27238/95, spéc. §-100, RTD civ. 2001, p. 448, note J.-P. MARGUÉNAUD ; RTDH 2002, p. 999, note F. BENOÎT-ROHMER. - CEDH, 13 juill. 2006, *Jaggi c. Suisse*, n° 58757/00, spéc. §-38-41, RTD civ. 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2007, p. 99, obs. J. HAUSER.

<sup>3</sup> K. GARCIA, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, op. cit., p. 483.

Il convient de noter que certains auteurs dénoncent avec force la remise en cause du syllogisme classique à laquelle aboutit cette importance donnée aux faits. Voir par exemple, P. MALAURIE « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne » JCP (G) 2016, n° 12, p. 318. - P.-Y. GAUTIER, « Contre la "balance des intérêts" : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015, p. 2189. - P.-Y. GAUTIER, « Eloge du syllogisme », JCP (G) 2015, p. 1494. - V. REBEYROL, « Une réforme à la Cour de cassation ? », JCP (G) 2015, p. 1583. - S. GUINCHARD, F. FERRAND, T. MOUSSA, « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », D. 2015, p. 278.

<sup>4</sup> Pour une illustration en droit de la filiation du rejet par la Cour européenne des droits de l'Homme des arbitrages inflexibles, voir *supra* 279

Toutefois, il convient de préciser que la négligence du poids des faits qui justifie l'inadaptation de la modélisation conceptuelle dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille peut être utilement dépassée si on considère que l'intérêt qui est désigné prépondérant à l'issue de la concrétisation du modèle conceptuel ne l'emportera pas systématiquement en raison de la gravité des circonstances particulières. Il s'agit de poser en quelque sorte une présomption simple de prévalence d'un tel intérêt. Or, il faut bien se rendre compte que cette mise en conformité du modèle conceptuel avec l'exigence de prise en compte des faits, se fait au détriment de la prévisibilité du traitement des conflits d'intérêts ; ce qui en l'espèce, ôte à la démarche un quelconque intérêt.

En définitive, il convient de retenir que la méthode consistant à attribuer une préférence à l'un des intérêts conflictuels sur le fondement du rang occupé dans l'ordre juridique par la prérogative permettant sa réalisation, même si elle apparaît stimulante, n'est pas forcément adaptée à la systématisation du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. Tout d'abord, il faut bien admettre que celui qui adopte une telle méthode se retrouve très rapidement confronté à des difficultés dans sa mise en œuvre concrète. En effet, le risque de subjectivité dans le classement des prérogatives juridiques couplé au problème d'incommensurabilité des intérêts viennent sonner le glas de la prévisibilité des arbitrages obtenus par le truchement de cette méthode. Ensuite, il faut bien reconnaître qu'en raison de l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, les arbitrages fixes et absolus qui font l'économie d'appréciations casuistiques sont de plus en plus dénoncés. Au regard de ce constat, il apparaît que la méthode idoine de systématisation du traitement des conflits d'intérêts devrait à la fois concilier les objectifs de prévisibilité et de flexibilité.

## **SECTION II : LA MODÉLISATION FONCTIONNELLE, UNE MÉTHODE DE SYSTÉMATISATION PRIVILÉGIÉE**

**360.** Par modélisation fonctionnelle est visée une systématisation pragmatique du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. Concrètement, il s'agit de partir des réponses apportées aux conflits d'intérêts en droit positif pour dégager une logique générale de traitement. Cette méthode de raisonnement qui procède par induction<sup>1</sup> nécessite pour sa concrétisation, la découverte de principes ou règles autour desquels il serait possible de

---

<sup>1</sup> Rapprocher de la méthode dite de l'induction amplifiante. L. SILANCE, « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante », in, C. PERELMAN (dir.) *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 489 et s.

réaliser une représentation cohérente du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. Ainsi, après avoir identifié, puis ordonné les principes en modèle cohérent et opérationnel (§-1), il sera question d'éprouver ledit modèle afin d'évaluer son aptitude à servir de référent efficace dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille (§-2). On l'aura compris, l'invention juridique procède ici d'une observation du droit positif et tient principalement dans l'organisation originale de ses éléments.

### **§-1 : L'ÉLABORATION D'UN MODÈLE FONCTIONNEL DE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS**

**361.** La modélisation fonctionnelle vise à restaurer une cohérence d'ensemble dans le traitement des conflits d'intérêts par le truchement de principes<sup>1</sup> qui, en balisant ledit traitement, indiqueraient « la route à suivre » et permettraient *in fine* de deviner la solution qui sera probablement donnée au conflit d'intérêts. Concrètement, il sera question de faire ressortir du droit positif des principes de traitement, c'est-à-dire des règles qui commandent le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille (A), puis de les articuler en système opérationnel (B) susceptible de guider efficacement le juge dans le dénouement de ces conflits.

#### **A — L'IDENTIFICATION DES PRINCIPES DE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS EN DROIT DE LA FAMILLE**

**362.** D'après un auteur<sup>2</sup>, on rencontrerait en toutes matières, des principes qui commandent la solution juridique à adopter, et des principes destinés à corriger les excès ou les anomalies des solutions légales ; les premiers constituent des principes directeurs, et les seconds des principes correcteurs.

Suivant cette logique, il existerait également en droit de la famille, des principes qui auraient pour fonction d'imprimer une direction au traitement des conflits d'intérêts (1) et d'autres qui auraient une fonction modératrice ou correctrice en ce sens qu'ils permettraient de s'écarter du principe posé lorsque sa mise en œuvre pourrait s'avérer dans le cas concret injuste ou inadaptée (2).

---

<sup>1</sup> Sur les principes en droit, voir par exemple, P.-M. MABAKA, *Grands principes juridiques*, éd. Espérance, 2015. - J.-M. PONTIER (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007. - E. VERGES, *Les principes directeurs du procès judiciaire : étude d'une catégorie juridique*, th. dactyl. Aix-Marseille, 2000. - P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. SOURIOUX, éd. Panthéon-Assas, 1999. - B. OPPETIT, « Les principes généraux en droit international privé », APD 1987, vol. 32, p. 179 et s. - R. RODIÈRE, « Les principes généraux du droit privé français », RIDC 1980, n° spéc., vol. II, p. 309 et s. - J. BOULANGER, « Principes généraux du droit et droit positif », in, *Études offertes à Georges RIPERT*, LGDJ, 1950, t. I, p. 51 et s. - G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, chap. VI : « Les principes juridiques ».

<sup>2</sup> J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 113.

## 1) Les principes directeurs du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille

**363.** Au regard des exigences actuelles du droit contemporain de la famille, il est possible de considérer comme principes directeurs du traitement des conflits d'intérêts, le principe de primauté des besoins de l'enfant (a), le principe de liberté (b), le principe d'égalité dans les relations familiales (c), et enfin le principe de confiance légitime (d).

### a) Le principe de primauté des besoins de l'enfant

**364. Considérations générales.** — Avant d'être un commandement explicite<sup>1</sup> faisant l'objet d'un large consensus<sup>2</sup>, la primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires le concernant a très tôt été érigée en principe général du droit<sup>3</sup>, c'est-à-dire en règle non-écrite, mais admise comme s'imposant dans la prise de décision concernant l'enfant. Aujourd'hui, les superlatifs ne manquent pas pour traduire l'importance actuelle de ce principe. Certains y voient « un principe matriciel en droit des mineurs »<sup>4</sup>, d'autres, « un concept essentiel »<sup>5</sup> ou encore « la clé de voute »<sup>6</sup> du droit contemporain de la famille. À n'en pas douter, l'intérêt de l'enfant constitue une notion centrale du droit positif, un critère de décision à l'aune duquel le législateur tranche ou arbitre toutes les questions relatives à l'enfant. Or, l'intérêt de l'enfant n'est pas une réalité facile à cerner. Même s'il arrive au législateur de poser une présomption quant à son contenu<sup>7</sup>, très souvent, il appartient aux juges du fond de déterminer ce que recouvre l'intérêt de l'enfant. Une telle appréciation est loin d'être simple. Un auteur avait pu démontrer, au lendemain de la loi du 11 juillet 1975 qui

<sup>1</sup> Voir, les articles 3-1 de la CIDE, (« Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». À propos de l'admission de l'applicabilité directe de cet article en droit interne, voir, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n° 02-20613, D. 2005, p. 1909, note V. ÉGÉA ; Dr. fam. 2005, comm. 156, note A. GOUTTENOIRE ; JCP (G) 2005, note F. GRANET-LAMBRECHTS, Y. STRICKLER) et 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (« Dans tous les actes relatifs aux enfants, qu'ils soient accomplis par des autorités publiques ou des institutions privées, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »).

<sup>2</sup> Selon la Cour EDH, « il existe actuellement un large consensus - y compris en droit international - autour de ce principe [de primauté de l'intérêt supérieur de l'enfant] ». CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07 (spéc. §-135), JCP (G) 2011, p. 94, obs. F. SUDRE.

<sup>3</sup> A.-C. VAN GYSEL, « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », *Revue générale de droit civil belge*, 1988-2, p. 186 et s.

<sup>4</sup> P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 62, n° 92.

<sup>5</sup> H. FULCHIRON « Les droits de l'enfant à la mesure de l'intérêt de l'enfant », *Gaz. Pal.* 2009, n° 342, p. 15 et s.

<sup>6</sup> C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? » *RLDC* 2011, supplément n° 87, p. 27 et s.

<sup>7</sup> En matière d'exercice de l'autorité parentale par exemple, le législateur présume qu'il est de l'intérêt de l'enfant que la séparation des parents ne remette pas en cause le principe d'un exercice conjoint (art. 373-2 du C. civ.).

avait fait de l'intérêt de l'enfant le critère unique et exclusif d'attribution de la garde des enfants mineurs après le divorce (ancien art. 287 du C. civ.), l'existence d'importantes divergences d'interprétation, à plus forte raison, lorsque les parents sont également aimants, et présentent d'égales qualités éducatives<sup>1</sup>.

Partant du constat suivant lequel le concept d'intérêt de l'enfant n'est pas toujours facile à saisir<sup>2</sup>, du moins de manière objective, il est délicat d'en faire un concept structurant dans la systématisation du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. Est alors préférée la notion de « besoins de l'enfant ». Ce choix se justifie tout d'abord par le fait que la notion de besoin possède, une force évocatrice bien supérieure à celle de l'intérêt. Ce sentiment d'avoir affaire, lorsqu'on recourt au besoin, à une notion au contenu saisissable s'explique par le fait que le besoin se définit toujours en référence à une finalité qui fait consensus ou qui semble légitime. Le besoin exprime en creux « un projet vers quelque chose »<sup>3</sup> : besoin de sécurité, besoin d'appartenance, besoins sociaux, etc. En somme, le besoin c'est le désir d'atteindre une finalité considérée comme essentielle<sup>4</sup>.

Ce choix s'explique ensuite par le fait que la notion de besoin permet de cerner de la manière la moins arbitraire possible celle plus floue de l'intérêt. En effet, la démarche consistant à faire de la primauté des besoins de l'enfant un principe censé guider la décision du juge ne s'inscrit pas en contradiction avec l'objectif de satisfaction de l'intérêt supérieur de l'enfant. Suivant un auteur, faire de l'intérêt supérieur de l'enfant une considération primordiale revient à donner la prévalence à ses besoins spécifiques<sup>5</sup>. Les besoins de l'enfant constituent donc des repères objectifs de ce que recouvre de manière générale l'intérêt de l'enfant. Dès lors, il serait plus utile de se référer directement aux besoins de l'enfant comme critère de décision.

La préférence de la notion de besoins de l'enfant ainsi justifiée, il convient de préciser son contenu significatif.

**365. Identification des besoins de l'enfant.** — L'enfant étant un adulte en devenir, il ne serait pas, en raison de l'absence d'achèvement du processus de construction de sa personnalité, pleinement autonome ; il se trouve dans une situation de dépendance vis-à-vis

<sup>1</sup> I. THÉRY, « La référence à l'intérêt de l'enfant : usage judiciaire et ambiguïtés », in, *Du divorce et des enfants*, Cahier de l'INED, n° 111, PUF, 1985, p. 33 et s., spéc. pp. 53-58.

<sup>2</sup> Voir par exemple, J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 29 et s. - C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? », *op. cit.* - M. FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », D. 2015, p. 224 et s.

<sup>3</sup> C. MEGDICHE, « *Essai sur la notion de besoin* », Sociétés, revue des sciences humaines et sociales, 2002, n° 75, p. 85-90. URL : [www.cairn.info/revue-societes-2002-1-page-85.htm](http://www.cairn.info/revue-societes-2002-1-page-85.htm).

<sup>4</sup> A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1999, V° Besoin.

Pour une présentation ordonnée et critique de la philosophie des besoins, voir, A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1969, spéc. la première partie.

<sup>5</sup> J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », *op. cit.* - Rappr. B. ANCEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », LPA 2014, n° 62, p. 6 et s., spéc. I-A.

des adultes. Partant, naît un besoin de protection<sup>1</sup>, une revendication destinée à lui garantir un accomplissement satisfaisant de son processus d'autonomisation<sup>2</sup>. Et ce n'est qu'au travers de cette finalité que les besoins de l'enfant prennent corps. Ce qui signifie que constituent des besoins de l'enfant, des avantages dont la satisfaction est indispensable à sa maturation, à la construction de sa personnalité et à sa préservation. Ces avantages sont facilement identifiables ; il s'agit de procurer à l'enfant les moyens indispensables à son existence, et à son développement<sup>3</sup>. D'après un auteur, cette approche de l'intérêt des enfants par le prisme de leurs besoins, en permettant aux adultes de se décentrer le plus possible d'eux-mêmes pour se mettre à la hauteur et à l'écoute de l'enfant, traduit le mieux la philosophie profonde de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant<sup>4</sup>. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'Homme ne s'y trompe pas lorsqu'en matière de garde, elle relève au titre des besoins de l'enfant, la nécessité de lui garantir une évolution dans un environnement sain, et la nécessité de maintenir ses liens avec sa famille<sup>5</sup>.

Suivant cette posture mentale qui consiste à intégrer la spécificité des sujets de droit en voie d'accomplissement que constituent les enfants, il est permis de relever, au titre de leurs besoins, que le droit positif tend à leur reconnaître le droit de pouvoir évoluer dans un environnement sain, le droit à une construction identitaire, et le droit à la continuité de leurs liens affectifs<sup>6</sup>. Reprenons tour à tour ces différentes composantes des besoins de l'enfant.

Tout d'abord, le droit pour l'enfant de pouvoir évoluer dans un environnement sain impliquerait pour les parents « de ne pas prendre des mesures préjudiciables à sa santé et à son développement »<sup>7</sup>. De manière générale, les adultes auraient l'obligation de ne pas exposer l'enfant à un danger physique ou psychologique — moralité, développement intellectuel —. La notion de danger permet donc de caractériser l'insanité de l'environnement

<sup>1</sup> À propos du processus de consécration des besoins en droit, voir, A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, *op. cit.*

<sup>2</sup> On vise là, le processus qui permet à l'enfant de devenir un adulte. Et, selon la jolie formule du professeur J.-L. RENCHON (J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 33, spéc. n° 20), on peut définir l'adulte comme un être autonome c'est-à-dire « un être psychiquement séparé, capable d'assumer la frustration et la perte, capable de supporter la différence et l'altérité, capable de tolérer que ce qu'il veut puisse lui être enlevé ou retiré, capable de faire face aux crises ou aux ruptures sans perdre son identité ».

<sup>3</sup> Peu importe la manière de présenter les besoins de l'enfant, on en revient peu ou prou à ces éléments. Par exemple, un auteur (C. BRUNETTI-PONS, « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? » RLDC 2011, supplément n° 87, p. 27.) relevait que « l'intérêt supérieur de l'enfant est une notion fonctionnelle. Le but poursuivi est le bien-être moral, physique et social de chaque enfant ». Voir aussi, J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 32, spéc. n° 17 - M. DONNIER, « L'intérêt de l'enfant », D. 1959, chron. 26, p. 179 et s., spéc. pp. 181-182. - B. ANCEL, « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », LPA 2014, n° 62, p. 6 et s.

<sup>4</sup> J.-L. RENCHON, « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 32, spéc. n° 16.

<sup>5</sup> CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, spéc. §-67, AJ. fam. 2008, p. 83, obs. A. BOICHÉ ; GACEDH, comm. n° 52.

<sup>6</sup> L'enfant est créancier de ces besoins. Ses parents peuvent être considérés comme les débiteurs principaux et l'État comme le débiteur accessoire qui n'intervient qu'en cas de défaillance des débiteurs principaux. Ce principe de subsidiarité a même été consacré à l'article 18,1 de la CIDE.

<sup>7</sup> CEDH, 6 déc. 2007, *Maumousseau et Washington c. France*, n° 39388/05, *précit.*

de l'enfant et justifierait selon les prescriptions du législateur, le retrait de l'autorité parentale (art. 378-1 du C. civ.) ou le prononcé de mesures d'assistance éducative (art. 375 du C. civ.). Ensuite, le droit à une construction identitaire induit un accomplissement satisfaisant du processus psychologique qui permet à l'enfant de construire sa propre personnalité en se situant par rapport à ses semblables. La réalisation de ce processus nécessite tout d'abord qu'il soit permis à l'enfant d'avoir accès à son histoire personnelle<sup>1</sup> et de connaître ses origines<sup>2</sup>. Ensuite, parce qu'il semblerait que ce ne soit pas seulement la connaissance de son histoire personnelle ou l'accès à ses origines qui contribue à la construction identitaire<sup>3</sup>, mais aussi la possibilité d'obtenir la reconnaissance sociale de son ascendance en s'inscrivant juridiquement dans une lignée, la réalisation du processus psychologique de construction identitaire nécessite également que soit reconnu à l'enfant, la possibilité d'établir sa filiation à l'égard de ses auteurs<sup>4</sup>.

Toutefois, il convient de souligner que si la connaissance des origines et la filiation participent à la construction identitaire, cette construction pour être opérante nécessite du droit une garantie de stabilité quant aux éléments de l'identité<sup>5</sup> déjà fixés<sup>6</sup>. Par exemple, le nom,

---

<sup>1</sup> Comme l'a souligné un auteur (L.-J. DORAIS, « La construction de l'identité », in, D. DESHAIES, D. VINCENT (dir.), *Discours et constructions identitaires*, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 1 et s., spéc. p. 3), « la construction identitaire reflète l'histoire personnelle de chacun. Cette histoire comprend plusieurs éléments différents : l'interaction de la personne avec ses parents, l'apprentissage des rôles liés à son sexe, l'éducation reçue dans son milieu ». Voir aussi, D. DEROUSSIN, « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 7 et s. - G. LOISEAU « L'identité... finitude ou infinitude », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel, op. cit.*, p. 29 et s.

<sup>2</sup> En plus de l'art. 7-1 de la CIDE qui reconnaît à l'enfant le droit de connaître ses parents (Sur l'effectivité de ce droit, voir P. MURAT, « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », LPA 2010, n° 200, p. 17 et s.), de nombreux arrêts de la Cour EDH ont consacré ce droit. Voir par exemple, CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c. Royaume-Uni*, n° 10454/83 - CEDH, 7 févr. 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, RTD civ. 2002, p. 866, note J.-P. MARGUÉNAUD.- CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, JCP (G) 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE. - CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, JCP (G) 2012, p. 1083, obs. K. BLAY-GRABARCZYK. Voir aussi, P. MURAT « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel, op. cit.*, p. 51 et s.

<sup>3</sup> Selon un auteur, « il semblerait que ce ne soit pas seulement la connaissance des origines ou l'accès à ses origines qui contribue à la construction identitaire mais la possibilité de s'affirmer dans une lignée, de s'inscrire dans une continuité transgénérationnelle ». M. LASBATS, « Les grands-parents dans notre société », AJ fam. 2008, p. 147 et s.

<sup>4</sup> Pour un approfondissement du droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation, voir, P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2014, p. 159, n° 238 et s.

<sup>5</sup> Sur le contenu de l'identité, voir par exemple, J.-C. SAINT-PAU (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis 2013, p. 569, n° 937.

<sup>6</sup> À propos de la filiation par exemple, un auteur avait justement fait remarquer qu'« on peut déduire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme, le droit pour l'enfant de voir sa filiation établie à l'étranger, reconnue dans l'État dans lequel il réside avec son parent ». A. GOUTTENOIRE, « Le droit européen des droits de l'homme », in, I. MARIA, M. FARGE (dir.), *Le lien familial hors du Code civil de la famille*, Institut universitaire Varenne, 2014, p. 167 et s., spéc. p. 175, n° 20.

élément important de la construction identitaire<sup>1</sup>, doit pouvoir bénéficier d'une certaine stabilité dans le temps<sup>2</sup> et dans l'espace<sup>3</sup>.

Enfin, le droit à la continuité des liens affectifs implique qu'il soit garanti à l'enfant, en dépit des vicissitudes de la vie, la pérennité des relations familiales<sup>4</sup> ; cela concerne aussi bien les liens affectifs avec les membres de la famille que les liens affectifs avec les tiers, proches de la famille.

À ce propos, soulignons que l'enfant a le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses père et mère<sup>5</sup>. En effet, en retenant à l'article 373-2 du C. civ. que « la séparation des parents est sans incidence (...) et que chacun des père et mère doit maintenir des relations personnelles avec l'enfant et respecter les liens de celui-ci avec l'autre parent (...) », le législateur a voulu garantir la pérennité des liens affectifs entre parents et enfant en dépit de la faillite du couple conjugal. Pour ce faire, lorsque la résidence habituelle de l'enfant est fixée au domicile d'un de ses parents, l'autre, qu'il exerce ou non l'autorité parentale, dispose d'un droit de visite et d'hébergement qui ne peut lui être refusé que pour motifs graves (art. 373-2-1 al. 2 et 373-9 al. 3 du C. civ.). Au niveau européen, le maintien des relations personnelles entre un enfant et ses parents est également garanti, puisque la Cour EDH considère que « pour un parent et un enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale, même si la relation entre les parents s'est rompue »<sup>6</sup>. Dès lors, les États ont l'obligation positive de prendre, les mesures nécessaires pour assurer l'exécution du droit de visite du parent non hébergé<sup>7</sup> et en cas d'enlèvement international, les mesures nécessaires au retour de l'enfant<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> Voir par exemple, CEDH, 5 déc. 2013, *Henry Kismoun c. France*, n° 32265/10, AJ fam. 2014. 194, obs. C. DOUBLEIN ; RJPF 2014-2/10, obs. I. CORPART ; RTD civ. 2014, p. 332 obs. J. HAUSER - CEDH, 6 mai 2013, *Garnaga c. Ukraine*, n° 20390/07, JDI (Clunet) 2014, n° 3, chron. 6, obs. F. ISSA.

<sup>2</sup> Le besoin de garantir dans le temps une certaine stabilité du nom de l'enfant justifie qu'on exige en droit interne le consentement de l'enfant de plus de treize ans lorsqu'à la suite de l'établissement d'un second lien de filiation, les parents décident de procéder au changement de son nom (art. 311-23 al. 3 du C. civ.). En revanche, soulignons que l'anéantissement du lien de filiation de l'enfant entraîne automatiquement son changement de nom (la Cour de cassation a laissé entendre que l'intérêt de l'enfant pouvait servir de correctif à la rigidité de cette règle : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2010, Dr. fam. 2010, Comm. 102, obs. P. MURAT ; RTD civ. 2010, p. 521, obs. J. HAUSER ; RJPF 2010, n° 9, p. 12, obs. I. CORPART.), sauf s'il est majeur (l'article 61-3, al. 2 du C. civ. exige le consentement des enfants majeurs pour le changement de leur nom).

<sup>3</sup> CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rev. crit. DIP 2004, p. 192, note P. LAGARDE ; JDI 2004, p. 1225, note S. POILLOT-PERUZZETTO. - CJCE, 14 oct. 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, Rev. crit. DIP 2009, p. 80, note P. LAGARDE ; JDI 2009, p. 203, note L. D'AVOUT ; JCP (G) 2009, II, 10071, note A. DEVERS ; Dr. fam. 2009, comm. 50, obs. F. VIANGALLI.

<sup>4</sup> Pour une analyse approfondie de la consécration au niveau européen du droit de l'enfant à la pérennité des relations familiales, voir par exemple, S. GRATALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, 1998, p. 377 et s.

<sup>5</sup> Pour un fondement supranational à ce droit, voir par exemple l'article 9 de la CIDE.

<sup>6</sup> CEDH, 2 sept. 2003, *Guichard c. France*, n° 56838/00, Dr. fam. 2004, comm. 98, note A. GOUTTENOIRE. - CEDH, 28 juin 2005, *Fourchon c. France*, n° 60145/00. - CEDH, 24 mars 1988, *Olsson c. Suède*, n° 10465/83, spéc. §-59, JDI 1989, p. 789, obs. P. TAVERNIER.

<sup>7</sup> Voir par exemple, CEDH, 28 juin 2005, *Fourchon c. France*, précit.

<sup>8</sup> Voir par exemple, CEDH, 25 janv. 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, Dr. fam. 2000, chron. 26, obs. H. FULCHIRON, A. GOUTTENOIRE.

En plus du droit pour l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses père et mère, lui a aussi été garanti le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants, mais aussi avec les autres membres de la famille, ou encore avec les tiers<sup>1</sup> (art. 371-4 du C. civ.). Le but du législateur est d'éviter que l'enfant ne soit pris en otage par les adultes dans des conflits familiaux qui souvent le dépassent.

En définitive, faire du droit à un environnement sain, à une construction identitaire satisfaisante, à la pérennité des liens affectifs des besoins essentiels de l'enfant implique de donner la priorité à leur satisfaction dans toute décision relative à l'enfant. Ainsi, lorsque le devenir de l'enfant ou son bien-être est au cœur du conflit d'intérêts, il convient de mobiliser le principe de primauté des besoins de l'enfant pour trancher le conflit. Par exemple, en présence d'un conflit d'intérêts relatif à la filiation par le sang, à l'adoption, à l'autorité parentale — titularité, exercice, assistance éducative, choix en matière de santé, d'éducation et de fréquentations — la priorité devrait être donnée, dans le traitement dudit conflit, à la satisfaction des besoins de l'enfant.

Après avoir saisi les contours du principe de primauté des besoins de l'enfant et précisé son domaine d'application, il convient de renouveler cette démarche pour les autres principes directeurs.

### ***b) Le principe de liberté dans les relations familiales***

**366. Considérations générales.** — Face à la richesse de la notion de liberté, il est difficile, voire peu souhaitable de la saisir par le biais d'une définition analytique. Ainsi, comme l'a souligné un auteur, « la liberté ne s'explique pas, elle se vit avant de se dire »<sup>2</sup>. Dans le cadre des rapports familiaux, elle se caractérise essentiellement par l'interdiction de toute forme de coercition ou de contrainte ayant pour but de faire agir l'individu contrairement à ses croyances, à sa conscience ou à sa volonté lorsqu'il s'agit du gouvernement de sa personne. Il s'agit donc principalement de reconnaître une priorité aux choix personnels de l'individu pour tout ce qui concerne directement le gouvernement de sa personne, même si ses choix impactent les intérêts des membres de sa famille<sup>3</sup>. Ce qui conduit à garantir aux individus dans le cadre de leurs rapports familiaux, une maîtrise sur leur corps, une liberté affective, et une liberté de croyance et de religion.

<sup>1</sup> Sur ce point voir par exemple, A. GOUTTENOIRE, H. FULCHIRON, *Rép. civ. Dalloz, V° Autorité parentale*, n° 309 et s. - A. GOUTTENOIRE, « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », *AJ fam.* 2008, p. 138.

<sup>2</sup> P. CHAUNU, *La liberté*, éd. Fayard, 1987, p. 15.

<sup>3</sup> Voir par exemple, J.-L. RENCHON, F. REUSENS, G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », in, J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 131 et s., spéc. p. 134.

**367. Une maîtrise sur son corps.** — La primauté de la personne et le respect de sa dignité conduisent à concevoir la maîtrise du corps comme un droit fondamental de la personnalité<sup>1</sup>. Cela signifie que même dans les relations de famille, il est impossible de contraindre physiquement un membre du groupe à réaliser une prestation<sup>2</sup>. Par exemple, il est interdit dans le cadre d'une action en recherche de filiation de contraindre l'un des protagonistes à se soumettre à une expertise génétique<sup>3</sup>. Soulignons tout de même, que ce refus de se soumettre à une expertise génétique dont le résultat aurait été déterminant dans l'affaire, ne saurait d'après la Cour EDH, justifier un refus de trancher le litige de la part des juridictions étatiques, ni justifier un établissement systématique de la filiation au détriment du prétendu parent qui s'y oppose ; en effet, la Cour exige qu'en plus du refus, les juridictions étatiques se fondent sur un faisceau d'indices pour arrêter leur solution<sup>4</sup>.

Il convient de souligner cependant que, ce droit de disposer de son corps reconnu à l'individu n'empêche pas qu'un État, en raison des considérations tenant à la moralité ou à l'ordre public, décide de limiter sur son territoire le droit de tout individu à disposer de son corps. Par exemple, s'il est reconnu à l'homme et à la femme une liberté de ne pas procréer en recourant à des moyens contraceptifs, cette maîtrise du corps ne rend pas la femme titulaire d'un droit absolu de ne pas poursuivre sa grossesse. En effet, il est permis de déduire de la jurisprudence de la Cour EDH qu'en dehors de l'hypothèse d'un danger pour la vie de la mère, les États sont libres de garantir ou non un droit à l'avortement aux femmes<sup>5</sup>. Et lorsqu'ils le garantissent, la femme qui remplirait les conditions exigées par le droit interne aurait un droit discrétionnaire d'interrompre sa grossesse, même en cas d'opposition de son mari<sup>6</sup>.

En définitive, il est possible de retenir dans les relations de famille que lorsque la garantie de l'inviolabilité du corps est susceptible de heurter les intérêts de l'enfant simplement conçu ou

<sup>1</sup> G. GENICOT, « La maîtrise de son corps par la personne : concept et applications. Deuxième partie », in, J.-L. RENCHON (dir.), *Les droits de la personnalité*, Bruylant, 2009, p. 29 et s.

<sup>2</sup> Pour une analyse approfondie, voir par exemple, J.-R. BINET, « La protection de la personne : principes », J.-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-14, fasc. 10. - H. OBERDORFF, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2013, p. 424 et s.

<sup>3</sup> CEDH, 24 août 2010, *I.L.V. c. Roumanie*, n° 4901/04, spéc. §-45-46.

<sup>4</sup> CEDH, 25 juin 2015, *C. Canonne c. France*, n° 22037/13, spéc. §-31, AJ fam. 2015, p. 499, obs. S. LE GAC-PECH ; EDFP 2015, n° 8, p. 2, obs. J.-M. LARRALDE. - Dr. fam. 2015, Alerte 62, obs. J. COUARD.

<sup>5</sup> CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, *A.B.C. c. Irlande*, n° 25579/05 (spéc. §-241 : « En conséquence, considérant que les femmes en Irlande peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande, la Cour estime qu'en interdisant sur la base des idées morales profondes du peuple irlandais concernant la nature de la vie (paragraphes 222-227) et la protection à accorder en conséquence au droit à la vie des enfants à naître l'avortement pour des raisons de santé ou de bien-être sur son territoire, l'État irlandais n'excède pas la marge d'appréciation dont il jouit en la matière. Aussi considère-t-elle que l'interdiction litigieuse a ménagé un juste équilibre entre le droit des premières et deuxième requérantes au respect de leur vie privée et les droits invoqués au nom des enfants à naître. »), JCP (G) 2011, n° 3, act. 58, obs. M. LEVINET ; JCP (G) 2011, n° 4, act. 94, obs. F. SUDRE.

<sup>6</sup> CEDH, 5 sept. 2005, *Boso c. Italie*, n° 50490/99, RTD civ. 2003, p. 371 et s., obs. J.-P. MARGUÉNAUD. - CEDH, 19 mai 1992, *H. c. Norvège*, n° 17004/90.

l'intérêt général de santé publique<sup>1</sup>, la Cour EDH laisserait les États libres quant à la manière de régir la situation, sauf si la non-garantie du droit de disposer de son corps expose directement la vie du requérant.

En plus de garantir à l'individu la maîtrise de son corps y compris en cas de contrariété avec les intérêts du groupe familial, la liberté lui garantirait également le droit de nouer des relations de famille.

**368. Une liberté affective.** — Une autre déclinaison du principe de liberté dans les relations familiales consiste à garantir tout d'abord aux individus une liberté de nouer des liens affectifs avec les personnes de leur choix. Ainsi, il est reconnu aux individus une liberté de s'aimer, de vivre ensemble et de se marier avec la personne de leur choix (art. 12 de la Conv. EDH). En ce qui concerne la liberté de se marier, il convient de rappeler que la Cour EDH sanctionne les atteintes substantielles portées par les États à ce droit. En effet, si la Cour reconnaît aux États le droit de s'assurer de l'authenticité de l'intention matrimoniale, elle sanctionne toute mesure ayant pour effet de restreindre le droit de se marier<sup>2</sup>. Ainsi, il a pu être jugé que les États ne pouvaient restreindre pour des motifs de sécurité, la liberté de mariage des prisonniers<sup>3</sup>. De même, le fait de subordonner le mariage des étrangers à une procédure complexe et onéreuse constitue une atteinte disproportionnée à leur liberté de s'unir<sup>4</sup>. En ce qui concerne la liberté de se marier entre personnes de même sexe, il convient de rappeler que si la Cour EDH n'impose pas aux États la reconnaissance du droit au mariage entre personnes de même sexe, elle met en revanche à leur charge l'obligation de satisfaire le besoin de reconnaissance juridique et de protection des relations entre personnes de même sexe<sup>5</sup>. Il doit s'agir d'une reconnaissance juridique non pas symbolique, mais effective dans le sens où cette reconnaissance implique que soient accordés des droits aux couples homosexuels comme le soutien matériel mutuel, l'obligation alimentaire, les droits successoraux et une certaine protection en cas de rupture.

La liberté affective conduit ensuite à garantir aux individus une liberté de dénouer leurs liens affectifs. Ainsi, dans les rapports parents-enfants, on ne peut contraindre physiquement un parent à aimer son enfant. S'il est seul titulaire de l'autorité parentale, il peut consentir à son abandon. Dans le cas contraire, il peut s'en désintéresser affectivement du moment qu'il exécute à son égard les obligations légales qui lui incombent en qualité de parent.

<sup>1</sup> M.-L. MOQUET-ANGER, « Intérêt général et droit à la santé publique », in, *Mélanges Didier TRUCHET*, Dalloz 2015, p. 387 et s.

<sup>2</sup> Précisons toutefois qu'en raison d'une communauté de vue non encore consolidée sur la question, on ne peut pas considérer pour le moment l'interdiction du mariage entre personnes de même sexe comme constituant une violation de l'article 12 de la Conv. EDH.

<sup>3</sup> CEDH, 5 janv. 2010, *Frasik c. Pologne*, n° 22933/02, Dr. fam. 2010, comm. 37, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE.

<sup>4</sup> CEDH, 14 déc. 2010, *O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni*, n° 34848/07, JCP (G) 2010, p. 1321, obs. C. PICHERAL ; Dr. fam. 2011, alerte 8, obs. M. BRUGGEMAN.

<sup>5</sup> CEDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, D. 2015, p. 2160, note H. FULCHIRON, Dr. fam. 2015, alerte 68, obs. J. COUARD, Dr. fam. 2015, repère 11, obs. J.-R. BINET.

Dans les rapports de couple, la pérennité des relations dépend du bon vouloir des intéressés y compris dans le cadre du mariage pourtant considéré comme le mode de conjugalité le plus protecteur. En effet, au niveau national et européen, il est possible, même si la Cour EDH ne l'a jamais expressément reconnu, de soutenir l'existence d'un véritable droit au divorce<sup>1</sup>. Comme le relèvent fort à propos des auteurs, « à partir du jour où il se perçoit mal aimant ou mal aimé et dès lors mal marié, l'individu doit se voir reconnaître le droit de se dégager de son mariage en un minimum de temps et en un minimum de contraintes »<sup>2</sup> ; la garantie de son « droit au bonheur »<sup>3</sup> serait à ce prix. Ainsi, il a par exemple été jugé que l'incapacité des juridictions croates à mener à bien une procédure de divorce dans un délai raisonnable constitue une atteinte à la substance du droit de se remarier<sup>4</sup>.

En définitive, il convient de retenir que ce qui est fondamental c'est l'interdiction de contraindre physiquement une personne à des relations affectives. Ce constat reste aussi vrai pour tout ce qui a trait aux croyances de l'individu.

**369. Une liberté de croyance et de religion.** — De nombreux textes (art. 9 de la Conv. EDH, art. 18, §-4 de la PIDCP, art. 10 de la DDHC) garantissent la liberté de croyance et de religion et dressent comme limite à cette liberté, les intérêts collectifs tels que l'ordre, la sécurité et la santé publique, ainsi que les libertés individuelles d'autrui. Transposé dans le cadre des rapports familiaux, il convient de souligner que chaque membre du groupe familial se voit garantir une liberté de croyance et de religion qui trouve ses limites génériques dans les intérêts de la collectivité toute entière et ses limites spécifiques dans les intérêts de la famille<sup>5</sup>. Ainsi, dans les rapports de couple, chacun reste libre de pratiquer la religion qu'il s'est librement choisie à condition que ce choix n'ait pas d'incidence grave sur la vie conjugale et familiale<sup>6</sup>. De même, dans les relations parents-enfants, de nombreux textes (art.

<sup>1</sup> Voir, P. MALAURIE, H. FULCHIRON, *La famille*, 4<sup>e</sup> éd., Defrénois, 2011, n° 534, p. 237 et s. - J. HAUSER, J.-Cl. Civil Code, Art. 229, fasc. unique, Cas de divorce : généralités, n° 4. - E. MILLARD, *Famille et droit public*, LGDJ, 1995, p. 209, n° 287. - P. ARDANT, « Aspects de l'évolution récente du droit de la famille ; rapport français », in, *Travaux de l'association Henri CAPITANT*, t. XXXIX, 1988, p. 81 et s. - A. BÉNABENT, « La liberté individuelle et le mariage », RTD civ. 1973, p. 440.

<sup>2</sup> J.-L. RENCHON, F. REUSENS, G. WILLEMS, « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », *op. cit.* p. 134.

<sup>3</sup> Sur le droit au bonheur, voir par exemple, J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Répertoire du notariat Defrénois, 1979, pp. 171-172. E. du PONTAVICE « Droit de la famille et droit au bonheur », in, *Mélanges P. VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 678 et s. - Réseau européen de Recherche des droits de l'Homme (dir.), *Le droit au bonheur* (Actes du colloque organisé les 3 et 4 décembre 2014 à la Faculté de droit de Limoges), Institut Universitaire Varenne, 2016.

<sup>4</sup> CEDH, 27 nov. 2012, *V. K. c. Croatie*, n° 38380/08, Dr. fam. 2013, étude. 3, obs. A. GOUTTENOIRE.

<sup>5</sup> Pour une analyse approfondie de l'effectivité de la liberté de religion dans les rapports familiaux, voir, J.-M. HISQUIN, *Liberté de religion et droit de la famille*, th. dactyl. Lyon 3, 2012. URL : [http://www.droit-tj.fr/IMG/pdf/these\\_hisquin.pdf](http://www.droit-tj.fr/IMG/pdf/these_hisquin.pdf)

<sup>6</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 janv. 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, 505, note BARBIER. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juin 2007, n° 05-18735, Dr. fam. 2007, comm. 168, note V. LARRIBAU-TERNEYRE.

Pour une analyse approfondie, voir par exemple, J. VASSAUX, *Liberté individuelle et devoirs personnels des époux*, th. dactyl. Lille, 1989.

2 du Protocole 1 de la Conv. EDH, art. 13, §-3 de la PIDESC et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne) reconnaissent aux parents le droit de donner une éducation à leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. Néanmoins, il convient de souligner que cette liberté trouve ses limites dans le droit à l'instruction des enfants<sup>1</sup> notamment « le droit d'avoir une connaissance suffisante des faits religieux »<sup>2</sup>.

Dans un esprit de synthèse, il convient de retenir dans le cadre des rapports familiaux que si chacun est libre de pratiquer sa religion comme il l'entend, cette pratique doit, d'une part, être compatible avec l'impératif d'une vie familiale normale et, d'autre part, ne doit pas faire courir un danger à l'enfant. Dans le cas contraire, il faut retenir qu'on ne peut toutefois pas contraindre le pratiquant à renoncer à ses convictions religieuses ; soit il consent à revenir à une pratique compatible avec l'impératif d'une vie familiale normale ou à une pratique qui ne met pas en danger ses enfants, soit l'État prend des mesures destinées à protéger ces derniers. En définitive, faire de la liberté un principe directeur dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille suppose qu'on intègre l'idée suivant laquelle le traitement d'un conflit d'intérêts ne peut avoir pour conséquence de contraindre directement l'une des parties à subir une atteinte physique ou psychique. Partant, ce principe serait mobilisable dans toute configuration conflictuelle dans laquelle les intérêts revendiqués par une partie nécessiteraient pour leur satisfaction, l'imposition d'une contrainte physique ou psychique à son adversaire. Après avoir saisi les contours du principe de liberté et précisé son domaine d'application, il convient de renouveler cette démarche pour le principe d'égalité élevé également au rang de principe directeur.

### ***c) Le principe d'égalité dans les relations familiales***

**370.** Il s'agit du principe directeur le mieux fixé aujourd'hui en ce sens qu'il y a un consensus sur ses contours et que sa mise en œuvre ne soulève plus de difficultés insurmontables<sup>3</sup>. Concrètement, le principe d'égalité, qui implique de traiter de la même manière les personnes se trouvant dans des situations équivalentes, se décline dans les rapports familiaux en égalité procédurale et en égalité substantielle.

<sup>1</sup> CEDH, 30 juin 1993, *Nilsson c. Suède*, n° 17678/91 ; CEDH, 8 sept. 1993, *Bernard et autres c. Luxembourg*, n° 17187/90, AJDA 1994, p. 30, chron. J.-F. FLAUSS.

Pour une analyse approfondie, voir par exemple, G. GONZALEZ, « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme » RFDA, 2010, n° 5, p. 1003 - G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions*, préf. L. DUBOIS, Economica, 1997 - M. LEVINET « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », in, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC, J.-P. AGRESTI (dir.), *Les rapports parents-enfants en quête de repères*, PUAM, 2011, p. 71 et s.

<sup>2</sup> Voir par exemple, CEDH, 9 sept. 1992, *Herman Sluijs c. Belgique*, n° 17568/90.

<sup>3</sup> Ce principe ayant fait l'objet de précédents développements (voir supra n°38 et 173), les lignes qui vont suivre se contenteront de faire ressortir uniquement les implications importantes de ce principe lorsqu'il est utilisé comme guide dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

Pour ce qui est de l'égalité procédurale, il convient de souligner qu'il s'agit en l'espèce d'une transposition au droit de la famille des garanties procédurales reconnues à toute personne partie à un procès<sup>1</sup>. En effet, de nombreux textes (art. 6 §-1 de la Conv. EDH, art. 14 et 26 du PIDCP) garantissent aux parties à un procès, le droit à un traitement égalitaire. Concrètement, serait inéquitable, le procès qui se déroulerait « dans des conditions de nature à placer injustement une partie dans une situation désavantageuse »<sup>2</sup> par rapport à son adversaire. Cela induit par exemple de ne pas priver injustement une partie du droit d'accès à un tribunal<sup>3</sup>, ou encore du droit d'obtenir un jugement à l'issue d'une procédure offrant les garanties d'équité, de célérité et de publicité<sup>4</sup>, ou enfin du droit d'obtenir dans un délai raisonnable l'exécution dudit jugement devenu définitif<sup>5</sup>.

Pour ce qui est de l'égalité substantielle, il faut retenir qu'elle se décline à la fois au sein du couple, mais aussi entre enfants.

Au sein du couple tout d'abord, le principe d'égalité se décline dans les rapports conjugaux et dans les rapports parentaux.

En ce qui concerne l'égalité dans les rapports conjugaux, il convient de relever à propos du couple non marié qu'il existe différents textes<sup>6</sup> qui assurent aux concubins ou partenaires une égalité de droits et de devoirs dans le cadre de leur vie commune. Pour les couples mariés en revanche, l'article 5 du Protocole additionnel n° 7 de la Conv. EDH vient spécifiquement faire de l'égalité entre époux un principe « d'ordre public »<sup>7</sup> ; ce qui implique une égalité de pouvoirs dans la direction du foyer, une égalité de droits et de devoirs issus du mariage lui-même<sup>8</sup>, ainsi qu'une égalité dans l'accès au divorce<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Voir par exemple, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, V° Procès équitable - L. CADIET (dir.) *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004, V° Procès équitable. - S. GUINCHARD (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, 2014, Chapitre 212, n° 212-10 et s. - S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel*, 8<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, p. 989 et s. - L. CADIET, J. NORMAND, S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2013, p. 561 et s.

<sup>2</sup> CEDH, 30 oct. 1991, *Borgers c. Belgique*, n° 12005/86.

<sup>3</sup> Voir par exemple, CEDH, 13 oct. 2009, *Selin Asli Östürk c. Turquie*, n° 39523/03, Rev. crit. DIP 2010, p. 498, note F. MARCHADIER.

<sup>4</sup> Un jugement étranger de répudiation qui méconnaît le principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage ne peut être exécuté en France. Voir par exemple, CEDH, 8 nov. 2005, *D. D. c. France*, n° 3/02. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.751, Dr. fam. 2014, comm. 174, note M. FARGE.

<sup>5</sup> Voir par exemple, CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, D. 1997, n° 6, p. 74, note N. FRICÉRO.

<sup>6</sup> Article 1 de la DDHC (égalité de valeur entre les personnes), article 6 de la DDHC (égalité devant la loi) article 13 de la DDHC (égalité devant l'impôt), alinéa 3 du préambule de la Constitution de 1946 (égalité entre homme et femme), article 14 de la Conv. EDH (principe de non-discrimination) combiné avec l'article 8 de la même Convention.

<sup>7</sup> M. LAMARCHE, J.-J. LEMOULAND, *Rép. civ. Dalloz*, V° Mariage, n° 15.

<sup>8</sup> Il a été jugé que la législation turque qui impose à la femme mariée le patronyme de l'époux comme nom de famille était contraire aux articles 14 et 8 de la Convention combinés (CEDH, 16 nov. 2004, *Unal Tekeli c. Turquie*, n° 29865/96, RTD civ. 2005, p. 343, obs. J.-P. MARGUÉNAUD). De même, a été jugée discriminatoire la législation britannique sur l'immigration qui opérait une distinction entre les étrangers selon leur sexe quant à l'entrée et au séjour de leur conjoint non national (CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81, JDI 1986, p. 1084, obs. P. ROLLAND). Aussi, la législation suisse qui ne permettait pas au mari d'adopter à son propre le nom de sa femme à titre d'usage a été jugée

En ce qui concerne l'égalité dans les rapports parentaux, il convient de relever qu'est reconnue aux parents, une égalité de droits dans leurs rapports avec leurs enfants ; ce qui implique une égalité dans la transmission du nom<sup>2</sup>, une égalité de droits en matière de garde et d'autorité parentale sauf si l'intérêt de l'enfant commande une autre solution<sup>3</sup>.

Dans les rapports entre enfants<sup>4</sup> ensuite, il convient de souligner que l'égalité est garantie à la fois par le truchement des textes généraux interdisant les discriminations (art. 14 et 8 de la Conv. EDH par exemple), mais aussi par le truchement de textes spécifiques relatifs aux droits des enfants (art. 2 et 16 de la CIDE). En la matière, il convient de rappeler tout d'abord que dans le domaine patrimonial, c'est principalement grâce à la jurisprudence de la Cour EDH que le respect du principe d'égalité entre enfants est devenu quasi absolu<sup>5</sup>. Dans le domaine extrapatrimonial ensuite, il faut rappeler que depuis la loi du 4 mars 2002, le législateur s'est efforcé d'unifier les règles en matière d'établissement et de contestation de la filiation en ne les faisant globalement plus dépendre des circonstances entourant la conception et la naissance de l'enfant. Cependant, des différences demeurent comme en témoignent la présomption de paternité du mari ou encore l'interdiction d'un double lien de filiation au profit de l'enfant incestueux. Ces différences viennent rappeler fort à propos que le principe d'égalité n'est pas un principe absolu puisqu'il n'empêche pas de traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations objectivement différentes.

En fin de compte, il convient de retenir qu'en vertu du principe d'égalité, le traitement des conflits d'intérêts ne peut, sauf justification objective et raisonnable aboutir à l'instauration d'une inégalité au sein du couple ou à une inégalité entre enfants, que ce soit sur le plan

discriminante, car cette différence de traitement manque selon la Cour de justification objective et raisonnable (CEDH, 22 févr. 1994, *Burghartz c. Suisse*, n° 16213/90, JCP (G) 1995, I, 3823, n° 31, chron. F. Sudre).

<sup>1</sup> Il a été jugé qu'une répudiation unilatérale était contraire au principe d'égalité entre époux ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), *Rev. crit. DIP* 2004, p. 423, note P. HAMMJE ; D. 2004, p. 815, note P. COURBE ; JCP (G) 2004, p. 1481, note H. FULCHIRON. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 oct. 2005, D. 2006, pan. 1503, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 mars 1997, D. 1997, p. 400, note M.-L. NIBOYET - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 5 janv. 1999, D. 1999, p. 671, note E. AGOSTINI ; JDI 2001, p. 1293, note J. RUBELLIN-DEVICHI - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 2014, n° 13-17.124.

<sup>2</sup> La législation italienne, qui ne permet pas au couple marié de transmettre à leur premier enfant le nom de famille de la mère, est jugée discriminatoire au regard des articles 14 et de l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention : CEDH, 7 janv. 2014, *Cusan et Fazzo c. Italie*, n° 77/07, JCP (G) 2014, act. 108, obs. H. SURREL ; JCP (G) 2014, doctr. 832, chron. F. SUDRE.

<sup>3</sup> CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, D. 1994, p. 327, obs. J. HAUSER. À noter que seul l'intérêt de l'enfant peut justifier la restriction des droits parentaux d'un de ses parents ; ainsi, ni l'orientation sexuelle ni les croyances religieuses d'un des parents (voir par exemple, CEDH, 12 févr. 2013, *Vojnity c. Hongrie*, n° 29617/07, *Dr. fam.* 2013, comm. 70, obs. K. GARCIN) ne sauraient justifier une différence de traitement dans l'exercice des responsabilités parentales.

<sup>4</sup> Sur le principe d'égalité entre enfants, voir par exemple, P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 395 et s.

<sup>5</sup> Voir par exemple, CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74 spéc. §-58 ; GACEDH, 2011, n° 51 ; JDI 1982, p. 183, note P. ROLLAND. - CEDH, 1<sup>er</sup> févr. 2000, *Mazurek c. France*, GACEDH, n°51, PUF 2005 ; JCP (G) 2000, II, 10286, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT, F. SUDRE ; RTD civ. 2000, p. 311, obs. J. HAUSER ; RTD civ. 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. - CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08 ; D. 2013, p. 434, obs. I. GALLMEISTER ; *Dr. fam.* 2013, focus 11, obs. M. LAMARCHE ; D. 2013, Pan. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *Dr. fam.* 2014, étude 12, spéc. n° 5, obs. A. GOUTTENOIRE.

procédural ou substantiel. Ce qui justifie donc sa mobilisation dans le traitement des conflits d'intérêts, toutes les fois qu'une partie souffrira d'une différence de traitement dans le cadre de ses rapports familiaux.

À présent, il convient de renouveler cette démarche de fixation des contours des principes de traitement des conflits d'intérêts à propos du principe de protection de la confiance légitime.

#### ***d) Le principe de protection de la confiance légitime***

**371. Considérations générales.** — Le principe de protection de la confiance légitime<sup>1</sup> « exprime l'idée que, lorsqu'une autorité publique suscite chez un particulier l'attente d'un comportement, le maintien d'une norme ou l'intervention d'une décision et que cette attente est fondée sur des circonstances qui la rendent justifiée ou légitime, cette autorité doit en tenir compte d'une manière appropriée »<sup>2</sup>. Il s'agit d'« un principe essentiellement conservateur, puisqu'il permet à celui qui a obtenu quelque chose de la maintenir (...) »<sup>3</sup> contre toute tentative de remise en cause émanant du législateur, de l'administration ou d'autrui par le truchement d'une action en justice. Ce principe postule donc à une stabilité des rapports juridiques ce qui en fait « une des facettes de la sécurité juridique qui est elle-même une composante de l'État de droit »<sup>4</sup>.

Toutefois, il convient de souligner que ce principe que nous tentons d'élever au rang de principe directeur de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille<sup>5</sup> n'a pas toujours été reçu avec bienveillance en droit interne<sup>6</sup>, justifiant selon l'expression d'un auteur sa qualité de « passager clandestin »<sup>7</sup> du système normatif français. Néanmoins, il faut bien reconnaître qu'en dépit de ce manque de consécration légale, il est difficile de nier que notre

<sup>1</sup> Sur ce principe, voir par exemple, P. MOUZOURAKI, *Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais : un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens*, Bruylant, 2011. - J. SCHWARZE (dir.), *Droit administratif européen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2009, spéc. Chap. VI. - S. CALMES, *Du principe de confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préf. D. TRUCHET, Dalloz, 2001.

<sup>2</sup> J.-M. WOEHLING, « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? » in, *Mélanges Jean WALINE*, Dalloz, 2002, p. 749

<sup>3</sup> D. TRIANTAFYLLOU, « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », RFDA 2000, p. 246.

<sup>4</sup> F. MELLERAY, « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », *Droit et Société* 2004, n° 56-57, p. 143 et s., spéc. p. 147.

<sup>5</sup> Pour une démarche similaire en droit des obligations, voir, C. AMATO, « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation » *Revue des contrats* 2013, n° 1, p. 351 et s.

<sup>6</sup> À propos des arguments invoqués en France à l'encontre de l'adoption du principe de confiance légitime, voir par exemple, J.-M. WOEHLING « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? » in, *Mélanges Jean WALINE, op. cit.*, p. 749 et s. spéc. pp. 765-772 ; S. CALMES, *Du principe de confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, op. cit.*, p. 481 et s.

De manière succincte, on peut relever qu'il est reproché au principe de confiance légitime d'être d'inspiration subjective et donc peu compatible avec les orientations objectives du droit. En effet, son invocation à l'encontre des intérêts généraux aboutirait à la recherche d'un équilibre raisonnable dans le cas concret ; la démarche se veut donc casuistique et par conséquent génératrice d'incertitude.

<sup>7</sup> B. MATHIEU, « La sécurité juridique, un principe clandestin mais efficient », in, *Mélanges Patrice GÉLARD*, Montchrestien 2000, p. 301.

droit y compris dans les rapports familiaux protège la confiance légitime des particuliers. En effet, l'invocation du mécanisme de la non-rétroactivité des lois nouvelles<sup>1</sup>, ou de l'autorité de la chose jugée<sup>2</sup> aboutit à la protection de la confiance légitime. Ce qui signifie que même si le changement du droit est nécessaire ou si le désir de modification d'un rapport juridique exprimé par les tiers peut être considéré comme légitime, la préservation de la stabilité, parce qu'elle est indispensable au libre épanouissement de l'individu, permet à autrui de poser une limite au dit changement.

Il ressort de ces constatations que le principe de protection de la confiance légitime vise à protéger l'individu à qui l'ordre juridique reconnaît une qualité ou un droit particulier, de défendre cet acquis lorsqu'il est menacé par l'autorité publique ou par un tiers, à condition de satisfaire les conditions de protection exigées par le droit<sup>3</sup>.

### **372. La légitimité de la confiance, condition nécessaire de la protection<sup>4</sup>. —**

L'évaluation de la légitimité de la prévision à la stabilité d'un droit ou d'une situation juridique n'est pas forcément subjective puisqu'il est possible de la faire reposer sur des critères objectifs.

Ainsi, lorsque la situation ou le droit a été obtenu de façon régulière, c'est-à-dire conformément à la loi — sans fraude ni silence dolosif —, l'espérance en sa stabilité découle directement de l'autorité de la loi. La légitimité de la confiance se trouve présumée et cette présomption devient même irréfragable lorsque la loi empêche la remise en cause du droit ou de la situation, soit en raison de l'écoulement d'un délai d'action, soit en raison de l'épuisement des voies de recours.

En revanche, lorsque la situation ou le droit a été obtenu de façon irrégulière, les manœuvres réalisées en vue de créer l'apparence d'une éligibilité légale ou plus généralement la connaissance du vice affectant sa régularité rendent l'espérance en sa stabilité illégitime ; l'illégitimité est alors présumée. Cependant, cette présomption peut être surmontée par la preuve contraire. Et le seul moyen de prouver la légitimité quant à la prévision de stabilité d'un droit ou d'une situation juridique irrégulièrement acquise consiste à exciper un effacement du sentiment d'illégitimité et partant une consolidation du sentiment de légitimité du fait de l'écoulement du temps ; on pense naturellement aux délais de prescription acquisitive. Par exemple, lorsque des futurs époux cachent l'existence d'empêchements à mariage et réussissent à faire célébrer leur union, ils ne peuvent, au nom du principe de

<sup>1</sup> À propos de la non-rétroactivité des lois nouvelles, voir supra n°122

<sup>2</sup> À propos de l'autorité de la chose jugée, voir supra n°245 et s.

<sup>3</sup> Pour une application du principe de confiance légitime en droit de la famille, voir, supra n°158 et s.

<sup>4</sup> Ce qui signifie qu'on ne peut pas revendiquer la stabilité des rapports juridiques si l'on a conscience de leur précarité ou du vice affectant leur constitution. Pour une illustration, voir par exemple, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08 ; D. 2013, p. 434, obs. I. GALLMEISTER ; Dr. fam. 2013, focus 11, obs. M. LAMARCHE ; D. 2013, Pan. 1436, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; Dr. fam. 2014, étude 12, spéc. n° 5, obs. A. GOUTTENOIRE.

protection de la confiance légitime, s'opposer à une remise en cause de cette qualité d'époux irrégulièrement acquise, sauf à justifier d'une jouissance trentenaire de ladite qualité (art. 184 du C. civ.).

En définitive, la confiance étant au cœur des rapports juridiques, on ne peut raisonnablement pas ignorer son importance dans le traitement des conflits d'intérêts. Elle doit être mobilisée comme principe toutes les fois que la satisfaction d'un intérêt conflictuel est susceptible de remettre en cause un droit ou une situation juridique définitivement fixée. Comme tous les autres principes directeurs, le principe de confiance indique la marche à suivre, un essentiel à préserver qui est loin d'être absolu ; d'où l'intervention des principes correcteurs.

## **2) Les principes correcteurs du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille**

**373.** Pour rendre plus prévisible le traitement des conflits d'intérêts, il a été proposé une articulation dudit traitement autour de principes directeurs et de principes correcteurs. Si les premiers renseignent sur le traitement à donner aux conflits d'intérêts, les seconds corrigent dans le cadre d'une configuration conflictuelle précise, les effets non désirables des premiers. Ce rôle de correction ou d'adaptation sera en l'espèce joué par le principe de l'intérêt de l'enfant (a), le principe de proportionnalité (b), et enfin le principe de responsabilité (c).

### ***a) Le principe de l'intérêt de l'enfant***

**374.** Le droit à un environnement sain, à une construction identitaire satisfaisante, à la pérennité de ses liens affectifs constituent dans l'abstrait des besoins essentiels pour tout enfant. Dès lors, une primauté est donnée par le droit à leur satisfaction. Cependant, lorsqu'on descend dans la singularité des situations personnelles, il peut arriver que cette conception commune du bien-être des enfants se révèle inadaptée. Il conviendra alors d'adapter l'application du principe de primauté des besoins de l'enfant à la situation concrète de l'enfant concerné ; tel est le rôle du principe correcteur de l'intérêt de l'enfant. Cela revient à retenir que la priorité devrait être donnée à la satisfaction des besoins de l'enfant dans la limite de ce qu'exige son intérêt dans la situation concrète qui est à juger<sup>1</sup>. Par exemple, si la pérennité des

---

<sup>1</sup> On l'aura compris, les besoins de l'enfant qui constituent selon notre proposition un principe directeur du traitement des conflits d'intérêts, renverraient à l'abstrait, c'est-à-dire à une norme générale, une référence applicable à l'ensemble des enfants. En revanche, l'intérêt de l'enfant correspondrait à une appréciation concrète d'une situation bien précise ; il constitue pour ainsi dire, un principe correcteur permettant en raison de la situation concrète de l'enfant de ne pas garantir un besoin de l'enfant.

Cette proposition qui tend à faire des besoins de l'enfant un principe directeur et de l'intérêt de l'enfant un principe correcteur a principalement pour avantage d'éviter l'opposition entre les notions d'intérêt de l'enfant appréhendé *in abstracto* et d'intérêt de l'enfant appréhendé *in concreto* (sur cette opposition, voir par exemple,

liens affectifs de l'enfant constitue un besoin qu'il convient de lui garantir, il peut arriver au regard de la situation concrète de l'enfant qu'une autre solution soit retenue. En droit interne, ce rôle correcteur transparaît de nombre de dispositions légales à l'instar des articles 371-4 et 371-5 du C. civ. En effet, si le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants est un besoin de l'enfant, son intérêt peut faire obstacle à l'exercice de ce droit (art. 371-4 du C. civ.). Dans la même veine, si au rang des besoins de l'enfant figure la nécessité de le maintenir au sein de sa famille et plus précisément au sein de sa fratrie, son intérêt peut constituer un obstacle à la satisfaction de ce besoin (371-5 du C. civ.).

Au regard de ces développements, il convient de retenir que le principe de l'intérêt de l'enfant permet d'apprécier dans une situation concrète, l'opportunité d'une solution tendant uniquement vers la garantie des besoins de l'enfant. Il s'agit donc d'un principe correcteur spécifique qui n'a vocation à s'appliquer que pour adapter l'application pure et simple du principe de primauté des besoins de l'enfant.

À côté de ce principe correcteur, il existe d'autres qu'on peut qualifier de génériques dans le sens où ils sont destinés à corriger les conséquences inadaptées des principes directeurs en général.

### ***b) Le principe de proportionnalité***

**375. La notion de proportionnalité.** — La proportionnalité serait d'après un auteur « un mode normatif, concret et effectif, de régulation juridictionnelle en vue de la détermination du juste équilibre dans la relation entre des intérêts autonomes a priori concurrents »<sup>1</sup>. Il s'agit d'un instrument d'arbitrage entre intérêts antagonistes tourné vers la recherche d'une solution juste, adaptée à la particularité de l'espèce<sup>2</sup>. Dès lors, la proportionnalité ne peut être saisie qu'à travers la fonction qu'elle accomplit, les buts concrets qu'elle poursuit puisqu'« en soi, la proportionnalité n'est pas. La proportionnalité sert concrètement à »<sup>3</sup>. Ainsi, dans le système fonctionnel de traitement des conflits d'intérêts que nous tentons d'élaborer, il peut être retenu pour l'heure<sup>4</sup> que la proportionnalité servira à modérer les conséquences déraisonnables d'une application des principes directeurs.

---

J.-P. SERVEL, *La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales*, th. dactyl. Aix en Provence, 1978, p. 75 et s. - P. BONFILS, A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, 2<sup>e</sup> éd., op. cit., n° 96 et s.) qui complexifie le discours juridique plus qu'il ne l'éclaire.

<sup>1</sup> P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. SUDRE, t. 1, PUAM, 2005, p. 299.

<sup>2</sup> Cette recherche d'une solution adaptée et donc circonstancielle vaut à la proportionnalité de nombreux reproches quant à la prévisibilité des traitements. Voir par exemple, E. BALLOT, *Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux*, préf. J.-F. CÉSARO, éd. Mare et Martin, 2014, p. 393 et s. - S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme*, préf. F. TULKENS, F. OST, PFUSL, 2001, p. 294 et s.

<sup>3</sup> P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 299.

<sup>4</sup> Les développements à venir mettront en lumière la richesse fonctionnelle du principe de proportionnalité dans le traitement des conflits d'intérêts.

Concrètement, il sera question d'éviter que l'application pure et simple d'un principe directeur éligible ne remette en cause la protection d'un besoin social impérieux<sup>1</sup> garanti par le législateur. Puisqu'il est question de défendre un besoin social impérieux<sup>2</sup>, en raison de l'importance de cet objectif, une prééminence sera donnée à sa satisfaction, sauf si la réalisation du contrôle de proportionnalité débouche sur le constat d'un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts protégés par le truchement du principe directeur éligible.

Reste alors à déterminer la manière dont cette recherche de modération est susceptible d'être réalisée.

**376. Le contenu du contrôle de proportionnalité.** — Même si le contrôle de proportionnalité peut faire l'objet d'une adaptation en fonction de la juridiction qui y a recours, on s'entend traditionnellement sur le fait qu'il s'opère nécessairement sur le fondement de trois critères cumulatifs<sup>3</sup> : le critère d'utilité ou d'aptitude de la mesure, le critère de nécessité ou d'intensité de la mesure, et le critère de proportionnalité au sens strict qui consiste à réaliser une pesée concrète des intérêts en présence.

À travers le critère d'utilité tout d'abord, il convient de vérifier, d'une part, s'il existe un but légitime poursuivi par la loi et qui justifierait la dérogation à l'application pure et simple du principe directeur éligible, et, d'autre part, si cette dérogation peut constituer un moyen pertinent pour atteindre ce but. En d'autres termes, il convient en se référant au but poursuivi de se demander si la dérogation à l'application pure et simple du principe directeur éligible constitue un moyen d'atteindre le but légitime visé. Par exemple, en matière de vaccination obligatoire, la non-concrétisation du principe de liberté pris au sens d'inviolabilité du corps humain peut participer à la préservation de la santé publique considérée ici comme le but légitime antagoniste poursuivi par la loi.

À travers le critère de nécessité ensuite, il convient de vérifier si la non-réalisation du principe directeur éligible constitue, parmi les différents moyens aptes à la réalisation des objectifs contraires poursuivis par le législateur, le moyen générant le moins de préjudice, le minimum de contrainte pour la partie dont les intérêts se trouvent ainsi frustrés. La question à se poser est la suivante : est-ce que la non-application pure et simple du principe directeur

<sup>1</sup> S'il s'agit le plus souvent d'un intérêt général, le besoin social impérieux peut correspondre à la protection d'un intérêt privé (protection de la personne contre elle-même ou protection des intérêts d'autrui). Le plus important c'est que l'intérêt ainsi défendu constitue un objectif légitime dans une société démocratique.

<sup>2</sup> Il ne s'agit pas d'un besoin « simple », mais d'un besoin « important » « crucial » pour la sauvegarde de l'organisation économique, politique et sociale d'un pays. L'exigence d'un caractère impérieux du besoin poursuivi par le législateur découle de la jurisprudence de la Cour EDH. Voir par exemple, CEDH, gr. ch., 28 oct. 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France*, n° 24846/94, 34165/96, 34173/96, spéc. §-57, RTD civ. 2000, p. 436, obs. J.-P. MARGUÉNAUD.

<sup>3</sup> Voir par exemple, P. MUZNY, « Proportionnalité », in, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA et alii, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 643. - M. MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004, p. 484, n° 827.

éligible constitue le moyen le moins grave d'atteindre le but poursuivi ? Si la réponse est négative, c'est-à-dire qu'il existe d'autres moyens alternatifs moins graves permettant d'atteindre le même but, la non-application du principe éligible n'est pas considérée comme nécessaire. En termes imagés, il s'agit « de savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon »<sup>1</sup>. Ainsi, en rendant par exemple obligatoire la vaccination contre la grippe saisonnière, le législateur poursuit certes l'objectif de préservation de la santé publique, mais au regard de la charge de morbidité faible d'une telle maladie (environ 1% en France)<sup>2</sup>, le moyen qui consisterait à obliger les individus à se faire vacciner ne serait pas approprié. D'autres mesures comme la suppression ou la diminution du taux de la prise en charge thérapeutique de cette affection, tout en étant aptes à participer à la réalisation du besoin de santé publique, seraient moins contraignantes pour l'individu.

À travers le critère de proportionnalité au sens strict enfin, il est question de réaliser une pesée concrète des intérêts afin de déterminer lequel parmi les intérêts conflictuels pèse le plus lourd au regard des circonstances de l'espèce. Concrètement, cela revient dans notre système à évaluer les conséquences — au regard des circonstances de l'espèce — de la non-application pure et simple du principe directeur éligible. Pour ce faire, il convient de se demander — par le biais d'une appréciation *in concreto* — si la non-application du principe directeur éligible, malgré son caractère utile et nécessaire, n'entraîne pas des conséquences déraisonnables au regard des intérêts en cause. Si la réponse est positive, c'est-à-dire que les conséquences de la non-application du principe directeur sont jugées déraisonnables, cela signifie qu'il faudra reconnaître aux intérêts garantis par le truchement dudit principe directeur, un poids supérieur au but légitime antagoniste. Par exemple, même si le besoin de sécurité juridique et de paix des familles constitue un intérêt impérieux dont la prééminence sur la liberté d'établissement ou de contestation du lien de filiation est jugée utile et nécessaire, il peut arriver au regard des circonstances de l'espèce — accord de toutes les parties pour la contestation du lien de filiation en dépit de la prescription de l'action —, qu'on juge la liberté d'anéantir le lien de filiation dans cette configuration factuelle bien précise, supérieure à l'intérêt général de sécurité juridique<sup>3</sup>.

Au terme de cette présentation du principe de proportionnalité, il conviendra ensuite d'appréhender le principe de responsabilité également élevé au rang de principe correcteur.

<sup>1</sup> W. JELLINEK, cité par X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, PUAM, 1990, page de garde.

<sup>2</sup> Calcul réalisé à partir de la fourchette haute des estimations de décès (2000 par an) et de la fourchette basse des estimations de contamination annuelle (2 millions) fournies par l'Institut Pasteur sur son site internet.

<sup>3</sup> Voir par Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 juin 2015, n° 14-20790, Dr. fam. 2015, comm. 163, obs. C. NEIRINCK et surtout nos précédents développements sur le contournement des fins de non-recevoir (Voir supra n°269 et s.)

### c) Le principe de responsabilité

377. Issu du terme latin *respondere*, le mot responsabilité renvoie au fait de « se porter garant », de « répondre de »<sup>1</sup> ses actes. En érigeant la responsabilité en principe correcteur de notre système de traitement des conflits d'intérêts, il s'agira principalement de tenir compte dans ledit traitement, du comportement socialement inadapté d'une des parties. Par « comportement socialement inadapté » se trouve visé un défaut de diligence ou une violation d'une règle prescriptive de comportement à l'origine d'un désavantage dont se plaint l'une des parties.

Concrètement, l'objectif poursuivi consiste à éviter que la mobilisation des principes directeurs ne conduise à la satisfaction pure et simple des intérêts d'une partie qui se plaint d'une situation qu'elle a elle-même contribué à créer en raison de son manque de diligence ou en raison de la violation d'une règle de droit<sup>2</sup>. D'ailleurs, la Cour EDH a eu l'occasion de mobiliser cette règle de bon sens à plusieurs reprises en rappelant que, « nul ne saurait se plaindre d'une situation qu'il a lui-même pu contribuer à créer »<sup>3</sup>. Par exemple, il serait malvenu qu'une partie qui abuse de manœuvres dilatoires au cours d'un procès reproche avec succès à l'État la longueur de cette procédure. De même, il serait malvenu que des parents d'intention qui recourent à une gestation pour autrui à l'étranger reprochent avec succès à l'État français de ne pas donner plein effet à cette situation en acceptant de transcrire sur les registres de l'état civil, les actes de naissance étrangers des enfants issus d'un tel processus<sup>4</sup>. Précisons toutefois que le principe de responsabilité n'a pas pour but d'alourdir le traitement des conflits d'intérêts avec une action en responsabilité civile ; il s'agit simplement de prendre en compte le comportement des parties dans le contrôle d'adéquation de la solution projetée. Autrement dit, le principe de responsabilité ne constitue pas un principe correcteur autonome. Lorsqu'il est mobilisable, il doit simplement être intégré au contrôle de proportionnalité. Une fois les principes de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille identifiés, il convient ensuite d'envisager la manière de les articuler en système opérationnel de traitement.

<sup>1</sup> Voir par exemple, M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », APD 1977, t. 22, p. 45 et s. - J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'application du mot responsabilité », APD 1977, t. 22, p. 61 et s. - D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, V° Responsabilité.

<sup>2</sup> Il convient toutefois de préciser que la prise en compte du principe de responsabilité n'a pas pour but de rendre purement et simplement l'intérêt de son porteur illégitime. Malgré la survenance du comportement défectueux qui explique en tout ou en partie la survenance du conflit, la satisfaction de l'intérêt de l'auteur du comportement peut encore être envisagée, mais pas dans les mêmes conditions que s'il avait eu un comportement adéquat. En d'autres termes, le principe de responsabilité permet de garantir une certaine éthique dans le traitement des conflits d'intérêts.

<sup>3</sup> CEDH, 30 janv. 2003, *Freimanis et Lidums c. Lettonie*, n° 73443/01. - CEDH, 29 avril 2008, *Mc Donald c. France* n° 18648/04. - CEDH, 6 mai 2004, *Hussin c. Belgique*, n° 70807/01.

<sup>4</sup> Toutefois, il reste possible aux parents d'obtenir indirectement satisfaction en invoquant le « droit à l'identité » des enfants ainsi conçus (CEDH, 26 juin 2014, *Menesson et Labassée c. France*, n° 65192/11 et n° 65941/11, Dr. fam. 2014, comm. 128, note C. NEIRINCK - TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07497, n° 14/07499, et n° 14/07503).

## **B — L'ARTICULATION DES PRINCIPES EN SYSTÈME OPÉRATIONNEL DE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS**

**378.** Structurer le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille autour des principes identifiés induit un raisonnement en deux temps. Dans un premier temps, il convient de sélectionner le principe directeur applicable. Dans un second temps, il convient d'évaluer la nécessité d'adapter, au regard des circonstances de l'espèce, la solution à laquelle conduit l'application du principe directeur éligible. Cependant, il convient de relever que cette logique intellectuelle n'est pas toujours évidente à réaliser face à la diversité des configurations conflictuelles qu'on retrouve en pratique. Pour la rendre intelligible, il convient d'envisager la manière dont les principes directeurs et correcteurs s'articulent lors de la mise en œuvre du modèle systémique de traitement des conflits d'intérêts proposé. Concrètement, on constate qu'une telle articulation diffère selon que le modèle systémique vise la régulation des conflits d'intérêts, dans une configuration conflictuelle idéale (1) ou dans une configuration conflictuelle complexe (2).

### **1) L'articulation des principes en présence d'une configuration conflictuelle idéale**

**379.** Qualifier une configuration conflictuelle d'idéale signifie que lui est transposable la logique intellectuelle de traitement des conflits d'intérêts qui suppose, d'identifier tout d'abord le principe directeur mobilisable (a) pour évaluer ensuite la nécessité d'adapter la solution projetée au regard des particularités de l'espèce (b).

#### ***a) La sélection du principe directeur applicable***

**380.** La sélection du principe directeur applicable suppose au préalable une identification des intérêts en conflit. En effet, c'est à l'aune des intérêts conflictuels que se réalise le processus de sélection des principes directeurs. Concrètement, l'agent chargé de trancher le conflit d'intérêts devra se demander si la satisfaction des intérêts en conflit ne se trouve pas garantie par le truchement des finalités érigées en principe directeur. Et, lorsque ce processus de sélection débouche sur la désignation d'un principe directeur, on parlera de configuration conflictuelle idéale parce qu'un but à atteindre ressort clairement, malgré le télescopage des intérêts. Autrement dit, dans les configurations conflictuelles idéales, le processus de sélection des principes directeurs débouche sur le constat d'éligibilité d'un ou de plusieurs principes susceptibles d'indiquer la finalité du traitement qu'il convient de donner. Pour illustrer nos propos, prenons le cas suivant : une mère souhaite priver les parents de son compagnon décédé de toutes relations personnelles avec leur petite-fille. L'intérêt des grands-

parents à entretenir des relations personnelles avec leur petite-fille, l'intérêt de la mère et l'intérêt de l'enfant constituent les intérêts impliqués dans ledit conflit. Or, on sait que lorsque l'intérêt de l'enfant se retrouve impliqué dans un conflit d'intérêts, le principe directeur mobilisable est celui de la primauté des besoins de l'enfant. Donc le conflit devrait normalement être tranché en faveur d'une garantie des besoins de l'enfant au rang desquels figure le droit d'entretenir des relations personnelles avec ses ascendants.

Toutefois, il est important de préciser que lorsque plusieurs principes directeurs sont éligibles, ceux-ci doivent être conciliables, complémentaires, afin qu'on ne tombe point dans une impasse<sup>1</sup>. Par exemple, si le principe de primauté des besoins de l'enfant et le principe d'égalité procédurale en sa faveur se retrouvent éligibles, parce que ces deux principes peuvent être conciliés autour d'un but commun de protection de l'enfant, on n'est pas confronté, malgré la pluralité de principes directeurs éligibles, à une situation sans issue.

Partant, il convient de retenir en présence d'une configuration conflictuelle idéale que l'agent chargé de trancher le conflit aura pour directive la concrétisation du principe directeur applicable, à moins que les circonstances de l'espèce ne lui imposent de modérer l'application pure et simple dudit principe.

### ***b) L'évaluation du besoin de correction de la solution projetée***

**381.** La détermination d'un principe directeur applicable reste la première étape du raisonnement lorsqu'on essaie de solutionner un conflit d'intérêts qui présente une configuration conflictuelle idéale. En effet, un second temps du raisonnement doit ensuite conduire à se demander si la solution projetée n'a pas besoin d'être adaptée au regard des circonstances particulières de l'espèce. Pour mieux cerner nos propos, si on reprend l'exemple du conflit d'intérêts portant sur le droit des grands-parents à entretenir des relations personnelles avec leur petite-fille, il convient, après avoir retenu que le principe directeur de primauté des besoins de l'enfant conduit à consacrer un droit aux relations personnelles avec ses ascendants, de se demander ensuite au regard des circonstances particulières de l'espèce si l'intérêt de l'enfant ne pourrait pas faire obstacle à l'exercice d'un tel droit. On évalue pour ainsi dire le besoin de correction de la solution projetée.

Cependant, il convient de souligner que la généralisation d'une correction de la solution projetée suite à l'identification d'un principe directeur n'est pas compatible avec la recherche d'une sécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, puisqu'il sera à chaque fois possible, sous couvert d'inadaptation de la solution projetée, d'opérer un véritable contrôle d'opportunité et d'écarter *in fine* le principe directeur

---

<sup>1</sup> En effet, si les principes directeurs éligibles indiquent des directions diamétralement opposées, on se retrouverait dans une impasse faute de pouvoir identifier une direction à prendre. On sort alors du cadre de la configuration conflictuelle idéale.

applicable. Dès lors, pour que le système proposé puisse atteindre de manière satisfaisante l'objectif de sécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts, le besoin a été ressenti de limiter la possibilité d'une modération dans l'application du principe directeur éligible. En d'autres termes, la possibilité d'adapter aux circonstances de l'espèce, la solution issue d'une application pure et simple du principe directeur éligible ne doit pas systématiquement constituer, à la suite de la détermination du principe directeur applicable, la seconde étape du raisonnement lorsqu'il s'agit de concrétiser le système de traitement des conflits d'intérêts proposé en présence d'une configuration conflictuelle idéale. En effet, il est proposé une correction de la solution projetée uniquement dans deux hypothèses : la première renvoie à la situation d'éligibilité du principe de primauté des besoins de l'enfant ( $\alpha$ ) et la seconde à l'existence d'un besoin impérieux inconciliable avec la solution projetée ( $\beta$ ).

### ***$\alpha$ — La nécessaire recherche de la solution optimale pour l'enfant***

**382.** Lorsque le principe directeur de primauté des besoins de l'enfant est éligible, parce que l'enfant est au cœur du conflit d'intérêts, il semblerait que le législateur ait inclus le contrôle d'opportunité au sein du contrôle de légalité<sup>1</sup> ; l'opportunité de la mesure devient un élément de la légalité<sup>2</sup>. Ainsi, la loi elle-même, à travers le principe de l'intérêt de l'enfant, laisse au juge le soin d'apprécier la meilleure solution qu'il convient d'adopter au regard de la situation concrète de l'enfant. Un pouvoir souverain est même reconnu au juge en la matière<sup>3</sup>. Seule une obligation de préciser les éléments sur lesquels il se fonde pour réaliser son appréciation concrète pèse sur le juge. Ce qui signifie qu'il doit motiver sa décision en faisant ressortir les faits et circonstances justifiant qu'en l'espèce<sup>4</sup>, il eût été besoin de se démarquer de l'appréciation générale de l'intérêt de l'enfant réalisée par le législateur à travers le principe directeur de primauté de ses besoins. Pour ce faire, le juge peut par exemple prendre appui sur sa connaissance de l'environnement familial par le truchement des enquêtes sociales, l'âge de l'enfant, les choix éducatifs des parents<sup>5</sup>...

<sup>1</sup> C. POMART, *La magistrature familiale*, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'harmattan, 2003, p. 337.

<sup>2</sup> I. SAVARIT-BOURGEOIS, *Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : l'exemple du bilan coûts-avantages*, th. dactyl. Poitiers, 1995, p. 149. « Le juge est amené à faire de l'opportunité, un élément de la légalité, condition sine qua non d'un contrôle efficace ».

<sup>3</sup> Voir par exemple, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 févr. 2013, n° 11-28424, AJ fam. 2013, p. 185, obs. A. BOICHÉ. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2010, n° 08-70385.

<sup>4</sup> En matière d'autorité parentale par exemple, cette exigence de motivation ne saurait être satisfaite par un renvoi à des motifs généraux et abstraits, tels que l'orientation sexuelle ou religieuse d'un parent. Voir, CEDH, 23 juin 1993, *Hoffmann c. Autriche*, n° 12875/87, D. 1994, p. 327, obs. J. HAUSER. - CEDH, 16 déc. 2003, *Palau-Martinez c. France*, n° 64927/01, JCP (G) 2004, II, 10071, obs. A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE.

<sup>5</sup> Sur les techniques d'évaluation de l'intérêt concret de l'enfant, voir par exemple, C. CHABERT, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2001, p. 56 et s.

**6— La nécessaire prise en compte d'un besoin social « impérieux »  
antagoniste**

**383.** Lorsque la concrétisation de la solution projetée s'avère contraire à la sauvegarde d'un besoin social impérieux<sup>1</sup>, il convient de donner une prévalence à cet objectif, sauf s'il est établi qu'une telle prévalence entraînerait au regard des circonstances de l'espèce, un « déséquilibre inacceptable »<sup>2</sup> au détriment des intérêts protégés à travers la solution projetée. Il s'agit ni plus ni moins que de réaliser un contrôle de proportionnalité. Toutefois, il convient de rationaliser au maximum un tel contrôle afin que la mise en œuvre de notre système ne souffre pas d'une trop grande imprévisibilité. Sachant que c'est surtout la réalisation de la proportionnalité au sens strict ou pondération des intérêts qui est susceptible de faire la part belle à la subjectivité, nos efforts de rationalisation devront alors s'y concentrer.

À ce propos, il convient de souligner que lorsqu'on entreprend une tentative de pondération des intérêts, vient tout de suite le réflexe de mobiliser le critère du consensus européen. En application de ce critère, on devrait retenir que lorsque les intérêts en conflit sont pondérés d'une certaine manière dans la majorité des États membres, la marge d'appréciation de l'État défendeur serait limitée et l'existence d'un déséquilibre inacceptable présumée, lorsque cet État dans sa pondération préserve moins bien l'intérêt contradictoire défavorisé. En revanche, si ces intérêts sont pondérés de façon différente et que ne se dégage pas une communauté de vue, l'État défendeur serait *a priori* légitime dans sa démarche d'assurer le respect du besoin social impérieux, y compris au détriment d'autres intérêts légitimes. Cependant, parce que l'usage du consensus européen dans le contrôle de proportionnalité est devenu déroutant<sup>3</sup> et qu'en pratique la Cour EDH en fait un critère non déterminant dans l'élaboration de la solution<sup>4</sup>, il convient également de ne pas faire du consensus européen un référent qui

<sup>1</sup> Il convient d'être souple dans l'appréciation du caractère impérieux du besoin et considérer qu'il existe un besoin social impérieux chaque fois que le législateur poursuit un intérêt légitime de protection des plus faibles ainsi que de protection des valeurs sur lesquelles reposent l'organisation sociale et l'État de droit.

<sup>2</sup> Un auteur a démontré à raison que la proportionnalité ne traduit pas l'idée d'un équilibre entre les éléments à évaluer, mais plutôt l'idée d'un déséquilibre acceptable. « La proportionnalité par son objet même, permet seule de résoudre un conflit où un des éléments s'impose *a priori* à l'autre (...). Elle entérine un déséquilibre de départ entre l'intérêt abstrait servi par le droit subjectif en cause et l'ensemble des autres intérêts particuliers qui pourraient devenir moins satisfaisants pour leurs porteurs du fait de la reconnaissance de ce droit » T. LÉONARD, *Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes : un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005, pp. 630-631.

<sup>3</sup> P. MARTENS, « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in, *Dialogues entre juges*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, p. 55 et s. - B. PASTRE-BELDA, « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », RTDH 2015 n° 101, p. 92. - G. GONZALEZ, « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in, F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Droit et Justice n° 108, Némésis-Anthémis, 2014, p. 117.

<sup>4</sup> H. SURREL, « La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droits », in, F. SUDRE (dir.), *Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Droit et Justice n° 109, Némésis-Anthémis, 2015, p. 184. - F. SUDRE, « La mystification du consensus européen », JCP (G) 2015, I, 1369.

permettrait de basculer de l'atteinte permise à l'atteinte interdite aux intérêts légitimes que la solution projetée tend à préserver. D'ailleurs, il semblerait qu'en pratique, « la Cour choisit de privilégier le principe de subsidiarité et de laisser la main au législateur national »<sup>1</sup>, même lorsqu'elle reconnaît l'existence d'un consensus européen<sup>2</sup>.

En effet, lorsque le législateur investit pleinement cette liberté qui lui est reconnue, la Cour exige des juridictions internes qu'elles vérifient si le législateur a néanmoins pris en compte l'existence d'autres intérêts légitimes en s'efforçant de les frustrer au minimum. Le juge interne devra donc, pour aboutir à la conclusion d'un déséquilibre acceptable, prouver que le législateur a réellement pris en compte l'existence des intérêts légitimes antagonistes.

Cette prise en compte se déduit, d'une part, de l'existence de mesures destinées à frustrer au minimum les autres intérêts légitimes en jeu, et, d'autre part, de la possibilité laissée à ces intérêts légitimes de pouvoir, dans des circonstances exceptionnelles ne subir aucune frustration ; il s'agit dans cette dernière hypothèse de ménager un caractère évolutif à la pondération, puisque la Cour EDH cultive une aversion profonde pour les arbitrages dogmatiques définitifs.

L'arrêt *Godelli c. Italie*<sup>3</sup> permet d'illustrer de façon pertinente la possibilité de déduire la prise en compte des autres intérêts antagonistes, de l'existence de mesures destinées à les frustrer au minimum. Dans cette affaire, la Cour relève avec pédagogie que contrairement au système français en cause dans l'affaire *Odièvre c. France*<sup>4</sup>, l'État italien n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts en présence puisqu'il ne prévoit aucune possibilité d'obtenir des éléments non identifiants sur la mère.

Pour ce qui est de déduire la prise en compte des autres intérêts antagonistes de la possibilité qui leur est laissée de pouvoir s'imposer à titre exceptionnel, on retrouve l'idée surtout dans des affaires où l'objectif de préservation de la sécurité juridique impose de frustrer d'autres intérêts légitimes. Ainsi, dans des affaires concernant les délais de prescription auxquels sont soumises des actions en recherche de paternité, la Cour a souligné à plusieurs reprises, la nécessité de réserver à titre exceptionnel un moyen d'action au requérant qui avait une raison légitime pour justifier son inaction au cours du délai imparti<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> F. SUDRE, « La mystification du consensus européen », JCP (G) 2015, I, 1369.

<sup>2</sup> CEDH, gr. ch., 3 nov. 2011, *S. H. et a. c. Autriche*, n° 57813/00, spéc. §-96 (reconnaissance d'un consensus européen relatif à l'accès à la FIV), Dr. fam. 2012, étude 6, note A. GOUTTENOIRE. - CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05, spéc. §-235 (reconnaissance d'un consensus européen relatif à l'accès à l'avortement), JCP (G) 2011, n° 3, act. 58, obs. M. LEVINET ; JCP (G) 2011, n° 4, act. 94, obs. F. SUDRE.

<sup>3</sup> CEDH, 25 sept. 2012, *Godelli c. Italie*, n° 33783/09, spéc. §- 70-71, JCP (G) 2012, p. 1083, obs. K. BLAY-GRABARCZYK.

<sup>4</sup> CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, *Odièvre c. France*, n° 42326/98, JCP (G) 2003, II, 10049, note A. GOUTTENOIRE, F. SUDRE.

<sup>5</sup> Voir par exemple, CEDH, 12 janv. 2006, *Mizzi c. Malte*, n° 26111/02, spéc. §-111. - CEDH, 20 déc. 2007, *Phinikaridou c. Chypre*, n° 23890/02, spéc. § 54 - CEDH, 24 nov. 2005, *Shofman c. Russie*, n° 74826/01, spéc. §-43-45. - CEDH, 10 oct. 2006, *Paulík c. Slovaquie*, n° 10699/05, spéc. §-45-47, RJPJF 2007, p. 41, obs. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ.

En définitive, il convient de retenir que lorsque la solution projetée grâce à la mobilisation d'un principe directeur s'inscrit à contre-courant de l'objectif de sauvegarde d'un besoin social impérieux, il convient de donner la priorité à ce second objectif, sauf si cette prévalence instaure en l'espèce un déséquilibre inacceptable. Et, on serait en présence d'un déséquilibre inacceptable lorsque le législateur ne prend pas en compte les autres intérêts légitimes. Tel est le cas lorsqu'en assurant la prévalence du besoin social impérieux, le législateur ne prend pas des mesures destinées à assurer la frustration minimale des autres intérêts antagonistes en jeu ou lorsqu'il ne réserve pas à titre exceptionnel la possibilité de faire primer ces derniers.

L'articulation des principes de traitement des conflits d'intérêts en présence d'une configuration conflictuelle idéale étant ainsi achevée, il convient de renouveler le même effort pour les configurations conflictuelles complexes.

## **2) L'articulation des principes en présence d'une configuration conflictuelle complexe**

**384.** Par opposition aux configurations conflictuelles idéales, les configurations conflictuelles complexes renvoient à une situation dans laquelle la sélection des principes directeurs se solde par une impasse, soit parce qu'aucun principe directeur n'est mobilisable (conflit négatif de principes directeurs), soit parce que plusieurs principes directeurs inconciliables le sont (conflit positif de principes directeurs). Il faudrait donc, en présence d'une configuration conflictuelle complexe, appréhender la question de l'articulation des principes de traitement selon qu'on est en présence d'un conflit négatif de principes directeurs (a) ou d'un conflit positif de principes directeurs (b).

### ***a) L'articulation des principes en présence d'un conflit négatif de principes directeurs***

**385. Considérations générales.** — Puisqu'il est impossible même au législateur de pourvoir à tout, l'humilité est plus que de rigueur dans l'élaboration d'un modèle systémique de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, à plus forte raison lorsque le modèle proposé repose sur des principes généraux de traitement. En effet, le grand danger auquel expose un système articulé autour de principes généraux de traitement reste sans doute le risque de voir partout des principes directeurs<sup>1</sup> de traitement des conflits d'intérêts. Partant, il est sans doute plus judicieux — à condition de prévoir une méthode pour appréhender les lacunes du système —, d'accepter la survenance de situations pour lesquelles aucun principe directeur n'est mobilisable, plutôt que de courir le risque d'un catalogue fourni de principes

---

<sup>1</sup> J.-M. PONTIER, « Considérations générales sur les principes en droit », in, J.-M. PONTIER (dir.), *Les principes et le droit*, PUAM, 2007, p. 9. « Lorsque l'on se met à parler de principes et à penser aux principes, le risque n'est pas, pour reprendre une formule célèbre appliquée à un tout autre domaine, le vide, mais le trop-plein ».

difficiles à articuler en système. Par conséquent, lorsqu'aucun principe directeur n'est mobilisable, il est proposé de départir les intérêts antagonistes à l'aune du principe de proportionnalité. Dans une telle situation, la proportionnalité à laquelle on avait assigné jadis le rôle de principe correcteur, jouera en quelque sorte le rôle de principe directeur<sup>1</sup>. Cependant, la mise en œuvre de ce principe de proportionnalité sera réalisée de façon différente selon que le conflit oppose la sauvegarde d'un besoin social impérieux à un intérêt privé légitime, ou selon que le conflit oppose des intérêts privés entre eux.

**386. Conflit opposant un besoin social impérieux et un intérêt légitime.** — En l'absence de principe directeur mobilisable, lorsque le conflit d'intérêts oppose la sauvegarde d'un besoin social impérieux et un intérêt légitime<sup>2</sup>, il convient de donner la priorité à la sauvegarde du besoin social impérieux, sauf si cette prévalence instaure en l'espèce un déséquilibre inacceptable. Une telle hypothèse conflictuelle avait déjà été envisagée et traitée lorsqu'il s'était agi d'envisager le besoin de correction de la solution projetée en présence d'une configuration conflictuelle idéale. Pour rappel, on serait en présence d'un déséquilibre inacceptable lorsque le législateur, pour imposer le respect du besoin social impérieux, ne prend pas en compte l'intérêt privé antagoniste. Tel est le cas lorsque le législateur ne prend pas des mesures destinées à assurer la frustration minimale de l'intérêt privé antagoniste ou lorsqu'il ne réserve pas à titre exceptionnel la possibilité de faire primer ce dernier.

**387. Conflit opposant des intérêts privés entre eux.** — En revanche, lorsque le conflit oppose des intérêts privés entre eux et qu'il s'avère qu'aucun principe directeur n'est mobilisable, il ne s'agit plus de donner *a priori* la prévalence à un intérêt sur l'autre<sup>3</sup>. Le principe de proportionnalité ne tend plus à la vérification d'un déséquilibre acceptable. Sa mobilisation se résout en une pesée concrète des intérêts en présence, à la recherche d'un juste

<sup>1</sup> Un auteur (J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2012, p. 113.) faisant remarquer à juste titre que « de très nombreux principes sont alternativement des principes directeurs ou des principes correcteurs selon les situations dans lesquelles ils sont invoqués et les autres principes avec lesquels ils sont confrontés : ils n'ont alors qu'un rôle directeur ou correcteur relatif ». En suivant cette analyse, il convient de reconnaître au principe de proportionnalité un rôle directeur à côté du rôle correcteur que nous lui avons au départ assigné.

<sup>2</sup> C'est le cas par exemple dans une affaire où le droit au respect de l'identité sexuelle et de la vie privée est opposé au besoin de cohérence et de fiabilité du système d'état civil afin d'exiger le non-rattachement à l'une des deux catégories sexuelles sur les actes de l'état civil. CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, JurisData n° 2016-004932, Dr. famille 2016, étude 8, Note J.-R. Binet ; D. 2016, p. 904, obs. B. MORON-PUECH ; JCP (G) 2016, p. 492, note F. VIALLA, JCP (G) 2016, p. 594, obs. M. JOSEPH-PARMENTIER.

<sup>3</sup> On aurait pu considérer qu'une logique hiérarchisante qui aboutirait à la prévalence de l'intérêt légitime sur l'intérêt illégitime pouvait être mobilisée. Cependant, toute la difficulté réside dans la détermination de la légitimité d'un intérêt. On aurait pu penser à réaliser une telle entreprise en se référant à ce qui est permis ou interdit par la loi. Néanmoins, en raison de la possibilité de travestissement d'un intérêt illégitime en intérêt légitime par le truchement des droits fondamentaux (par exemple, il suffit d'invoquer le droit au respect de la vie privée pour que la démarche du parent d'un enfant incestueux d'établir un double lien de filiation à son égard devienne soudain légitime en dépit de l'interdiction légale), il serait plus judicieux de partir du postulat de respectabilité de tous les intérêts privés et adopter en cas de conflit une démarche pragmatique de pesée des intérêts.

équilibre. Les objectifs de responsabilité et de frustration minimale<sup>1</sup> doivent alors guider cette démarche d'évaluation des intérêts. Ainsi, il convient de donner la priorité au porteur de l'intérêt dont la non-satisfaction exposerait à un plus grand dommage et, le cas échéant, imposer des sacrifices supplémentaires dans la satisfaction de cet intérêt lorsqu'il s'avère que son porteur a eu un comportement inadapté pouvant expliquer en tout ou en partie la survenance du conflit d'intérêts. Il s'agit dans cette dernière hypothèse d'assurer une certaine éthique dans le traitement des conflits d'intérêts en prenant garde de ne pas laisser sans conséquences les comportements socialement inadaptés.

***b) L'articulation des principes en présence d'un conflit positif de principes directeurs***

**388. Considérations générales.** — Contrairement aux situations dans lesquelles aucun principe directeur n'est mobilisable, il peut également arriver que dans une même affaire, plusieurs principes directeurs incompatibles le soient. On est alors en présence d'une configuration conflictuelle dans laquelle la satisfaction des intérêts antagonistes en présence est susceptible d'être garantie par le truchement d'un même principe directeur — conflit intra-principes directeurs — ou par le truchement de plusieurs principes directeurs — conflit inter-principes directeurs —. Par exemple, dans un conflit d'intérêts relatif au choix du domicile conjugal, la mobilisation du principe d'égalité aboutit à la reconnaissance des mêmes pouvoirs aux époux et ne permet pas d'avoir une indication sur l'intérêt conflictuel à faire prévaloir. Toujours à titre d'illustration, on peut relever que dans un conflit portant sur la vérité de la filiation, le principe de prévalence des besoins de l'enfant permet de tendre vers la satisfaction de son intérêt à connaître ses origines, tandis que le principe de liberté permet également de tendre vers la satisfaction de l'intérêt du parent supposé à ne pas se soumettre à un processus d'identification biologique.

En présence d'un conflit de principes directeurs, il convient de trancher cette opposition en ménageant entre les principes directeurs un juste équilibre, au regard des circonstances de l'espèce. Il s'agit d'établir entre ces principes un rapport de proportionnalité — pris dans le sens de juste équilibre — au moyen d'une pesée concrète des intérêts en jeu. Partant, en cas de conflit entre principes directeurs, la finalité à faire prévaloir sera fonction des circonstances de chaque espèce, de façon à ce que soit toujours ménagé concrètement un juste équilibre entre les deux principes. Il s'agit donc, au regard de la configuration conflictuelle, de donner ponctuellement la priorité à un principe tout en prenant en compte dans la foulée l'autre. Par conséquent, pour résoudre un conflit de principes directeurs, le raisonnement doit être scindé

---

<sup>1</sup> Voir supra n°358

en deux étapes : l'établissement d'une priorité ponctuelle puis la prise en compte de l'autre principe ayant temporairement cédé.

**389. L'établissement d'une priorité ponctuelle entre les principes directeurs. —**

En raison de sa valorisation en droit interne et international, la tentation est grande de faire du principe de primauté des besoins de l'enfant un principe prioritaire et de réfléchir dans le même ordre d'idées, à une hiérarchie préétablie entre les principes directeurs ou à une hiérarchie entre les diverses composantes d'un même principe directeur<sup>1</sup>. Néanmoins, il convient de résister à cette tentation et garder à l'esprit qu'en dépit de cette valorisation des besoins de l'enfant, il serait juridiquement erroné de conférer à cette finalité ou à toute autre, une priorité systématique en cas de conflit de principes directeurs. Il convient de privilégier plutôt une priorité ponctuelle, qui sera déterminée en fonction des circonstances de l'espèce. Néanmoins, le caractère ponctuel de la priorité ne constitue pas pour autant un frein à la détermination du sens de cette priorité. En effet, il convient de garder à l'esprit qu'à l'origine du conflit de principes directeurs se trouvent des intérêts antagonistes dont les parties souhaitent obtenir la réalisation juridique. Pour sortir de cette situation inextricable, il convient de donner la priorité à l'intérêt dont la satisfaction portera le moins d'atteinte au principe garantissant la satisfaction de l'intérêt adverse. En d'autres termes, il convient de se demander au regard des circonstances de l'espèce lequel parmi les intérêts en conflit pourra être satisfait en portant le moins d'atteinte possible à la substance du principe qui promeut l'autre.

Par exemple, soit deux intérêts antagonistes A et B garantis respectivement par les principes 1 et 2. Si en donnant la priorité à l'intérêt A, on porte une atteinte plus substantielle au principe 2 que dans la situation inverse qui consisterait à donner la priorité à l'intérêt B, il convient alors de donner ponctuellement une priorité à l'intérêt B. Il s'agit en quelque sorte de préserver jusqu'au maximum possible les principes qui se télescopent parce qu'aucun n'a dans l'absolu une supériorité sur l'autre.

Illustrons nos propos avec un exemple plus concret. Un enfant souhaite obtenir la vérité sur sa filiation. Il assigne en justice le parent prétendu et demande la réalisation d'une expertise biologique à laquelle le juge fait droit. Le parent prétendu s'y oppose et l'enfant veut qu'on l'y contraigne. Dans cette configuration conflictuelle, on a deux principes directeurs qui se télescopent : d'un côté, le principe de primauté des besoins de l'enfant et plus spécifiquement le droit à l'identité, et de l'autre le principe de liberté et plus spécifiquement le droit à l'intégrité physique. Or, si on donne la priorité au droit à l'identité de l'enfant, on porte atteinte à la substance même du droit à l'intégrité physique. En revanche, si on donne la

---

<sup>1</sup> Une hiérarchie entre les principes directeurs serait destinée à trancher les conflits inter-principes directeurs tandis qu'une hiérarchie entre les différentes composantes d'un même principe serait destinée à trancher les conflits intra-principes directeurs.

priorité au droit à l'intégrité physique, on peut quand même prendre en compte le droit à l'identité en se fondant sur d'autres éléments autres que la preuve scientifique pour retenir la paternité ou la maternité. Par conséquent, il convient de donner la priorité au droit à l'intégrité physique du parent prétendu<sup>1</sup>. Cependant, pour aboutir à un juste équilibre entre ces deux principes en conflit, il faut également prendre en compte le besoin de satisfaction de l'autre.

**390. La prise en compte du principe temporairement écarté.** — Après avoir donné une priorité ponctuelle à un intérêt, il convient pour assurer un juste équilibre entre les principes antagonistes, de prendre des mesures destinées à réduire au maximum le sacrifice imposé au principe qui garantit la satisfaction de l'intérêt écarté. En d'autres termes, la priorité ponctuelle n'autorise qu'un sacrifice minimum du principe écarté. En reprenant notre précédent exemple, il convient de retenir que lorsqu'une priorité ponctuelle est donnée au droit à l'intégrité physique du parent prétendu, pour qu'un juste équilibre soit maintenu entre les principes de liberté et de primauté des besoins de l'enfant, « le principe de proportionnalité exige que le système en question tire les conséquences du refus du père prétendu et statue rapidement sur l'action en recherche de paternité »<sup>2</sup>, sans pour autant faire reposer l'établissement de la filiation sur ce simple constat de refus<sup>3</sup>. De même, lorsque dans un conflit portant sur l'exercice de l'autorité parentale une priorité ponctuelle est donnée au principe de primauté des besoins de l'enfant au détriment de la liberté de religion de son parent, l'atteinte au principe de liberté doit être limitée à ce qui est nécessaire pour garantir la sécurité de l'enfant comme par exemple l'interdiction de mettre en contact l'enfant avec les membres de la religion en cause<sup>4</sup>.

Il convient alors de retenir que dans un conflit de principes directeurs, le principe écarté n'est jamais intégralement sacrifié. Une fois le conflit de principes directeurs résolu et un traitement envisagé par le truchement du principe directeur auquel une priorité ponctuelle est reconnue, il conviendra ensuite d'évaluer le besoin de correction de la solution projetée.

**391. La correction de la solution projetée.** — Dans l'hypothèse d'un conflit positif de principes directeurs, la solution projetée ne pourra être modérée qu'en présence d'un besoin social impérieux non garanti par le truchement d'un des principes directeurs en conflit. Et lorsque cette correction est possible, il conviendra de donner la prévalence à la satisfaction du besoin social impérieux sauf si cela engendre un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts garantis par le truchement de la solution projetée. Tel est le cas lorsque

<sup>1</sup> Rapp., CEDH, 7 févr. 2002, *Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, spéc. §-64, RTD civ. 2002, p. 866, note J.-P. MARGUÉNAUD. - CEDH, 30 mai 2006, *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie*, n° 60176/00, spéc. §-94.

<sup>2</sup> CEDH, 30 mai 2006, *Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie*, n° 60176/00, spéc. §-94.

<sup>3</sup> CEDH, 25 juin 2015, *C. Canonne c. France*, n° 22037/13, spéc. §-31, AJ fam. 2015, p. 499, obs. S. LE GAC-PECH ; EDFP 2015, n° 8, p. 2, obs. J.-M. LARRALDE. - Dr. fam. 2015, Alerte 62, obs. J. COUARD.

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 févr. 2000, D. 2000, p. 273, obs. A. LEPAGE ; D. 2001, p. 422, obs. C. COURTIN ; RTD civ. 2000, p. 558, obs. J. HAUSER.

le législateur dans son envie d'assurer la prévalence du besoin social impérieux en cause n'a pas pris en compte les autres intérêts antagonistes en évitant au maximum de les frustrer inutilement ou en ne prévoyant pas leur prévalence à titre exceptionnel.

En définitive<sup>1</sup>, il convient de retenir que le système proposé repose sur une articulation de principes directeurs et de principes correcteurs. En présence d'un conflit d'intérêts, il conviendra de rattacher les intérêts contradictoires à l'un des principes directeurs pour connaître la finalité du traitement à apporter à ce conflit. Cette finalité à garantir devient définitivement la solution du conflit d'intérêts lorsqu'il n'existe pas de raison de modérer dans le cas d'espèce, l'application pure et simple du principe directeur retenu. En revanche, lorsqu'un besoin de modération se fait sentir, soit parce que la solution projetée n'est pas compatible avec l'intérêt concret de l'enfant lorsqu'il se retrouve au cœur du conflit, soit parce qu'il existe un besoin social impérieux qu'il convient de ménager, il faudra corriger les conséquences non souhaitables de l'application pure et simple du principe directeur. La proportionnalité s'est révélée être l'instrument de cette correction, mais en fonction de la configuration conflictuelle, sa mobilisation confine, soit à la recherche d'un juste équilibre entre les différents éléments à évaluer, soit à la recherche d'un déséquilibre acceptable.

Après avoir présenté ce modèle fonctionnel de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, il convient de le mettre à l'épreuve afin de mesurer sa capacité à servir de référent dans le traitement des conflits d'intérêts.

## **§-2 : L'EXPÉRIMENTATION DU MODÈLE FONCTIONNEL DE TRAITEMENT DES CONFLITS D'INTÉRÊTS**

**392.** Il est indispensable de confronter les résultats auxquels aboutit le modèle proposé avec les solutions retenues par le droit positif dans certains conflits d'intérêts particuliers. Une fois cet objectif déterminé, la difficulté consiste alors à choisir les conflits d'intérêts par lesquels le modèle proposé sera expérimenté. Même si les choix qui ont été opérés sont forcément subjectifs, le souci d'expérimenter le modèle proposé dans toutes les configurations conflictuelles mises en lumière lors de son élaboration a quand même justifié la sélection de certains conflits d'intérêts plutôt que d'autres.

**393. L'expérimentation du modèle proposé dans le cadre d'un conflit d'intérêts relatif à l'adoption d'un enfant recueilli en Kafala.** — Essayons, à l'aune du modèle proposé de résoudre ce conflit d'intérêts qu'a eu à trancher la Cour de cassation<sup>2</sup>. Après être née sous X et abandonnée, une enfant est déclarée pupille de l'État algérien et recueillie à

<sup>1</sup> Un tableau analytique et des schémas sont proposés en annexe pour mieux appréhender le modèle proposé.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 févr. 2009, n° 08-11033, JCP (G) 2009, II, 10072, note A. GOUTTENOIRE ; D. 2009, p. 1918, chron. A. GOUTTENOIRE, P. BONFILS ; Dr. fam. 2009, comm. 82, note M. FARGE.

l'âge de trois mois par une française dans le cadre d'une Kafala<sup>1</sup>. Les juridictions algériennes procèdent également sur demande du Kafil, à la modification du nom de l'enfant recueilli. L'enfant fut admis au séjour en France dans le cadre d'une demande de regroupement familial. Une fois en France, la kafil sollicita auprès des juridictions françaises l'adoption plénière de l'enfant. Celles-ci après avoir constaté, d'une part, qu'en vertu de la Kafala, la requérante était titulaire de l'autorité parentale et partant pouvait prendre à l'égard de l'enfant toutes les décisions dans son intérêt, et, d'autre part, que le droit français soumettait entre autres l'adoption d'un mineur étranger à sa loi personnelle qui en l'espèce la prohibait, ont rejeté la demande d'adoption.

Au regard de ces faits, il convient de se demander si le modèle proposé permet de résoudre ce conflit d'intérêts entre, d'une part, les intérêts privés qui aspirent à la reconnaissance juridique de leur vie familiale à travers l'établissement d'un lien de filiation et, d'autre part, les intérêts collectifs qui aspirent à la protection internationale des enfants en matière d'adoption internationale. Il convient donc de déterminer si l'on peut, en droit français, faire droit à une demande d'adoption lorsque la loi nationale de l'adoptée la prohibe. Pour ce faire, il faut commencer par identifier les principes directeurs applicables dans cette configuration conflictuelle, en sélectionner un et projeter une solution dont il conviendra d'évaluer ensuite le besoin de correction.

En ce qui concerne tout d'abord, la sélection du principe directeur applicable, il convient de souligner qu'en l'espèce il est possible de rattacher la satisfaction des intérêts privés au principe de primauté des besoins de l'enfant, puisque l'enfant a droit à une famille de substitution afin que lui soit garantie une vie dans un environnement propice à son développement personnel. Son représentant légal peut également invoquer sa liberté notamment celle de fonder une famille par le biais de l'adoption. Ces deux principes directeurs étant conciliables autour de l'objectif de protection des besoins de l'enfant, il n'y a donc pas de conflit de principes directeurs ; garantir les besoins de l'enfant doit être la finalité à donner au traitement du conflit d'intérêts. Il conviendra de retenir à titre provisoire que la satisfaction de la demande d'adoption de l'enfant doit être garantie, à moins que cette solution ne soit pas conforme à l'intérêt concret de l'enfant. Au regard des circonstances de l'espèce, rien ne permet de considérer l'adoption comme étant contraire à l'intérêt de cet enfant<sup>2</sup>. Donc, la solution projetée consisterait à autoriser cette adoption.

---

<sup>1</sup> La Kafala est une institution traditionnelle de droit musulman qui permet à une personne (le Kafil) de prendre l'engagement vis-à-vis d'un enfant mineur (le makfoul), de l'entretenir bénévolement, de l'éduquer et de le protéger, sans pour autant que ce recueil ne crée de liens de filiation entre eux.

<sup>2</sup> On voit bien que le processus de mise en œuvre du modèle proposé ne doit pas être rigide et qu'en fonction des circonstances factuelles, il est possible pour rendre le raisonnement cohérent d'intégrer, en cas de mobilisation du principe de primauté des besoins de l'enfant, le contrôle de l'opportunité de la satisfaction de ces besoins dans le cas concret, dès l'élaboration de la solution projetée. L'essentiel est que les règles du modèle soient mobilisées.

En ce qui concerne ensuite l'évaluation du besoin de modération de cette solution, il convient de retenir qu'en l'espèce, cette solution projetée heurte de front un besoin social impérieux ou but légitime poursuivi par le législateur qui n'est autre que la protection des enfants en matière d'adoption internationale conformément aux engagements internationaux. Ainsi, en exigeant que l'adoption des enfants étrangers soit conforme à sa loi personnelle, le législateur évite de créer à son détriment une situation boiteuse qui verrait son pays d'origine ne pas reconnaître ce lien de filiation. Il est donc nécessaire de modérer la solution projetée. Au regard des règles de fonctionnement du modèle proposé, il convient de donner la priorité à ce besoin social impérieux, sauf si le contrôle classique de proportionnalité débouche sur un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts garantis par le truchement de la solution projetée. Procédons alors au contrôle de proportionnalité.

Pour ce qui est de la vérification du critère d'utilité tout d'abord, il convient de se demander si l'interdiction de l'adoption plénière est un moyen susceptible d'atteindre l'objectif de protection de l'enfant et notamment de le prémunir du risque d'être victime d'une situation boiteuse. À cette interrogation, on ne peut que répondre par l'affirmative. Le critère d'utilité se trouve ainsi satisfait.

Pour ce qui est de la vérification du critère de nécessité ensuite, il convient de se demander s'il existe un moyen alternatif moins grave que le refus de l'adoption plénière pour éviter la survenance d'une situation boiteuse. Objectivement, on a du mal à trouver un moyen alternatif moins grave, puisque même l'autorisation de l'adoption simple ne permet pas d'éviter la survenance de la situation boiteuse. On considère que l'interdiction est nécessaire.

Enfin, la proportionnalité au sens strict nécessite de se demander si en dépit du refus d'autoriser l'adoption des enfants étrangers conformément à la prohibition faite par leur loi nationale, le législateur a quand même pris en compte les autres intérêts légitimes susceptibles d'être heurtés par cette décision. Sachant que cette prise en compte se déduit, soit de l'existence de mesures destinées à frustrer au minimum les autres intérêts légitimes en jeu, soit de la possibilité laissée à ces intérêts légitimes de pouvoir, dans des circonstances exceptionnelles ne subir aucune frustration, on doit reconnaître qu'en permettant au kafil et au makfoul de vivre une vie familiale normale en France, en dépit de l'absence de lien de filiation entre eux<sup>1</sup>, d'une part, et, d'autre part, parce que cette interdiction de l'adoption n'est pas absolue, puisque le makfoul recueilli et élevé en France pendant 3 ans par un kafil français peut acquérir la nationalité française par déclaration (art. 21-12 du C. civ.) et deviendrait de ce fait adoptable, le législateur français fait montre d'une prise en compte de ces intérêts antagonistes. Le déséquilibre ici étant acceptable, il conviendra finalement de

---

<sup>1</sup> Leur situation en France est considérée comme une délégation de l'autorité parentale.

faire triompher l'intérêt général justifiant le refus d'adoption. Le résultat auquel aboutit la mise en œuvre du modèle proposé a même été jugé conforme aux droits fondamentaux<sup>1</sup>.

**394. L'expérimentation du modèle proposé dans le cadre d'un conflit d'intérêts relatif à la restitution d'un enfant placé en vue d'une adoption.** — Une autre situation inextricable qui a été largement médiatisée permet de mettre à l'épreuve le modèle de traitement des conflits d'intérêts proposé. La configuration factuelle était la suivante.

Une femme accouche sous X d'un enfant le 30 avril 2013. Celui-ci est alors admis en qualité de pupille de l'État à titre définitif à compter du 30 juin 2013. Son père alors détenu l'a reconnu le 2 mai 2013. Mais cette reconnaissance ne fut portée sur l'acte de naissance de l'enfant que le 21 octobre 2013 après les recherches effectuées par le procureur de la République pour l'identifier (art. 62-1 du C. civ.). Le 12 juillet 2013, l'enfant fut placé en vue d'adoption au domicile des époux G. Ce même jour, le père biologique fit parvenir un fax suivi d'une lettre recommandée à l'ASE afin que soit sursis à toute décision de placement concernant l'enfant. Pour le président du Conseil général, le placement en vue d'adoption empêchait toute restitution (art. 352 du C. civ.). Face au refus de restituer l'enfant à son père biologique, celui-ci intenta une action en justice le 13 janvier 2014. Il convient de souligner qu'aucun jugement d'adoption n'a été prononcé au profit des époux G de sorte que le conflit d'intérêts ici portait sur la question de savoir si l'enfant devait être restitué à son père biologique ou maintenu au foyer des candidats à l'adoption.

En mettant en œuvre le modèle de traitement proposé, il convient de reconnaître qu'on est en présence d'un conflit opposant les différentes composantes du principe de primauté des besoins de l'enfant. En effet, s'opposent d'un côté la nécessité de doter un enfant d'une famille de substitution dans les plus brefs délais et d'assurer la stabilité de cet environnement, et de l'autre les droits du père biologique au respect de sa vie privée qui rejoint également le droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux dans la mesure du possible.

Face à un conflit de principes directeurs, il convient alors de réaliser une pesée concrète des intérêts pour déterminer quelle composante des besoins de l'enfant doit primer sur l'autre. Pour ce faire, il conviendra de donner la priorité à la composante des besoins de l'enfant dont la non-satisfaction lui causerait le plus grand dommage tout en réduisant au maximum le sacrifice porté à l'autre composante de ses besoins. Or, il ressort des expertises et enquêtes que pour ne pas compromettre le développement personnel de l'enfant qui a déjà éprouvé l'abandon à la naissance, il conviendrait de le maintenir au foyer des candidats à l'adoption, d'autant plus que le père, déjà parent d'une fille de 5 ans dont il s'est désintéressé, n'offrait

---

<sup>1</sup> CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c. France*, n° 43631/09, D. 2012, p. 2947, note P. HAMMJE ; AJ fam. 2012, p. 546, obs. A. BOICHÉ ; RTD civ. 2012 p. 705, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; RJPF 2012/11, p. 41 note T. GARÉ ; Dr. fam. 2012 p. 187, note M. FARGE ; RTD civ. 2013, p. 105, obs. J. HAUSER.

pas de garanties réelles quant à sa capacité à assumer de manière satisfaisante ses obligations parentales vis-à-vis de son fils encore en bas âge.

Au regard de ces circonstances, il convient de faire primer la stabilité en maintenant l'enfant au domicile des candidats à l'adoption. En revanche, pour ne pas frustrer plus que de raison l'autre composante des besoins de l'enfant, il convient d'encourager le développement des relations entre l'enfant et son père en accordant à ce dernier, un droit de visite et d'hébergement dès que la situation du premier le permettra. La solution projetée n'étant pas incompatible avec un besoin social impérieux qui n'eût été pris en compte jusqu'à présent, elle doit donc être définitivement retenue.

Cette solution rejoint à peu près celle retenue par la Cour d'appel de Rennes dans ladite affaire<sup>1</sup>. Toutefois, pour ne pas tomber dans le piège compassionnel tendu par l'excessive médiatisation de cette affaire, il convient de préciser que cette solution n'est pas synonyme d'adoption. D'ailleurs, la reconnaissance étant un acte déclaratif, celle-ci a une portée rétroactive qui établit la paternité du père biologique au jour de la naissance de l'enfant de sorte que seul son père peut valablement consentir à son adoption (art. 348-1 du C.civ.). Les candidats à l'adoption ne peuvent non plus se prévaloir du fait du placement d'une atteinte à leur prévision légitime, car l'adoption n'est pas l'issue automatique du placement ; seul l'intérêt de l'enfant peut la justifier.

Bref, la solution qui est retenue est une solution temporaire semblable à une mesure d'assistance éducative prise au départ en raison de l'abandon de l'enfant. Elle durera tant que la situation de l'enfant l'exige. Dans le cas contraire, l'enfant doit être restitué à son père. Le consentement du père à l'adoption ou la possibilité reconnue au juge de prononcer l'adoption en dépit du refus des parents lorsque ce refus est jugé abusif en raison de leur désintérêt pour l'enfant (art. 348-6 du C. civ.), restent les seuls espoirs pour les candidats à l'adoption de voir ce projet — qui à l'origine a motivé leur engagement auprès de l'enfant — aboutir.

**395. L'expérimentation du modèle proposé dans le cadre d'un conflit d'intérêts relatif à l'usage d'un titre honorifique.** — Une situation conflictuelle originale soumise à la sagacité des juges<sup>2</sup> permet d'illustrer le fonctionnement du modèle proposé en présence d'un conflit négatif de principes directeurs. Les faits étaient les suivants :

Après avoir divorcé du Duc de Clermont-Tonnerre, son ex-épouse continue à faire usage du titre nobiliaire de Duchesse de Clermont-Tonnerre tant dans ses activités mondaines que dans ses activités commerciales. Le Duc souhaitant faire cesser l'usage de ce titre par son ex-

<sup>1</sup> CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384, Dr. fam. 2015, comm. 8 obs. C. NEIRINCK, AJ fam. 2014, p. 693, obs. P. SALVAGE-GEREST.

<sup>2</sup> Voir, TGI Châteauroux, 26 Sept. 1995, JCP (G) 1996, II, 22605, note L. RUET. Puis en appel, CA Bourges, 24 février, 1998, JCP (G) 1998, II, 10072, note L. RUET, RTD civ. 1998, p. 654, note J. HAUSER.

femme l'assigne en justice. Il convient donc de se demander si l'on pouvait permettre à une femme divorcée non-titrée de faire usage du titre honorifique de son ex-époux.

Dans cette configuration conflictuelle, il convient de souligner que l'intérêt de la femme divorcée à user du titre nobiliaire de son ex-mari ne pouvait être rattaché ni au principe de liberté, puisque l'usage de ces titres honorifiques n'est pas libre, ni au principe de confiance légitime puisqu'il s'agissait d'un usage temporaire découlant de son lien matrimonial. De même, il est difficile de rattacher l'intérêt du Duc à s'opposer à l'usage du titre de Duchesse par son ex-épouse à l'un de nos principes directeurs. Il s'avère donc qu'aucun principe directeur n'est en l'espèce mobilisable. Étant en présence d'intérêts purement privés, il convient de réaliser une pesée concrète entre eux en donnant la priorité au porteur de l'intérêt dont la non-satisfaction est susceptible d'engendrer le plus grand préjudice. Pour ce faire, il convient d'examiner les circonstances de l'espèce. Le Duc fait remarquer de son côté que les règles régissant l'usage des titres nobiliaires interdisent l'emploi simultané à titre d'usage du même titre par deux personnes non titrées elles-mêmes ; par conséquent, ces règles imposaient en cas de divorce aux personnes non titrées de cesser l'usage du titre honorifique de leur époux ou épouse. De son côté, l'ex-femme fit remarquer que son intérêt à porter le titre de Duchesse, malgré le divorce, n'était pas purement symbolique puisqu'elle a acquis une notoriété professionnelle sous le titre de Duchesse de Clermont-Tonnerre accolé à son nom. On peut donc déduire que l'intérêt particulier de l'ex-épouse devrait l'emporter sur l'intérêt de l'ex-époux à s'opposer à cet usage conformément aux règles traditionnelles régissant les titres nobiliaires. Mais, on peut aussi imaginer que le résultat aurait été tout autre dans l'hypothèse où cet usage par l'ex-épouse aurait empêché en cas de remariage du Duc, sa nouvelle épouse à faire usage du titre conformément au régime des titres nobiliaires. Toutefois, en raison de l'intérêt particulier reconnu à l'ex-épouse à user de ce titre, une solution originale pourrait être retenue. Elle consisterait à imposer à l'ex-épouse de signaler dans son usage du titre honorifique sa qualité d'ancienne épouse<sup>1</sup>.

Cette solution, à laquelle aboutit la mise en œuvre du modèle proposé, correspond à celle prise par le TGI de Châteauroux en première instance. Cependant, elle n'a plus été retenue en appel, puisque les juges de la Cour d'appel de Bourges ont décidé de reconnaître l'autonomie du droit nobiliaire en faisant une application pure et simple de ses règles.

**396. L'expérimentation du modèle proposé dans le cadre d'un conflit d'intérêts relatif à l'établissement du double lien de filiation d'un enfant incestueux.** — Éprouvons

---

<sup>1</sup> « Ex-duchesse, la ci-devant duchesse (...) ? », c'est selon. Voir, les observations du professeur Jean HAUSER à propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Bourges (RTD civ. 1998, p. 654).

également notre modèle de traitement des conflits dans le cadre d'une autre configuration conflictuelle jugée par la Cour de cassation<sup>1</sup>. Les faits étaient les suivants :

Un frère et une sœur ayant le même père donnent naissance à un enfant. Cette dernière fut reconnue par sa mère puis par son père. Mais la reconnaissance du père fut annulée en raison de la prohibition de l'établissement d'un double lien de filiation au profit d'un enfant incestueux. Le père déposa alors une requête aux fins d'adoption simple de l'enfant. Celle-ci fut rejetée par les premiers juges du fond. En revanche, les seconds juges du fond intervenant en cause d'appel firent droit à cette demande justifiant un pourvoi en cassation du ministère public. Il fallait donc déterminer si l'interdiction de doter un enfant incestueux d'un double lien de filiation était absolue ; ce qui empêcherait également la création de ce double lien par le truchement d'un mécanisme comme l'adoption.

À propos des intérêts en jeu dans cette affaire, on retrouve d'un côté l'intérêt d'une société exogamique à faire respecter un interdit fondateur sur lequel repose son système de parenté — il s'agit donc d'un besoin social impérieux — et de l'autre le droit de l'enfant à l'établissement de sa filiation. On se retrouve alors en présence d'une configuration conflictuelle idéale, puisque seul le principe de primauté des besoins de l'enfant est mobilisable. Il convient alors d'autoriser au nom de ce principe directeur l'établissement du double lien de filiation à moins que cette décision ne soit pas conforme à l'intérêt concret de l'enfant. En l'espèce, les parents sont des collatéraux consanguins. Il est probable qu'ils portent le même nom. Dès lors, si on permet l'établissement du second lien de filiation, la qualité d'enfant incestueux sera très facilement perceptible par les tiers et on peut douter qu'il soit de l'intérêt de cet enfant d'être ainsi stigmatisé du fait du comportement inadéquat de ses parents. En plus, l'établissement d'un double lien de filiation entérinerait sur le plan juridique une confusion pour l'enfant dans sa perception des adultes, puisque son père serait à la fois son oncle et sa mère à la fois sa tante. Toutefois, il faut bien reconnaître qu'il ne s'agit que de supputations et que certains enfants s'accommoderont très bien de la situation<sup>2</sup>. Si tel est le cas, il faudra projeter l'établissement du double lien de filiation.

Néanmoins, il convient de relever que dans cette dernière situation, la solution projetée se retrouve en conflit avec la sauvegarde d'un besoin social impérieux. Il faudrait alors donner la prévalence au besoin social impérieux à moins que cette prévalence n'entraîne un déséquilibre inacceptable au détriment de l'intérêt promu à travers la solution projetée. Il convient alors de résoudre la difficulté par application du principe de proportionnalité.

La vérification du critère d'utilité tout d'abord ; il faut se demander si le refus de doter un enfant incestueux d'un double lien de filiation constitue un moyen susceptible d'inciter les

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, D. 2004, p. 1419, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; JCP (G) 2004, II, 10064, obs. C. LABRUSSE-RIOU ; RTD civ. 2004, p. 75, obs. J. HAUSER ; Defrénois 2004, p. 594, obs. J. MASSIP.

<sup>2</sup> Voir par exemple, CEDH, 13 Sept. 2005, *B.L. c. Royaume-Uni*, n° 36536/02, Dr. fam. 2005, comm. 234, note A. GOUTTENNOIRE, M. LAMARCHE ; RTD civ. 2005, p. 758, obs. J. HAUSER.

individus à l'exogamie. À n'en pas douter, cette prohibition constitue une mesure de dissuasion susceptible d'assurer l'effectivité de l'interdit de l'inceste.

La vérification du critère de nécessité ensuite ; il faut se demander s'il existe un moyen alternatif moins grave que le refus d'établissement du double lien pour dissuader de manière satisfaisante toute violation de cet interdit fondateur qu'est l'inceste. Objectivement, on peut relever qu'il serait possible de trouver d'autres alternatives moins graves, mais tout aussi efficaces pour dissuader les procréations incestueuses ; la condamnation pécuniaire des parents incestueux ou encore la généralisation d'un exercice unilatéral de l'autorité parentale lorsque des personnes entre lesquelles il existe un empêchement à mariage procréent peuvent par exemple poursuivre un tel but. Dès lors, on aurait tendance à juger cette interdiction de doter l'enfant incestueux d'un double lien de filiation non nécessaire. Et même si cette interdiction est jugée nécessaire à l'effectivité de l'interdit de l'inceste, la proportionnalité de la mesure au sens strict pose problème en raison de son caractère absolu. Il apparaît ainsi que le législateur n'a pas suffisamment pris en compte le besoin de l'enfant incestueux d'avoir sa filiation établie dans les deux branches. Autrement dit, la mobilisation du modèle proposé, avec toutes les conditions factuelles posées, tend vers l'autorisation de l'adoption de l'enfant incestueux par le parent à l'égard duquel la filiation n'a pas été établie. Cette solution s'inscrit donc à contrecourant de celle retenue par la Cour de cassation dans ladite affaire<sup>1</sup>.

En définitive, il apparaît que le modèle proposé n'est pas un modèle purement théorique en ce sens qu'il repose sur une observation qu'on espère honnête des exigences actuelles du droit de la famille. En effet, il est difficile de nier en droit positif l'importance de la prise en compte des besoins de l'enfant, de l'exigence d'égalité, de la soif d'autonomie personnelle dans les rapports de famille, des besoins contradictoires de stabilité et de flexibilité. Ce sont toutes ces exigences qu'on a voulu articuler en système de traitement des conflits d'intérêts pour sauvegarder un minimum de sécurité juridique dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. À ce propos, il convient de souligner que la prétention n'était pas de garantir une certitude dans le traitement des conflits d'intérêts, mais bien une prévisibilité. Ainsi, même si la mobilisation du modèle fait dans certaines situations la part belle à l'appréciation des circonstances de fait, il n'en demeure pas moins vrai que ce risque de subjectivité reste cantonné par la rationalisation de la démarche décisionnelle. De même, si l'expérimentation du modèle proposé n'est pas toujours confortée par les solutions retenues en droit positif, il n'en demeure pas moins vrai que son élaboration a permis de cristalliser un minimum de garanties à conférer aux parties dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, précit.

## CONCLUSION DU CHAPITRE

397. À titre prospectif, deux voies de systématisation de la gestion curative des conflits d'intérêts en droit de la famille ont été proposées. Une première consiste à élaborer un modèle théorique de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille à partir d'une hiérarchie des prérogatives juridiques. Une seconde consiste à élaborer un modèle pragmatique de traitement à partir des grands principes qui orientent en droit positif le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

La voie de la modélisation théorique nécessitant un classement des intérêts, on s'est alors référé aux classifications doctrinales des prérogatives juridiques pour établir une pyramide des intérêts. Ainsi, il a été retenu tout d'abord qu'à la périphérie de cette pyramide, se meuvent des intérêts illégitimes dont la satisfaction n'est pas tolérée par le droit ; ces intérêts illégitimes sont donc sacrifiés à chaque fois qu'ils entrent en conflit avec les intérêts intégrés au sein de la pyramide. Revenant à cette pyramide des intérêts, il convient de souligner qu'à sa base se trouvent des intérêts simplement légitimes qui ne bénéficient pas pour leur réalisation d'une protection juridique *a priori* ; en effet, le droit à une protection juridique de ces intérêts naît du jugement reconnaissant leur légitimité dans la situation concrète de leurs porteurs. Au-dessus des intérêts simplement légitimes se trouvent les libertés civiles ; il s'agit d'avantages attribués également à tous les sujets de droit et dont la satisfaction est jugée *a priori* légitime par le droit objectif. Au sommet de la pyramide trônent les droits subjectifs qui sont des avantages distribués inégalement aux sujets de droit et dont la satisfaction bénéficie d'une protection juridique spécifique prévue par le droit objectif.

Une fois cette pyramide des intérêts élaborée, il suffit, en cas de conflit d'intérêts, d'identifier la place occupée par les intérêts antagonistes et de donner la prééminence à l'intérêt de rang supérieur. En cas de conflit entre intérêts de même rang, il convient alors d'imposer aux intérêts antagonistes un égal sacrifice ou faire triompher l'un en application de la théorie de la frustration minimale.

Ce modèle conceptuel, aussi séduisant soit-il, présente de nombreux défauts. L'existence même d'une telle pyramide ne fait pas l'unanimité puisqu'il existerait des prérogatives juridiques comme les droits et libertés fondamentaux qui transcendent cette classification<sup>1</sup>. Aussi, il faut remarquer que cette pyramide des intérêts ne permet pas de classer l'intérêt général ; partant, on tombe dans une impasse lorsque le conflit oppose les intérêts privés à

---

<sup>1</sup> X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Les notions de liberté et de droit fondamentaux en droit privé*, JCP (G) 2007, I, 211, spéc. p. 19 « La catégorie des droit et liberté fondamentaux transcende donc les classifications traditionnelles des prérogatives juridiques élaborées par la doctrine ».

l'intérêt général. De même, il a été souligné que la mobilisation du modèle conceptuel de traitement des conflits d'intérêts était susceptible d'aboutir à des résultats imprévisibles en raison du risque de subjectivité à la fois dans le classement des intérêts en conflit, mais aussi dans la mise en œuvre concrète du traitement. Enfin, pour définitivement remiser le modèle conceptuel au rang des fausses bonnes idées, il a été mis en exergue son incompatibilité avec les exigences de flexibilité dans le traitement actuel des conflits d'intérêts en droit de la famille. La modélisation conceptuelle ne pouvant constituer un remède efficace à l'incertitude juridique en matière de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, a été proposé un autre modèle qui s'inspire lui des grands principes de traitement des conflits d'intérêts tels qu'ils ressortent du droit positif.

En s'engageant dans la voie d'une modélisation pragmatique, il a fallu tout d'abord découvrir les principes de traitement des conflits d'intérêts. Certains ont été qualifiés de directeurs parce qu'ils indiquent la finalité du traitement des conflits d'intérêts et d'autres de correcteurs parce qu'ils permettaient de corriger les conséquences indésirables d'une application pure et simple des premiers. La primauté des besoins de l'enfant, la liberté, l'égalité et la confiance légitime ont été érigées en principes directeurs tandis que l'intérêt de l'enfant, la proportionnalité et la responsabilité ont quant à eux été érigés en principes correcteurs. Il a ensuite été précisé que par souci d'éviter que la mobilisation du modèle fonctionnel ne se transforme en contrôle d'opportunité, la correction de la solution projetée suite au choix du principe directeur ne devrait intervenir que dans les hypothèses où cette solution risque de heurter l'intérêt concret de l'enfant lorsque celui-ci est au cœur du conflit, ou un besoin social impérieux.

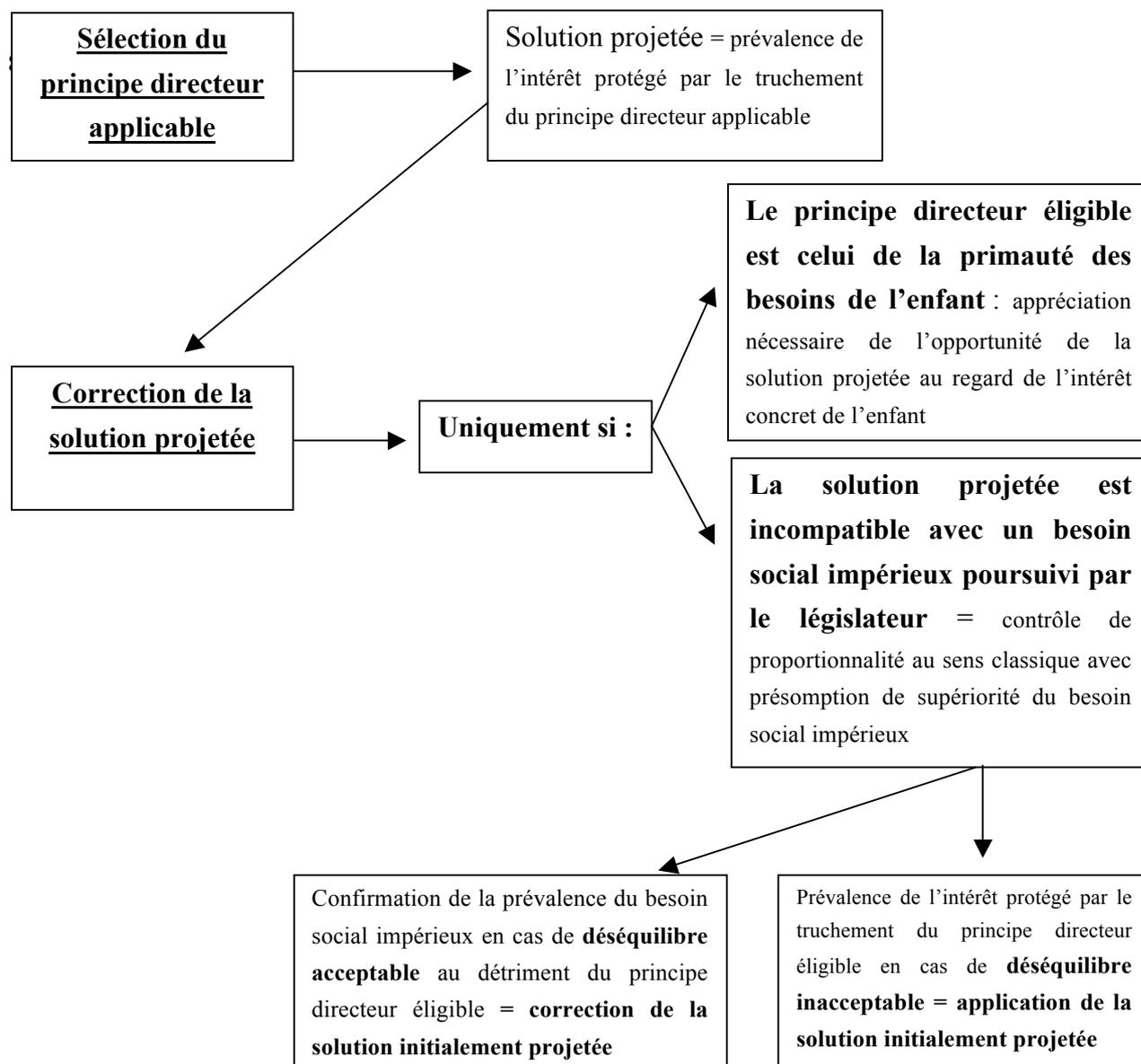
Le modèle fonctionnel proposé a ensuite été éprouvé à l'aune de conflits d'intérêts que les juges ont effectivement eus à connaître. Et il ressort des quelques expérimentations menées que même si le modèle proposé ne permettait pas toujours d'arriver à la solution retenue en droit positif, il possédait néanmoins l'avantage de restaurer une certaine visibilité dans le traitement des conflits d'intérêts.

En fin de compte, que les modèles proposés emportent ou non la conviction, l'apport du présent chapitre réside dans la démonstration suivant laquelle il demeure possible, en mettant à disposition du juge des repères décisionnels, de rationaliser le traitement curatif des conflits d'intérêts en droit de la famille.

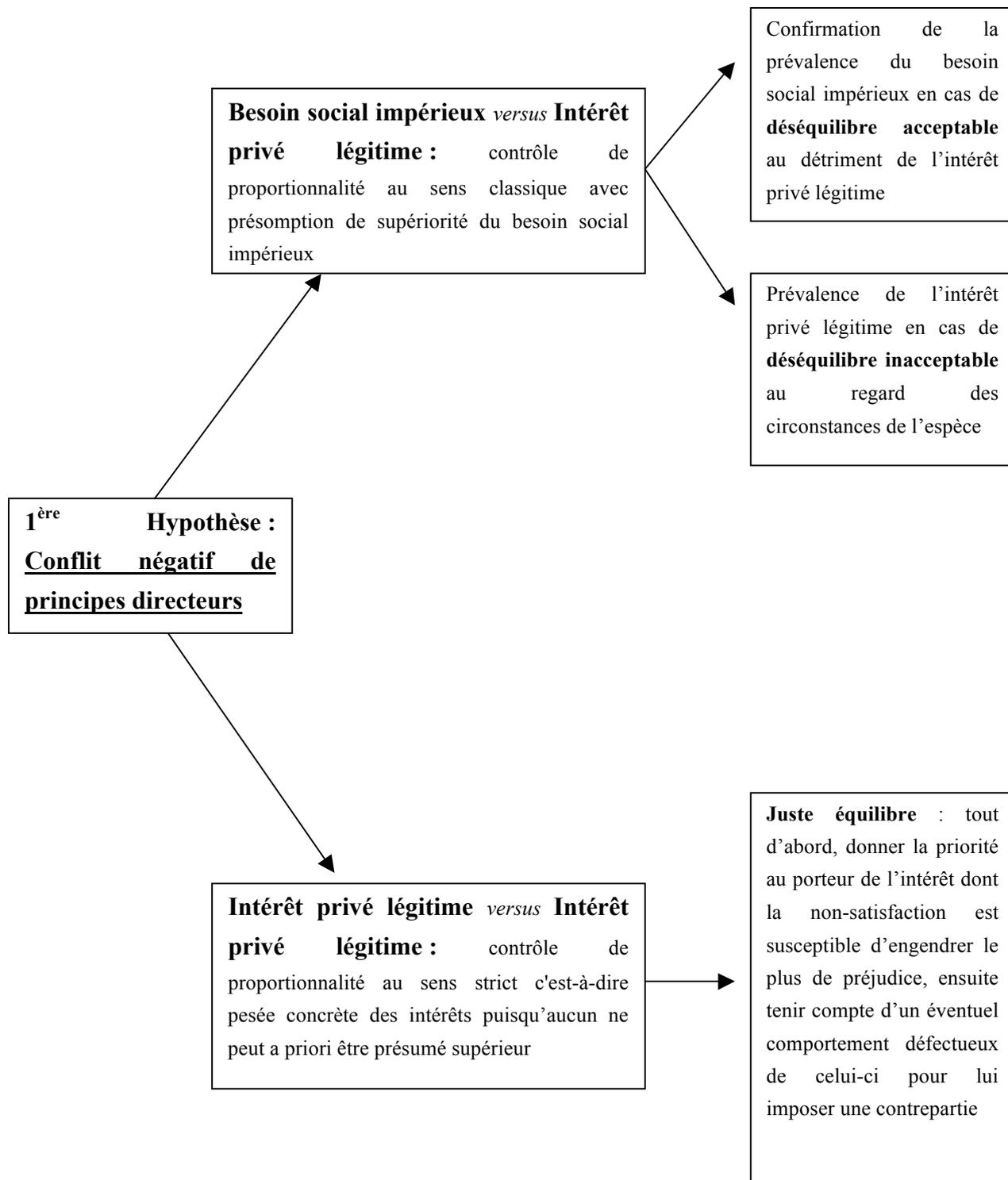
## 398. Appréhension des principes directeurs et correcteurs

		<u>PRINCIPAUX OBJECTIFS</u>	<u>DOMAINE D'APPLICATION</u>
<u>PRINCIPES DIRECTEURS</u>	<b>Primauté des besoins de l'enfant</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantir une évolution dans un environnement sain</li> <li>• Garantir une construction identitaire satisfaisante</li> <li>• Assurer la pérennité des liens affectifs</li> </ul>	Assurer la primauté des besoins de l'enfant est un objectif à garantir dans tous les conflits d'intérêts nécessitant une décision concernant l'enfant
	<b>Liberté</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantir à tout individu une maîtrise sur son corps</li> <li>• Garantir à tout individu une liberté affective</li> <li>• Garantir à tout individu une liberté de croyance et de religion</li> </ul>	Ne pas imposer une contrainte physique ou psychique à une partie est un objectif à atteindre dans le traitement de tous conflits d'intérêts
	<b>Egalité</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantir aux parties une égalité procédurale : accès à un tribunal, droit à un procès équitable, droit à l'exécution des jugements définitifs</li> <li>• Garantir aux parties une égalité substantielle : égalité dans les rapports de couple, égalité entre enfants</li> </ul>	Ne pas instaurer dans le traitement des conflits d'intérêts une différence de traitement entre les parties est un objectif à atteindre dans le traitement de tous conflits d'intérêts
	<b>Confiance légitime</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantir à tout individu, dans un souci de sécurité juridique, le respect de ses prévisions légitimes</li> </ul>	Ne pas remettre en cause les légitimes prévisions des parties est un objectif à atteindre chaque fois que le traitement des conflits d'intérêts menace la stabilité des droits ou situations définitivement fixés
<u>PRINCIPES CORRECTEURS</u>	<b>Intérêt de l'enfant</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Garantir à l'enfant des besoins adaptés à sa situation concrète</li> </ul>	Principe à mobiliser chaque fois que le principe de primauté des besoins de l'enfant est éligible
	<b>Proportionnalité</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Vérifier si la dérogation à l'application pure et simple du principe directeur éligible est un moyen susceptible d'atteindre le but poursuivi</li> <li>• Vérifier s'il n'existe pas un moyen alternatif moins grave que la non-application du principe directeur éligible</li> <li>• Vérifier si au regard des intérêts en jeu, la non-application pure et simple du principe directeur éligible n'entraîne pas de conséquences déraisonnables</li> </ul>	Toutes les fois qu'un besoin de correction de la solution projetée en application d'un principe directeur se fait ressentir
	<b>Responsabilité</b>	Prendre en compte le comportement inadapté des parties qui engendre en totalité ou en partie la situation conflictuelle à résoudre	Principe non autonome à mobiliser dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité

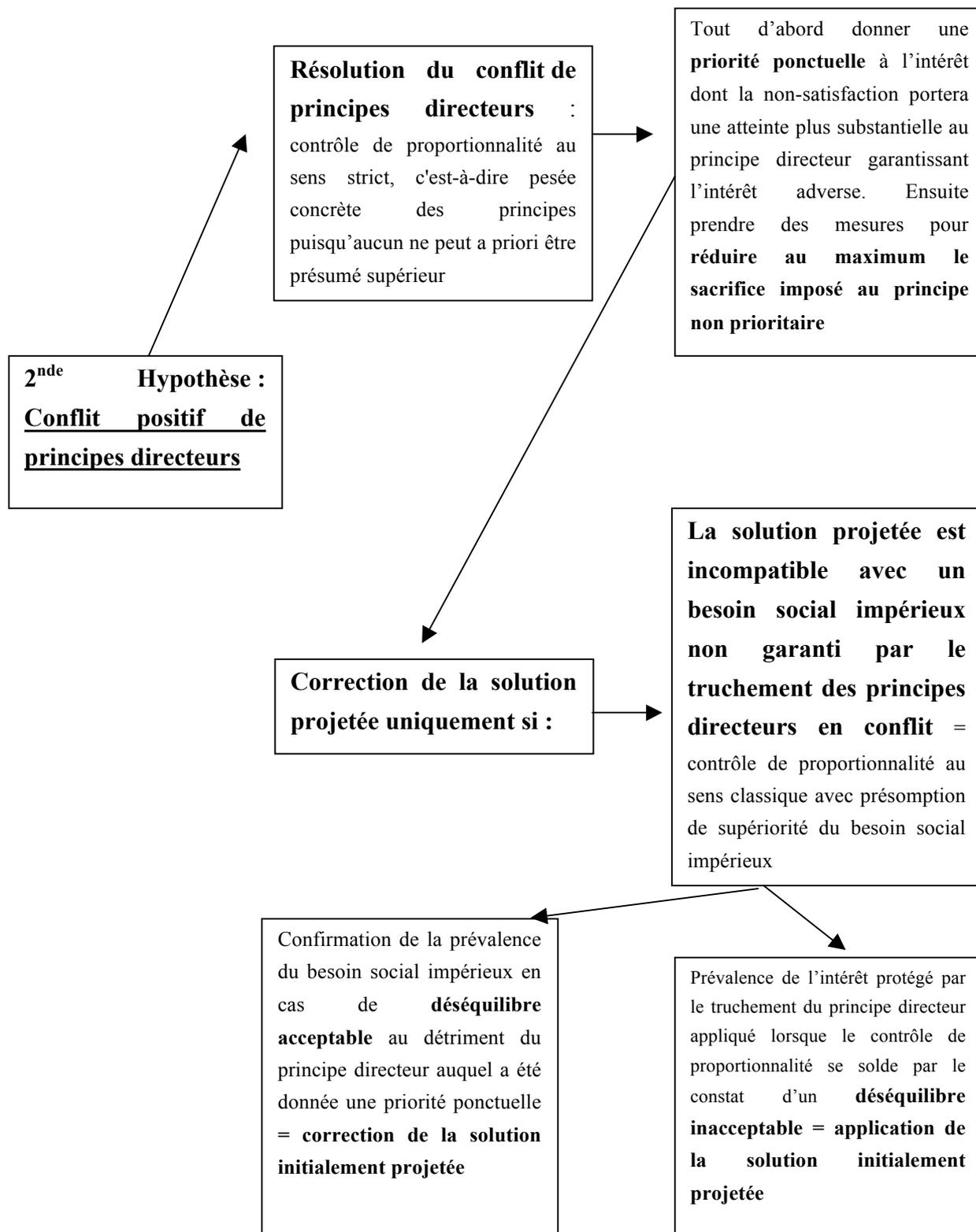
**399. Fonctionnement du système proposé en présence d'une configuration conflictuelle idéale**



**400. Fonctionnement du système proposé en présence d'une configuration conflictuelle complexe (1)**



#### 401. Fonctionnement du système proposé en présence d'une configuration conflictuelle complexe (2)



## CONCLUSION DU SECOND TITRE

402. Il apparaît clairement, au terme de ce titre, qu'il est possible de réduire l'aléa dans le traitement des conflits d'intérêts, d'une part, à travers une gestion préventive efficace, et, d'autre part, à travers une systématisation de la gestion curative.

Partant du constat de la faiblesse de la régulation préventive des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille, il a été proposé, l'adoption d'une véritable politique de prévention des conflits d'intérêts en la matière. Pour ce faire, la légistique et la dissuasion des comportements polémogènes en matière familiale ont été identifiées comme étant des outils susceptibles d'atteindre un tel objectif.

À travers la légistique, il est principalement question de délimiter les contours des prérogatives juridiques permettant la réalisation des intérêts familiaux. Le but étant de fixer précisément les charges et les avantages des différentes prérogatives accordées aux individus en matière familiale, afin d'éviter qu'ils ne transforment l'action en justice en moyen de délimitation du contour de ces prérogatives. À travers la légistique, il était également question d'éviter que le droit lui-même, en recourant à certaines techniques polémogènes, n'attise les conflits d'intérêts.

À côté de la légistique, on a aussi vu dans la dissuasion des comportements polémogènes un outil de gestion préventive des conflits d'intérêts. En effet, en assortissant les comportements polémogènes de sanctions allant de la neutralisation de l'intérêt poursuivi à l'amende, il est possible de prévenir la survenance des conflits d'intérêts en droit de la famille.

Cependant, parce que l'ouvrage préventif ne peut empêcher la survenance de conflits d'intérêts, il a été question d'orienter nos réflexions vers les moyens permettant une systématisation de la gestion curative des conflits d'intérêts en droit de la famille. À ce propos, deux voies de systématisation ont été proposées. La première reposait sur une hiérarchie des prérogatives juridiques, tandis que la seconde reposait sur les principes orientant le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. Entre ces deux voies de systématisation, le choix s'est porté sur la seconde, notamment en raison de l'aversion de la Cour européenne des droits de l'Homme pour les arbitrages dogmatiques et rigides entre les intérêts familiaux.

## CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

403. La seconde partie de cette recherche a été consacrée aux moyens permettant de restaurer une vision d'ensemble dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. On a pu souligner qu'un tel effort de mise en ordre du traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille n'était pas étranger au législateur. En effet, il existe dans l'arsenal juridique des moyens permettant de restaurer une certaine vision d'ensemble dans le traitement des conflits d'intérêts. L'un de ces moyens consiste à faire du traitement des conflits d'intérêts l'affaire des parties. Ces dernières, participant à l'élaboration du traitement de leur conflit, ne seront plus surprises par l'arbitrage réalisé entre les intérêts conflictuels. Cependant, en raison de la particularité de la matière extrapatrimoniale, on a légitimement pu douter de la possibilité d'y réaliser une gestion consensuelle des conflits. Prenant compte de l'emprise de l'ordre public dans ce domaine, il a été proposé, sauf en présence d'un ordre public structurel de généraliser la gestion consensuelle des conflits d'intérêts sous contrôle judiciaire.

Ensuite, l'existence en droit positif de techniques de rationalisation du traitement juridictionnel des conflits d'intérêts a aussi été présentée comme participant à la restauration d'une vision d'ensemble en matière de traitement des conflits d'intérêts. Tel est le cas des techniques limitant le droit d'agir en justice à l'instar des fins de non-recevoir, et des techniques permettant une hiérarchisation *a priori* des intérêts familiaux, à l'instar des présomptions et des fictions juridiques.

Toutefois, il a été souligné que par le truchement de ces techniques, la prévisibilité du traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille n'était pas garantie, puisque l'efficacité de ces techniques était susceptible d'être annihilée au contact des droits fondamentaux. Partant de ce constat, il a été question de réfléchir à d'autres moyens permettant de rendre le moins aléatoire possible, le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

À ce propos, il a été démontré, d'une part, que la meilleure façon de rendre moins incertaine la régulation des conflits d'intérêts consistait à prévenir la survenance de ces conflits. En effet, les conflits d'intérêts étant assez difficiles à résoudre, le droit doit se donner avant tout les moyens d'éviter leur survenance. Cela passe par une discipline normative destinée à éviter que le droit lui-même n'attise ces conflits, mais également par une dissuasion juridique des comportements susceptibles d'engendrer de tels conflits en matière familiale.

Il a été démontré d'autre part qu'il était possible de réduire l'incertitude en matière de traitement des conflits d'intérêts à travers un effort de systématisation. Néanmoins, en raison

de l'incompatibilité des arbitrages dogmatiques et définitifs avec l'exigence de flexibilité des traitements actuellement promue par les droits fondamentaux, la voie d'une systématisation théorique a été délaissée en la matière au profit d'une méthode pragmatique de systématisation. Cette méthode de systématisation consiste à déduire des arbitrages juridictionnels réalisés entre intérêts familiaux antagonistes, les finalités dominantes en matière de traitement des conflits d'intérêts. Par conséquent, il a été proposé de systématiser le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille autour de principes directeurs qui ont pour but d'indiquer le sens de l'arbitrage entre intérêts antagonistes et de principes correcteurs qui ont pour but de modérer si besoin est, la solution à laquelle l'application des principes directeurs aboutit.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

« À l'origine d'un effort théorique quelconque, il doit probablement y avoir toujours un certain sentiment d'insatisfaction devant l'état actuel des connaissances ou de leur présentation ».<sup>1</sup>

**404. La poursuite d'un but.** — Partant du constat d'un traitement empirique des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille, il a été assigné à cette recherche l'objectif de déterminer s'il était encore possible de restaurer une vision d'ensemble destinée à rendre moins incertain le traitement des conflits d'intérêts en la matière. À l'issue de cette étude, on peut affirmer qu'il est possible de réduire la part d'incertitude dans le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille, en rationalisant au maximum la méthode par laquelle une solution est donnée aux conflits d'intérêts.

**405. L'approche retenue pour l'atteindre.** — Toutefois, l'approche retenue pour atteindre un tel but se veut pragmatique pour plusieurs raisons.

La première est relative à l'érosion de la force symbolique du droit de la famille. Il a été démontré que les individus revendiquent de plus en plus le droit de déterminer eux-mêmes les finalités familiales qui leur importent et ne reconnaissent plus au législateur une légitimité pour déterminer, et encore moins, pour imposer un ordre précis de valeurs en matière familiale. Dès lors, à défaut de faire un tri entre les valeurs et de fixer par la norme des finalités familiales qui vaudraient pour toutes formes de vie en famille, il serait illusoire de prétendre rationaliser le traitement des conflits d'intérêts au travers d'une approche dogmatique qui suppose la possibilité de hiérarchiser en amont les différents intérêts personnels et familiaux.

La seconde est relative au besoin contemporain, issu de la logique des droits fondamentaux, qui consiste à atteindre dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille l'idéal de justice dans chaque cas particulier ; ce qui suppose qu'on accorde une place importante à l'équité dans ledit traitement. Pour ce faire, il est nécessaire que les règles de conflit ne

---

<sup>1</sup> C. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, PUF, 1987, p. 56.

consacrent pas des arbitrages définitifs et inflexibles. Or, ce besoin de flexibilité s'accommode mal d'une approche dogmatique du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.

**406. La détermination des finalités dominantes en matière de traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.** — De ces constatations, une approche pragmatique a été privilégiée pour la rationalisation du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. Concrètement, cette approche pragmatique consiste à systématiser, à partir des arbitrages juridictionnels en la matière, la méthode permettant de donner une solution aux conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille. À ce propos, on a pu souligner que des finalités dominantes ressortent de l'analyse des différents traitements juridictionnels donnés aux conflits d'intérêts en droit de la famille.

Ainsi, il a pu être établi qu'en l'état actuel du droit positif, une importance est attachée au respect des prévisions légitimes des parties dans le traitement des conflits d'intérêts ; en raison de cette nécessaire garantie des prévisions légitimes, il doit être assuré aux litigants une certaine continuité des situations régulièrement constituées ou cristallisées dans le temps.

Aussi, il a pu être établi qu'en l'état actuel du droit positif, il est impossible, au nom du respect de la liberté individuelle, d'imposer à une partie, dans la régulation des conflits d'intérêts, une contrainte physique ou psychique.

De même, il a pu être établi qu'en l'état actuel du droit positif, il est interdit, au nom du respect d'une certaine égalité, d'accorder à une partie, dans le traitement des conflits d'intérêts, un avantage processuel ou substantiel qui serait refusé à son adversaire pourtant placé dans la même situation.

Également, il ressort du droit positif que doit être garantie aux parties dans le traitement des conflits d'intérêts, la possibilité d'une révision dudit traitement en présence de circonstances exceptionnelles ; l'instabilité qui se trouve ainsi inoculée à la solution donnée aux conflits d'intérêts est jugée préférable au trouble que peut engendrer dans le cercle familial, le maintien d'une solution devenue inadaptée au regard des besoins ou de l'évolution de la situation des parties.

Enfin, il ressort du droit positif que lorsque le conflit d'intérêts concerne l'enfant, la recherche d'une solution compatible à ses besoins et conforme à son intérêt doit constituer la finalité principale du traitement.

Toutefois, soulignons qu'il ne faudrait pas tenir pour définitive la liste de ces finalités dominantes autour desquelles on construit, en droit de la famille, la solution des conflits d'intérêts. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le droit vit, se transforme et partant la manière de traiter les conflits d'intérêts aussi ; on peut assister demain à l'apparition de garanties nouvelles accompagnées peut-être d'une dépréciation des garanties considérées

jusqu' alors comme essentielles. Partant, il faut garder sans cesse à l'esprit que les finalités considérées comme dominantes ne constituent que le reflet du traitement des conflits d'intérêts à une époque donnée.

**407. Une méthodologie en matière de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.** — En définitive, pour répondre concrètement à la question de savoir s'il est encore possible de restaurer une vision d'ensemble en matière de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, il faudrait retenir que la méthode et le mode de traitement à privilégier pour atteindre ce but dépendent fortement de la configuration conflictuelle.

Pour ce qui est du mode de traitement des conflits d'intérêts à privilégier, il convient de souligner qu'exceptée la situation d'affrontement entre l'intérêt général défendu par l'État et les intérêts privés<sup>1</sup>, l'action en justice ne doit pas constituer la voie naturelle de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille. En effet, il semblerait qu'aujourd'hui, le législateur ait réellement la volonté d'opérer un changement de culture<sup>2</sup> dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille puisqu'il fait de plus en plus du traitement consensuel, le mode de régulation privilégié lorsque survient un conflit entre intérêts familiaux.

Pour ce qui est de la méthode de traitement des conflits d'intérêts, il faudrait opérer une distinction entre les conflits « intra-prérogatives » et les conflits « inter-prérogatives ».

Face à un conflit « intra-prérogative » qui survient lorsque les litigants invoquent le même droit ou la même liberté pour la satisfaction d'intérêts opposés<sup>3</sup>, la logique de traitement est celle d'une conciliation des intérêts revendiqués, car aucune partie ne peut, *a priori*, prétendre tirer un pouvoir supérieur de la prérogative qu'elle invoque au secours de la satisfaction de son intérêt. Ainsi, soit les intérêts antagonistes revendiqués ne sont pas totalement inconciliables et le juge essaie de les concilier autour d'un objectif commun qui transcende le conflit qui les oppose, soit les intérêts antagonistes revendiqués sont totalement inconciliables. Dans cette dernière hypothèse, le juge peut, lorsque la configuration conflictuelle le permet, renvoyer les parties à leurs responsabilités en leur proposant de déconstituer la situation qui engendre le conflit. Par exemple, lorsque de jeunes époux ne s'entendent pas sur la fixation du domicile conjugal, le juge peut refuser de trancher

<sup>1</sup> Cette exception s'explique par le fait qu'on ne saurait envisager dans une matière d'ordre public, une tentative de gestion consensuelle du conflit entre l'État et les particuliers qui violent les prescriptions légales. En sus, ces conflits d'intérêts portant souvent des revendications destinées à faire évoluer le droit, les porteurs d'intérêts privés n'ont aucun intérêt à se satisfaire d'une dérogation personnelle aux prescriptions légales.

<sup>2</sup> Ce changement de culture amorcé apparaît plus nettement à propos de la régulation des conflits d'intérêts issus de la représentation, qui pour rappel, ont été exclus de notre champ d'analyse. Voir par exemple, N. MOLFESSIS, « *Conflits d'intérêts : vers un changement de culture* », JCP (G), supplément au numéro 52, p. 1.

<sup>3</sup> Par exemple dans l'affaire *Evans c. Royaume-Uni*, chaque partie puise dans l'article 8 de la Conv. EDH. le droit de devenir ou de ne pas devenir parent. CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, n° 6339/05, RTD civ. 2007, p. 295, note J.-P. MARGUÉNAUD ; RDSS 2007, n° 5, p. 810, note D. ROMAN.

concrètement le conflit en leur faisant constater qu'en la matière, ils disposent tous deux des mêmes pouvoirs et qu'il leur appartient de trouver un compromis ou alors de divorcer. Néanmoins, lorsque la configuration conflictuelle ne permet pas au juge de se défaire sur les parties et qu'il doit impérativement faire un choix entre deux intérêts totalement inconciliables, il doit avoir à l'esprit la nécessité de garantir, par son traitement, un juste équilibre entre les intérêts en jeu. Il doit tout d'abord donner une priorité à l'intérêt dont la non-satisfaction engendre dans le cas d'espèce le plus de préjudice. Il doit ensuite, en donnant satisfaction à cet intérêt, tenir compte de l'autre en prenant des mesures destinées à réduire le plus possible les sacrifices qu'il compte imposer à son porteur.

Face à un conflit « inter-prérogatives » qui survient lorsque les litigants invoquent des différents droits ou libertés pour la satisfaction d'intérêts opposés, il convient de distinguer le conflit « inter-prérogatives » vertical du conflit « inter-prérogatives » horizontal.

En présence d'un conflit « inter-prérogatives » vertical caractérisé par l'opposition entre des intérêts individuels et l'intérêt général défendu par l'État, la régulation d'un tel conflit s'inscrit dans une logique de hiérarchisation des intérêts. Une prévalence doit *a priori* être donnée à l'intérêt général sauf s'il apparaît *a posteriori*, au regard des circonstances de l'espèce, qu'une telle régulation consacrerait un déséquilibre inacceptable au détriment des intérêts individuels.

En présence d'un conflit « inter-prérogatives » horizontal caractérisé par l'opposition entre des intérêts individuels, la logique de traitement dépend fortement de la configuration conflictuelle. La hiérarchisation sera privilégiée lorsqu'il apparaît que le législateur n'accorde pas la même importance à la satisfaction des intérêts en jeu, ou lorsqu'il fait de la satisfaction d'un des intérêts antagonistes, une finalité à atteindre. Toutefois, il convient de garder à l'esprit que le primat ne doit pas être donné à la satisfaction de l'intérêt à l'égard duquel le législateur affiche clairement une préférence lorsqu'il apparaît, à la suite d'un contrôle de proportionnalité, que la consécration d'une telle primauté entérine un déséquilibre inacceptable au détriment du porteur de l'intérêt antagoniste, qui rappelons-le, est aussi un intérêt légitime.

Toujours en présence d'un conflit « inter-prérogatives » horizontal, la logique de conciliation sera privilégiée pour son traitement lorsqu'il apparaît que les intérêts sont protégés de façon équivalente par le droit qui répugne, pour leur satisfaction, à afficher une préférence à l'égard de l'un ou de l'autre. Dans une telle situation, le juge devra s'efforcer de maintenir un juste équilibre entre les intérêts antagonistes en prenant le soin de ne pas frustrer, plus que de raison, l'un ou l'autre. Il réalisera pour ainsi dire une pesée concrète entre les intérêts antagonistes. Néanmoins, pour ne pas tomber dans la casuistique, la réalisation d'une telle pesée doit nécessairement être balisée par les finalités dominantes sus-déterminées. Les parties ne sont certes pas en mesure de prédire l'issue de cette pesée, mais au moins, elles

savent qu'un minimum de garanties leur est aménagé dans le traitement des conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille.

**408. Une aventure inachevée.** — Avant de clore cette étude, il convient de rappeler que notre recherche est nécessairement imparfaite et incomplète.

Imparfaite, parce que comme toute œuvre de l'esprit, la rationalisation de la méthode de traitement qui y est proposée peut se discuter.

Incomplète, d'une part, parce qu'elle laisse vierge d'exploration l'impact des futurs bouleversements en matière familiale sur la régulation des conflits d'intérêts. Dès lors, elle doit toujours être analysée à l'aune de l'état du droit positif en vigueur au jour de son achèvement. Incomplète, d'autre part, parce qu'en raison des exigences d'une recherche doctorale, cette étude a été limitée à l'exploration du droit extrapatrimonial de la famille alors que la matière patrimoniale est aussi confrontée aux conflits d'intérêts ; il serait peut-être opportun, dans un avenir proche, de se frotter également à la régulation des conflits d'intérêts en droit patrimonial de la famille pour comparer le résultat d'une telle recherche avec celui qui est ici présenté.

## INDEX THÉMATIQUE

*Les numéros renvoient aux paragraphes et non aux pages.*

### A

#### **Abus**

- notion : n° 318
- sanction : n° 321

**Accouchement sous X** : n° 394

**Action attitrée** : n° 242

#### **Adoption**

- intrafamiliale : n° 298
- de l'enfant du conjoint n° 299

**Altérité sexuelle** : n° 32

**Autorité de la chose jugée** : n° 245 et s.

**Autorité des jugements** (rendus en équité) : n° 97 et s.

### B

#### **Besoin**

- de protection : n° 273
- de l'enfant : n° 364 et s.
- social impérieux : n° 383

### C

**Cause** (différenciation avec l'intérêt) : n° 4

**Chronologique** (critère) : n° 253 et s.

#### **Conciliation**

- méthode de traitement n° 352
- mode de gestion consensuelle n° 195

**Confiance légitime** : n° 371 et s.

**Configuration conflictuelle complexe** : n° 384 et s.

**Configuration conflictuelle idéale** : n° 379 et s.

**Conflit** (définition) : n° 2

**Conflit d'intérêts** (définition) : n° 1, 6, 8

#### **Continuité**

- espace de : n° 177 et s.
- internationale : n° 155 et s.

**Contra non valentem** : n° 274 et s.

**Contrainte juridique** (adhésion) : n° 51 et s.

**Convention** (validité, efficacité, force obligatoire, force exécutoire) : n° 222

**Convention de procédure participative** : n° 196

### D

#### **Délai**

- de forclusion : n° 247
- de prescription : n° 247

#### **Détournement**

- notion : n° 316
- sanction : n° 319

**Discontinuité** (du traitement des conflits d'intérêts) : n° 148

#### **Domages et intérêts**

- divorce : n° 334
- reconnaissance mensongère : n° 336

**Droit extrapatrimonial de la famille** (définition) : n° 7

**Droit transitoire** (théorie générale) : n° 123

**Droits fondamentaux**

- ambivalence fonctionnelle : n° 171 et s.
- articulation avec le droit international privé : n° 180 et s.

**E**

**Égalité** (principe de) : n° 370

**Enlèvements internationaux d'enfants** : n° 178

**Équité**

- absence de règle de conflit : n° 82
- autorité du jugement n° 97 et s.
- autorité parentale : n° 80
- dans le divorce : n° 64 et s.
- dans les effets de la rupture : n° 66 et s.
- et proportionnalité : n° 87
- existence d'une règle de conflit : n° 83 et s.
- filiation : n° 70 et s.
- invisible : n° 84
- justice du cas particulier : n° 55 et s.
- subversive : n° 85 et s.

**Exigences** (du droit contemporain de la famille) : n° 359

**Exogamie** : n° 31

**F**

**Fait nouveau** : n° 117

**Fiction juridique** : n° 262 et s.

**Fidélité sexuelle** : n° 29

**Fin de non-recevoir**

- contournement : n° 269 et s.
- pouvoir du juge : n° 267 et s.
- spécifique au droit de la famille : n° 248

**Fonction opératoire** : n° 21

**Fonction symbolique** : n° 21

**Fraude**

- notion : n° 317
- sanction : n° 320

**G**

**Gestion consensuelle**

- domaine : n° 200 et s.
- effectivité : n° 221 et s.
- futur conflictuel : n° 206 et s.
- présent conflictuel : n° 203 et s.
- prévisibilité : n° 215 et s.
- stabilité : n° 227 et s.

**Gestion préventive**

- adoption : n° 298 et s.
- autorité parentale : n° 301
- mariage n° 288 et s.)

**H**

**Hiérarchisation** : n° 24, 347, 351

**Homologation judiciaire**

- autorité de la chose jugée : n° 233
- autorité parentale : n° 231
- divorce : n° 229 et s.
- régime matrimonial : n° 228
- rôle : n° 223 et s.

**I**

**Incertitude juridique** : n° 17 et 18

**Insécurité juridique** : n° 18

**Instabilité du traitement** : n° 104, 153

**Instrumentalisation du droit** : n° 314

**Intérêt**

- à agir : n° 240
- définition : n° 3 et s.
- familiaux : n° 10

**Intérêt de l'enfant**

- coordination des ordres juridiques n° 163
- principe de : n° 374

## J

**Jugements étrangers** (conditions d'efficacité) : n° 151 et s.

## K

**Kafala** : n° 393

## L

**Légitime** (prévention des conflits d'intérêts) : n° 305

**Liberté** (principe de) : n° 366 et s.

## M

**Marge nationale d'appréciation** : n° 165

**Mariage posthume** : n° 294

**Médiation** : n° 194

**Mobile** (différenciation avec l'intérêt) : n° 5

**Modélisation**

- conceptuelle : n° 344 et s.
- fonctionnelle : n° 344, 360

**Monogamie** : n° 29

## O

**Obéissance** : n° 28

**Ordre public** : n° 191

**Ordre public fonctionnel** : n° 199

**Ordre public structurel** : n° 199

## P

**Paramètres d'arbitrages**

- fixes : n° 110

- évolutifs : n° 110

**Présomption de paternité** : n° 260

**Présomption de volonté** : n° 261

**Présomption légale** : n° 258 et s.

**Prévisibilité** : n° 92 et s.

**Prévision légitime** : n° 159 et s.

**Principe**

- directeur : n° 364, 385 et s.

- correcteur : n° 373

**Prophylaxie juridique** : n° 43 et s.

**Proportionnalité** (principe de) : n° 375 et s.

## Q

**Qualification** (des prérogatives juridiques) : n° 355

**Qualité pour agir** : n° 241 et s.

## R

**Rationalisation** (techniques de) : n° 237 et s.

**Règle de conflit imprécise** : n° 60

**Renonciation aveugle** : n° 209

**Respect** : n° 28

**Responsabilité** : n° 342 (principe de n° 377)

**Rétroactivité**

- jurisprudence : n° 128 et s.

- filiation : n° 308 et s.

**Révision**

- faits nouveaux : n° 106 et s.

- jurisprudence nouvelle : n° 128 et s.

- loi nouvelle n° 122, 136

- pouvoir judiciaire : n° 113 et s.

**S**

**Sanction** : n° 45 et s., n° 323 et s.

**Sanction-liquidation** : n° 328 et s.

**Sanction-réparation** : n° 328 et s.

**Sécurité juridique** : n° 18, 140

**Solidarité** : n° 30

**Stabilité** (des traitements) : n° 133 et s.

**Statuts conjugaux** (concurrence) : n° 288  
et s.

**Subjectivité** : n° 356 et s.

**Syllogisme régressif** : n° 84

**T**

**Traitement négocié** (voir gestion  
consensuelle)

**V****Valeurs**

- contestation : n° 36 et s.

- finalités : n° 35

- Relativisme : n° 39 et s.

- traditionnelles : n° 27 et s.

**Volonté des parties** (rôle) : n° 272

## BIBLIOGRAPHIE

### I- OUVRAGES GÉNÉRAUX

#### I-1. TRAITÉS ET MANUELS

##### **AMRANI MÉKKI (S.) ET STRICKLER (Y.)**

- Procédure civile, PUF, 2014.

##### **ARIÈS (P.) ET DUBY (G.)**

- (dir.), Histoire de la vie privée, t. 1, Seuil, 1985.

##### **ASSIER-ANDRIEU (L.)**

- Le droit dans les sociétés humaines, éd. Nathan, 1996.

##### **ATIAS (C.)**

- Épistémologie juridique, PUF, 1985.

##### **AUBERT (J.-L.)**

- Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, Dalloz, 14e éd., 2012.

##### **AUBRY (C.)**

- Cours de droit civil français, t. 12 par C. ESMEIN, 6e éd., 1958.

##### **AUDIT (B.) ET D'AVOUT (L.)**

- Droit international privé, 7e éd., Economica, 2013.

##### **BALZAC (H.)**

- Œuvres de H. de Balzac, T. 3, Bruxelles 1837.

- La comédie humaine, t. 1, études de mœurs, éd. Furnes, Paris, 1842.

##### **BARTIN (E.)**

- Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française, t. I, Domat-Montchrestien, 1930.

- Études sur les effets internationaux des jugements, LGDJ, 1907.

##### **BATIFFOL (H.)**

- La philosophie du droit, PUF, coll. Que sais-je ?, 10e éd., 1997.

- Aspects philosophiques du droit international privé, rééd. Dalloz, 2002.

##### **BELHASSEN (P.)**

- La crémation : le cadavre et la loi, LGDJ, 1997.

##### **BERGEL (J.-L.)**

- Théorie du droit, 5e éd., Dalloz, 2012.

##### **BERTAULD (A.)**

- La liberté civile, 2e éd., Librairies Didier et compagnies, 1864.

##### **BONFILS (P.) ET GOUTTENOIRE (A.)**

- Droit des mineurs, 2e éd., Dalloz, 2014.

##### **BOUANICHE (A.) ET WORMS (F.)**

- H. BERGSON, Essai sur les données immédiates de la conscience. Edition critique, PUF, 2007.

##### **BOULOC (B.)**

- Droit pénal général, 22e éd., Dalloz, 2011.

##### **BUFFELAN-LANORE (Y.) ET LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**

- Droit civil, Les obligations, 14e éd., Sirey, 2014.

- Droit civil, Introduction, Biens, Personnes, Famille, 19e éd., Sirey, 2015.

**BUREAU (D.) ET MUIR WATT (H.)**

- Droit international privé, t. I, PUF, 2e éd. 2010.

**CABRILLAC (R.), FRISON-ROCHE (M.-A.) ET REVET (T.)**

- (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 16e éd. Dalloz, 2010.

**CADIET (L.) ET JEULAND (E.)**

- Droit judiciaire privé, 8e éd., LexisNexis, 2013.

**CADIET (L.), NORMAND (J.), ET AMRANI MÉKKI (S.)**

- Théorie générale du procès, 2e éd., PUF, 2013.

**CAPITANT (H.)**

- De la cause des obligations, Dalloz, 1927.

**CARBONNIER (J.)**

- Droit civil, t. 2, La famille, l'enfant, le couple, PUF, 2002.

- Droit et passion du droit sous la Ve République, Flammarion, 1996.

- Essais sur les lois, Répertoire du notariat Defrénois, 1979.

- Flexible droit, 10e éd., LGDJ, 2001.

- Droit civil, Introduction, 27e éd. PUF 2002.

- Droit civil, t. IV, Les obligations, PUF, 1994.

**CHASSAGNARD-PINET (S.) ET HIEZ (D.)**

- (dir.), Approche critique de la contractualisation, LGDJ, 2007.

- (dir.) Approche renouvelée de la contractualisation, PUAM, 2007.

**CHAUNU (P.)**

- La liberté, éd. Fayard, 1987.

**CHRISTOFF (D.)**

- Le temps et les valeurs : essai sur l'idée de finalité, Neuchâtel, éd. De la Baconnière, 1945.

**CLAUX (P.-J.) ET DAVID (D.)**

- (dir.) Droit et pratique du divorce, Dalloz, 2015.

**COLOMBET (C.)**

- La famille, PUF, 1999.

**COMMAILLE (J.)**

- L'esprit sociologique des lois. Essai de sociologie politique du droit, Paris, PUF, 1994.

**CORNU (G.)**

- Droit civil : La famille, 9e éd., Montchrestien, 2006.

- L'apport des réformes récentes du Code civil à la théorie générale du droit civil, Paris, Les Cours de droit, 1970-1971.

**CORNU (G.) ET FOYER (J.)**

- Procédure civile, Paris, 1958.

**COURBE (P.), GOUTTENOIRE (A.)**

- Droit de la famille, Sirey, 2013.

**FENOUILLET (D.)**

- Droit de la famille, 3e éd. Dalloz, 2013.

**FENOUILLET (D.) ET DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.)**

- (dir.), La contractualisation de la famille, Economica, 2001.

**DABIN (J.)**

- Le droit subjectif, Dalloz, 1952.

- Théorie générale du droit, 3e éd., Paris, 1969.

**DE LA ROCHEFOUCAULD (F.)**

- Réflexions ou sentences et maximes morales, 4e éd., P. Compagnon et R. Taillandier, Lyon, 1685.

**DE PAGE (H.)**

- Traité élémentaire de droit civil, Bruxelles, 1939, t. 3.

- A propos du gouvernement des juges : l'équité en face du droit, Sirey-Bruylant, 1931.

**DE SINGLY (F.)**

- Le soi, le couple et la famille, éd. Nathan, 1996.

**DEJEAN DE LA BÂTIE (N.)**

- Responsabilité délictuelle, Librairies techniques, Paris, 1989.

**DEMOGUE (R.)**

- Les notions fondamentales du droit privé, rééd. 2001, Paris, La mémoire du droit.

**DOCKÈS (E.)**

- Valeurs de la démocratie, Dalloz, 2005.

**DOUET (F.)**

- Le droit patrimonial de la famille, PUF, coll. Que sais-je ?, 1999.

- Précis de droit fiscal de la famille, LexisNexis 2013.

**DREYER (E.)**

- Droit pénal général, 2e éd., LexisNexis, 2012.

**DUMONT (H.), OST (F.) ET VAN DROOGHENBROECK (S.)**

- (dir.), La responsabilité, face cachée des droits de l'homme, Bruylant, 2005.

**DUTOIT (B.) ET ALII**

- Le divorce en droit comparé, vol. 1 : Europe, Librairie Droz, Genève, 2000.

**EKELMANS (M.)**

- (dir.), Les conflits d'intérêts, Bruylant, 1997

**FABRE-MAGNAN (M.)**

- Droit des obligations, t. 1, PUF, 2012.

**FENET (P.-A.)**

- Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I, Paris, 1836.

**FLOUR (J.)**

- Cours d'introduction à l'étude du droit et droit civil, Coll. Les cours de droit, Paris 1964.

**FLOUR (J.) ET CHAMPENOIS (G.)**

- Les régimes matrimoniaux, 2e éd, Armand Colin, 2001.

**FRANCESSAKIS (P.)**

- La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Sirey, 1958.

**Francis Lefebvre éd.**

- Droit de la famille, Mémento pratique, 2014.

**FRICÉRO (N.), BUTRUILLE-CARDEW (C.), BENRAÏS (L.), GORCHS-GELZER (B.), PAYAN (G.)**

- Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD), Dalloz, 2014.

**FULCHIRON (H.)**

- (dir.), Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Bruylant, 2005.

**GALLUS (N.)**

- (dir.), Les aliments, Larcier, 2006.

**GARRIGUE (J.)**

- Droit de la famille, Dalloz, 2015.

**GÉNY (F.)**

- Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, t. 2, LGDJ, rééd. 1995.

**GHESTIN (J.)**

- Cause de l'engagement et validité du contrat, LGDJ, 2006.
- (dir.), Traité de droit civil, Les obligations, t. 2, La formation du contrat, LGDJ, 2013.
- (dir.), Traité de droit civil, les biens, LGDJ, 2000.
- (dir.), Traité de droit civil, Introduction générale, LGDJ, 1996.

**GRIMALDI (M.)**

- (dir.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz action, 2011.

**GRZEGORCZYK (C.)**

- La théorie générale des valeurs et le droit, LGDJ, 1982.

**GUINCHARD (S.)**

- (dir.), Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz-Action, 2014.
- (et alii), Droit processuel, 8e éd., Dalloz, 2015.
- (et alii), Procédure civile, 2e éd., Dalloz, 2011.

**GUYON (Y.)**

- L'arbitrage, Economica, 1995.

**HAUSER (J.), HUET-WEILLER (D.)**

- La famille, Dissolution de la famille, LGDJ, 1991.

**HÉRON (J.) ET LE BARS (T.)**

- Droit judiciaire privé, 6e éd., LGDJ, Lextenso, 2015.

**HILBERER-ROUZIC (P.)**

- L'obligation alimentaire dans le cadre de l'action sociale, MB édition, 2003.

**HIRSCH (M.)**

- Pour en finir avec les conflits d'intérêts, Stock, 2010.

**HOLLEAUX (D.)**

- Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements, LGDJ, 1970.

**JESTAZ (P.)**

- Le droit, 4e éd., Dalloz, 2002.

**JOSSERAND (L.)**

- Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé, réédition, Dalloz, 2006.
- Cours de droit positif français, t. 3, Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités, 2e éd., Sirey, 1933.
- De l'esprit des droits et de leur relativité : théorie dite de l'abus des droits, 2e éd., Dalloz, 1939.

**KELSEN (H.)**

- Théorie pure du droit, trad. EISENMANN, Paris, 1962.

**KERBAOL (G.)**

- La responsabilité des magistrats, PUF, 2006.

**LAMBERT (E.)**

- La fonction du droit civil comparé, t. 1, Paris, 1903.

**LAURENT (F.)**

- Principes de droit civil, t. I, Paris, 1869.

**LE TOURNEAU (P.)**

- (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action 2014.

**LÉCUYER (H.), BEIGNIER (B.) ET MURAT (P.)**

- (dir.), Perspectives de réformes en droit de la famille, éd. Juris-classeur, 2000.

**LEVENEUR (L.)**

- La famille, 7e éd. Montchrestien, 1995.

**LÉVY (J.-P.)**

- Histoire du droit civil, Dalloz, 2010.

**LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.) ET DE VAREILLES-SOMMIÈRES (P.)**

- Droit international privé, Dalloz, 2013.

**LOYSEL (A.)**

- Institutes coutumières, Paris, 1846.

**MABAKA (P.-M.)**

- Grands principes juridiques, éd. Espérance, 2015.

**MAGNIER (V.)**

- (dir.), Les conflits d'intérêts dans le monde des affaires, un Janus à combattre ?, PUF, 2006

**MAGNON (X.)**

- Théorie(s) du droit, Ellipses, 2008.

**MALAURIE (P.), FULCHIRON (H.)**

- Droit civil : La famille, 2e éd., Defrénois, 2006.

**MALAURIE (P.), AYNÈS (L.) ET STOFFEL-MUNCK (P.)**

- Droit des obligations, 7e éd., LGDJ, Lextenso éditions, 2015.

**MALINVAUD (P.)**

- Introduction à l'étude du droit, 13e éd., LexisNexis 2011.

**MARTY (G.) ET RAYNAUD (P.)**

- Droit civil, Introduction générale à l'étude du droit, t. 1, 2e éd., Sirey, 1972.

**MAYAUD (Y.)**

- Droit pénal général, 3e éd., PUF, 2004.

**MOLFESSIS (N.)**

- (dir.), Les revirements de jurisprudence, Litec, 2005.

**MORCHAIN (P.)**

- La psychologie sociale des valeurs, Dunod, 2009.

**MORET-BAILLY (J.)**

- Les conflits d'intérêts : définir, gérer, sanctionner, LGDJ, Lextenso éditions, 2014.

**MOUFFE (B.)**

- Le droit à l'humour, Larcier, 2011.

**MOUGENOT (D.)**

- Principes de droit judiciaire privé, Larcier, 2009.

**MURAT (P.)**

- (dir.), Droit de la famille, 7e éd., Dalloz-Action, 2015.

**NIBOYET (M.-L.) ET DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE (G.)**

- Droit international privé, 4e éd., LGDJ, 2013.

**NIETZSCHE (F.)**

- Ainsi parlait Zarathoustra, rééd. Brodard & Taupin, 2005.

**OBERDORFF (H.)**

- Droits de l'homme et libertés fondamentales, 4e éd., LGDJ, 2013.

**OST (F.)**

- Droit et intérêt, Entre droit et non-droit : l'intérêt, vol. 2, éd. PFUSL, 1990.

**OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.)**

- De la pyramide au réseau ?, PFUSL 2002.

**PASCAL (B.)**

- Pensées et opuscules, rééd. Hachette, 1909.

**PERROT (R.)**

- Institutions judiciaires, 3e éd., Montchrestien, 1989.

**PICARD (D.) ET MARC (E.)**

- Les conflits relationnels, coll. Que sais-je ? PUF 2012.

**PICAVET (E.)**

- La revendication des droits : étude de l'équilibre des raisons dans le libéralisme, éd. Classiques Garnier, 2011.

**PIERRAT (E.)**

- Le sexe et la loi, éd. La Musardine, 2008.

**PLANIOL (M.)**

- Traité élémentaire de droit civil, 2e éd., t. II, LGDJ, 1902.

**POITOU (E.)**

- La liberté civile et le pouvoir administratif en France, Librairies Charpentier et Compagnies, 1869.

**POLIN (R.)**

- La création des valeurs, Librairie philosophique J. Vrin, Paris 1977.

**PONTIER (J.-M.)**

- (dir.), Les principes et le droit, PUAM, 2007.

**POUSSON (A.), POUSSON-PETIT (J.)**

- L'affection et le droit, éd. du Centre national de la recherche scientifique, 1990.

**QUINTILIEN**

- Institution oratoire, t. IV, L. VI-VII, trad. J. COUSIN, Paris, Les Belles Lettres, 1977.

**RIGAUX (F.)**

- La loi des Juges, Paris, Odile Jacob, 1997.  
- La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité, Bruylant, LGDJ, 1990.

**RIPERT (G.)**

- La règle morale dans les obligations civiles, 4e éd., LGDJ, 1949.

- Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955.

**ROLAND (H.) ET BOYER (L.)**

- Introduction au droit, Litec, 2003.

**ROUAST (A.)**

- Traité pratique de droit civil français, t. II, La famille, 1952.

**ROUBIER (P.)**

- Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.  
- Théorie générale du droit, Dalloz, 2005 (rééd.).  
- Le droit transitoire, 2e éd., Dalloz 1960.

**SAINT-PAU (J.-C.)**

- (dir.), Droits de la personnalité, LexisNexis, 2013.

**SALLEILLES (R.)**

- De l'abus de droit, rapport présenté à la première Sous-commission de la Commission de révision du Code civil, Bulletin de la Société d'études législatives, 1905.

**SAVATIER (R.)**

- Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, t. 1, 3 e éd., Paris, 1964.

**SCHMIDT (D.)**

- Les conflits d'intérêts dans la société anonyme, Joly, 1e éd., 1999.

**SCHWARZE (J.)**

- (dir.), Droit administratif européen, 2e éd., Bruylant, 2009.

**SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H.-A.)**

- Eléments d'une introduction à la philosophie du droit, LGDJ, 1976.

**SÉRIAUX (A.)**

- Droit canonique, PUF, 1998.

**SIMMEL (G.)**

- Le conflit, (trad. S. MULLER), Circé poche, 1995.

**SIMON (J.)**

- La liberté civile, 3e éd., Librairies L. Hachette et compagnies, 1867.

**STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.)**

- Obligations, t. 2, Contrats, 5e éd., Litec 1995.

**STOETZEL (J.)**

- Les valeurs du temps présent : une enquête européenne, PUF, 1983.

**STUART MILL (J.)**

- L'utilitarisme, trad. P.-L. LEMONNIER, 1925.

**SUPIOT (A.)**

- L'Esprit de Philadelphie, Seuil, 2010.

**TERRÉ (F.)**

- Introduction générale au droit, 9e éd, Dalloz 2012.

**TERRÉ (F.) ET FENOUILLET (D.)**

- Droit civil, La famille, Dalloz 2011.

- Droit civil, Les personnes, La famille, les incapacités, Dalloz, 2012.

- La famille, 8e éd., Dalloz, 2011.

**TERRÉ (F.), SIMLER (P.) ET LEQUETTE (Y.)**

- Droit civil : Les obligations, 9e éd., Dalloz, 2005.

**VIZIOZ (H.)**

- Études de procédure, Dalloz, rééd. 2011.

**VON IHERING (R.)**

- Des restrictions imposées au propriétaire foncier dans l'intérêt des voisins, Œuvres choisies, trad. O. de MEULENAERE, t. II, Paris, Librairie A. Marecq, 1893.

- L'évolution du droit (Zweck im Recht), trad. O. de MEULENAERE, éd. A. Marecq, Paris, 1901.

I-2. DICTIONNAIRES**ALLAND (D.) ET RIALS (S.)**

- (dir.), Dictionnaire de la culture juridique, PUF, 2003.

**ALPE (Y.)**

- (dir.), Lexique de sociologie, Dalloz 2010.

**ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) ET ALII**

- Dictionnaire des droits de l'homme, PUF, 2008.

**ARNAUD (A.-J.)**

- (dir.) Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, LGDJ, 1993.

**BLOCH (O.) ET VON WARTBURG (W.)**

- Dictionnaire étymologique de la langue française, PUF, 2008.

**BOUDON (R.) ET BOURRICAUD (F.)**

- Dictionnaire critique de la sociologie, PUF 1994.

**CADIET (L.)**

- (dir.), Dictionnaire de la justice, PUF, 2004.

**CORNU (G.)**

- Vocabulaire juridique, PUF, 2014.

**DUBOIS (J.), MITTERAND (H.), DAUZAT (A.)**

- Dictionnaire étymologique, Larousse, 2007.

**GODEFROY (F.)**

- Dictionnaire de l'ancienne langue française, éd., Classiques Garnier numérique.

**LALANDE (A.)**

- Vocabulaire technique et critique de la philosophie, PUF, 1999.

**LITTRÉ (P.-E.)**

- Dictionnaire de la langue française, t. 2, 1991.

**ROLAND (H.)**

- Lexique juridique, expressions latines, 5e éd., Litec, 2010.

**ROLAND (H.) ET BOYER (L.)**

- Adages du droit français, Litec, 1999.

I-3. <u>ENCYCLOPÉDIES</u>
---------------------------

**ALBIGÈS (C.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Équité ».

**DUVERT (C.)**

- « Bigamie », J.-Cl. pénal, fasc. 20.

**BINET (J.-R.)**

- « La protection de la personne : principes », J.-Cl. Civil Code, Art. 16 à 16-14, fasc. 10.

**BOSSE-PLATIÈRE (H.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Actes de l'état civil ».

**BOUTY (C.)**

- « Chose jugée », Rép. pr. civ. Dalloz, 2012.

**BRENNER (C.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Acte juridique ».

**CADIET (L.) ET LE TOURNEAU (P.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Abus de droit ».

**KAUFMANN (P.)**

- « Intérêt », in, Encyclopaedia universalis.

**DOUCHY-OUDOT (M.)**

- « Autorité de la chose jugée », J.-Cl. civil, fasc. 20.

- Rép. pr. civ. Dalloz, V° « Filiation ».

**DOUCHY-OUDOT (M.) ET JOLY-HURARD (J.)**

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Médiation et conciliation ».

**EUDIER (F.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Adoption ».

**FRICÉRO (N.)**

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Procédure participative assistée par avocat ».

**FULCHIRON (H.) ET GOUTTENOIRE (A.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Autorité parentale ».

**GRANET-LAMBRECHTS (F.)**

- « Filiation », J.-Cl. civil, fasc. Unique : art. 310-3 à 311-2.

**GUINCHARD (S.)**

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Procès équitable ».

**HAUSER (J.)**

- « Cas de divorce : généralités », J.-Cl. civil, fasc. Unique : art.229.

**HAUSER (J.) ET LEMOULAND (J.-J.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Ordre public et bonnes mœurs ».

**LAMARCHE (M.) ET LEMOULAND (J.-J.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Mariage ».

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.) ET AZAVANT (M.)**

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Autorité parentale ».

**LATINA (M.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Contrat ».

**LEMOULAND (J.-J.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Famille ».

**LEMOULAND (J.-J.) ET VIGNEAU (D.)**

- Rép. proc. civ. Dalloz, V° « Régimes matrimoniaux ».

**ROCHFELD (J.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « Cause ».

**TOPOR (L.)**

- Rép. civ. Dalloz, V° « État et capacité des personnes ».

II- <u>OUVRAGES SPÉCIAUX</u>
------------------------------

II-1 <u>MONOGRAPHIES, THÈSES</u>
----------------------------------

**ABDEL-KHALEK OMAR (M.)**

- La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé, LGDJ, 1967.

**ALBIGÈS (C.)**

- De l'équité en droit français, Préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2000.

**AFROUKH (M.)**

- La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Préf. M. LEVINET, Bruylant, 2011.

**ALFANDARI (E.)**

- Le droit aux aliments en droit privé et en droit public, th. dactyl. Poitier, 1958.

**ASSI (E.)**

- L'intérêt de la famille, th. dactyl. Montpellier, 1993.

**AUNE (A.-C.)**

- Le phénomène de multiplication des droits subjectifs en droit des personnes et de la famille, préf. A. LEBORGNE, PUAM, 2007.

**BALLOT (E.)**

- Les insuffisances de la notion de droits fondamentaux, préf. J.-F. CÉSARO, éd. Mare et Martin, 2014.

**BAREÏT (N.)**

- Le droit transitoire de la famille, Préf. J.-J. LEMOULAND, Defrénois, 2010.

**BEAUDEUX (C.)**

- La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile, th. dactyl. Strasbourg, 2006.

**BENET (A.)**

- Analyse critique du droit au respect de la vie privée : contribution à l'étude des libertés civiles, th. dactyl., Paris II, 1985.

**BERTHET (P.)**

- Les obligations alimentaires et les transformations de la famille, préf. J. Rubellin-Devichi, L'Harmattan 2000.

**BIGOT (A.)**

- L'autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé, Préf. H. FULCHIRON, PUAM, 2003.

**BOLARD (V.)**

- L'équité dans la réalisation méthodique du droit privé, th. dactyl. Paris 1, 2006.

**BONNEAU (P.)**

- La cour de cassation et l'application de la loi dans le temps, Préf. M. GOBERT, PUF, 1990.

**BONNET (D.)**

- Cause et condition dans les actes juridiques, préf. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, LGDJ, 2005.

**BOUDOT (M.)**

- Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé, th. dactyl. Aix-Marseille III, 1999.

**CADET (F.)**

- L'ordre public en droit international de la famille, L'harmattan, 2005.

**CALMES (S.)**

- Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, préf. D. TRUCHET, Dalloz, 2001.

**CATTAND (G.)**

- La clause " rebus sic stantibus " du droit privé au droit international, th. dactyl., Paris 1929.

**CERMOLACCE (A.)**

- Cause et exécution du contrat, PUAM, 2001.

**CHABERT (C.)**

- L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2001.

**CHAINAIS (C.)**

- La protection juridictionnelle provisoire dans le procès civil en droit français et italien, Préf. S. GUINCHARD, Dalloz 2007.

**CHAZAL (J.)**

- Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal, th. dactyl. Lyon, 1929.

**CLÉMENT (C.)**

- Présomptions et fictions en droit de la filiation, th. dactyl. Paris 10, 2006.

**CORDIER-DUMONNET (N.)**

- Le détournement d'institution, th. dactyl. Dijon, 2010.

**CRESP (M.)**

- Le temps juridique en droit privé. Essai d'une théorie générale, préf. J. HAUSER, PUAM, 2013.

**DABIN (J.)**

- La théorie de la cause, éd. Van Fleteren, Bruxelles, 1919.

**DAUMAS (M.)**

- Valeurs et pouvoirs. Essai sur les conflits familiaux en France au XVIIIe siècle, th. dactyl. Paris, 1986.

**DAVID (S.)**

- La prestation compensatoire, th. dactyl, Paris XII, 2001.

**DE BOIS-JUZAN (G.)**

- De la cause en droit français, éd. Delmas, Bordeaux 1939.

**DE BOYSSON (B.)**

- Mariage et conjugalité. Essai sur la singularité matrimoniale, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, 2012.

**DE VALICOURT DE SÉRANVILLERS (H.)**

- L'erreur judiciaire, préf. Y. SCHULIAR, L'Harmattan, 2006.

**DELFOSE-CICILE (M.-L.)**

- Le lien parental, préf. F. TERRÉ, éd. Panthéon-Assas, 2003.

**DESBOIS (H.)**

- La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, Dalloz, 1927.

**DESNOYER (C.)**

- L'évolution de la sanction en droit de la famille, L'Harmattan 2001.

**DESSENS (A.)**

- Essai sur la notion d'équité, th. dactyl. Toulouse, 1934.

**DOURNAUX (F.)**

- La notion de fraude en droit privé français, th. dactyl. Paris, 2008.

**DOUVILLE (T.)**

- Les conflits d'intérêts en droit privé, préf. C. ALLEAUME, Institut Universitaire Varenne, 2014.

**DUARD-BERTON (C.)**

- L'ordre public dans le droit de la famille, th. dactyl. Paris 2, 2004.

**DUCOULOMBIER (P.)**

- Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2011.

**DUMAS (R.)**

- Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires, préf. E. GARAUD, L'Harmattan, 2008.

**ÉGÉA (V.)**

- La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille, préf. A. LEBORGNE, Defrénois, 2010.

**ENGEL-CRÉACH (A.)**

- Les contrats judiciairement formés, préf. A. BÉNABENT, Economica, 2002.

**FAUVARQUE-COSSON (B.)**

- Libre disponibilité des droits et conflits de lois, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996.

**FISCHER (J.)**

- Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français, préf. P. Le TOURNEAU, PUAM, 2004.

**FLEURY-LE GROS (P.)**

- Contribution à l'analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne, Préf. L. BACH, P. MAYER, Postf. J. PETIT, Dalloz, 2005.

**FOHRER-DEDEURWAERDER (E.)**

- La prise en considération des normes étrangères, préf. B. AUDIT, LGDJ, 2008.

**FOURNIER-GRUMBACH (I.)**

- Présomptions et vérité en droit de la filiation, th. dactyl. Montpellier, 2002.

**FOYER (J.)**

- De l'autorité de la chose jugée en matière civile, th. dactyl. Paris, 1954.

**GABORIAU (B.)**

- L'action collective en droit processuel français, th. dactyl. Paris II, 1996.

**GALLANT (E.)**

- Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé, Préf. P. LAGARDE, Defrénois, 2004.

**GARCIA (K.)**

- Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept, préf. J.-P. MARGUÉNAUD, Larcier, 2008.

**GARRIGUE (J.)**

- Les devoirs conjugaux. Réflexion sur la consistance du lien matrimonial, préf. L. LEVENEUR, éd. Panthéon-Assas, 2012.

**GIRARD (B.)**

- Responsabilité civile extracontractuelle et droits fondamentaux, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2015.

**GONZALEZ (G.)**

- La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté des religions, préf. L. DUBOUIS, *Economica*, 1997.

**GRATALOUP (S.)**

- L'enfant et sa famille dans les normes européennes, préf. H. FULCHIRON, LGDJ, 1998.

**GRIMALDI (C.)**

- Quasi-engagement et engagement en droit privé, *Defrénois*, préf. Y. LEQUETTE, *Defrénois*, 2007.

**HAÏD (F.)**

- Les notions indéterminées dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal, th. dactyl. Aix-Marseille, 2005.

**HAMADI (H.)**

- Recherches sur l'ordre public familial, th. dactyl. Toulon, 2008.

**HAUSER (J.)**

- Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique : contribution à une théorie générale de l'acte juridique, LGDJ, 1971.

**HENRIOD (V.)**

- L'obligation d'entretien à l'égard des enfants majeurs, th. dactyl. Lausanne, 1999.

**HISQUIN (J.-M.)**

- Liberté de religion et droit de la famille, th. dactyl. Lyon 3, 2012.

**IONESCU (O.)**

- La notion de droit subjectif dans le droit privé, 2e éd., Bruylant, 1978.

**JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)**

- L'apparence en droit international privé, LGDJ, 1984.

**JOLY-HURARD (J.)**

- Conciliation et médiation judiciaires, préf. S. GUINCHARD, PUAM, 2003.

**LAUDE (A.)**

- La reconnaissance par le juge de l'existence d'un contrat, préf. J. Mestre, PUAM, 1992.

**LAUTOUR (J.)**

- La possession d'état, th. dactyl., Paris II, 1975.

**LECOCQ (L.)**

- De la fiction comme procédé juridique, th. dactyl. Paris, 1914.

**LEMAY (P.)**

- Le principe de la force obligatoire du contrat à l'épreuve du développement de l'unilatéralisme, préf. S. CHASSAGNARD-PINET, éd. Marre et Martin, 2014.

**LÉONARD (T.)**

- Conflits entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes, préf. M. COIPEL, L. CORNELIS, Larcier, 2005.

**LEROYER (A.-M.)**

- Les fictions juridiques, th. dactyl. Paris II, 1995.

**LESUEUR (J.)**

- Conflits de droits : illustrations dans le champ des propriétés incorporelles, préf. P.-Y. GAUTIER, PUAM 2009.

**LEVEL (P.)**

- Essai sur les conflits de lois dans le temps, préf. H. BATIFFOL, LGDJ, 1959.

**LOPEZ DE TEJADA**

- La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen, Préf. B. ANCEL, LGDJ, 2013.

**LUXEMBOURG (F.)**

- La déchéance des droits : contribution à l'étude des sanctions civiles, éd. Panthéon-Assas, 2008.

**MALAURIE (P.)**

- L'ordre public et les contrats, th. dactyl. Paris 1953.

**MATTÉI (G.)**

- Fonction du juge et médiation familiale : étude des systèmes français et anglo-saxon, th. dactyl. Strasbourg, 2002.

**MÉKKI (M.)**

- L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 2004.

**MIGUET (J.)**

- Immutabilité et évolution du litige, LGDJ, 1977.

**MILLARD (E.)**

- Famille et droit public, LGDJ, 1995.

**MONTAGNE (H.)**

- De l'effet déclaratif ou constitutif des jugements en matière civile, th. dactyl. Paris, 1912.

**MOREAU (P.)**

- L'homologation judiciaire des conventions. Essai d'une théorie générale, préf. G. DE LEVAL, Larcier, 2008.

**MORGAND-CANTÉGRIT (V.)**

- La possession d'état d'enfant, th. dactyl. Lille, 1993.

**MORVAN (P.)**

- Le principe de droit privé, préf. J.-L. SOURIOUX, éd. Panthéon-Assas, 1999.

**MOTULSKY (H.)**

- Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey, 1948.

**MOUZOURAKI (P.)**

- Le principe de confiance légitime en droit allemand, français et anglais : un exemple de convergence des droits administratifs des pays européens, Bruylant, 2011.

**MUZNY (P.)**

- La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme, préf. F. SUDRE, PUAM, 2005.

**NERSON (R.)**

- Les droits extrapatrimoniaux, éd. Bosc & Riou, 1939.

**NICOLAU (G.)**

- L'influence des progrès de la génétique sur le droit de la filiation, préf. F. VOUIN, PUB, 1991.

**OGIER (C.)**

- Le conflit d'intérêts, th. dactyl. Saint-Etienne, 2008.

**PÉLISSIER (J.)**

- Les obligations alimentaires, unité ou diversité, th. dactyl. Lyon, 1961.

**PÉROZ (H.)**

- La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français, Préf. H. GAUDEMET-TALLON, LGDJ, 2005.

**PHILIPPE (C.)**

- Le devoir de secours et d'assistance entre époux : essai sur l'entraide conjugale, LGDJ, 1981.

**PHILIPPE (X.)**

- Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises, Economica, PUAM, 1990.

**PIAZZON (T.)**

- La sécurité juridique, préf. L. LEVENEUR, Defrénois, 2009.

**PICHARD (M.)**

- Le droit à : Étude de législation française, préf. M. GOBERT, Economica, 2006.

**POMART (C.)**

- La magistrature familiale, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, L'Harmattan, 2003.

**QUÉTAND-FINET (C.)**

- Les présomptions en droit privé, préf. E. JEULAND, Iris éditions, 2013.

**QUÉZEL-AMBRUNAZ (C.)**

- Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile, préf. P. BRUN, Dalloz, 2010.

**REIGNÉ (P.)**

- La notion de cause efficiente en droit privé français, th. dactyl. Paris II, 1993.

**RIALS (S.)**

- Le juge administratif français et la technique du standard : essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité, LGDJ, 1980.

**ROCHFELD (J.)**

- Cause et type de contrat, LGDJ, 1999.

**RUFFIEUX (G.)**

- Les sanctions des obligations familiales, préf. P. MURAT, Dalloz, 2014.

**SAINT-PAU (J.-C.)**

- L'anonymat et le droit, th. dactyl. Bordeaux IV, 1998.

**SALVAT (O.)**

- Le revirement de jurisprudence. Étude comparée de droit français et de droit anglais, th. dactyl., Paris 2, 1983.

**SANDRAS (C.)**

- L'intérêt de l'enfant dans le droit des personnes et de la famille, th. dactyl. Paris 2, 2000.

**SAUTONIE-LAGUIONIE (L.)**

- La fraude paulienne, LGDJ, 2008.

**SAVARIT-BOURGEOIS (I.)**

- Tentative d'évaluation de l'efficacité d'une technique juridictionnelle de contrôle : l'exemple du bilan coûts-avantages, th. dactyl. Poitiers, 1995.

**SAYAG (A.)**

- Essai sur le besoin créateur de droit, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1969.

**SERVEL (J.-P.)**

- La notion d'intérêt de l'enfant. Essai sur les fondements de l'autorité et des décisions parentales, th. dactyl. Aix en Provence, 1978.

**SINOPOLI (L.)**

- Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux, Recherche sur le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé, th. dactyl. Paris 1, 2000.

**STOFFEL-MUNCK (P.)**

- Regards sur la théorie de l'imprévision : vers une souplesse contractuelle en droit privé français contemporain, Avant-propos de A. SÉRIAUX, Préface de R. BOUT, PUAM, 1994.

**TAVERNIER (P.)**

- Recherches sur l'application dans le temps des actes et des règles de droit international public (Problèmes de droit intertemporel et de droit transitoire), LGDJ, 1970.

**TERRÉ (F.)**

- L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, LGDJ, 1957.

**THÉRY (I.)**

- La référence à l'intérêt de l'enfant dans les procédures de divorce : usage judiciaire et ambiguïtés, th. dactyl. Paris V, 1983.

**THIBIERGE (L.)**

- Le contrat face à l'imprévu, Préf. L. AYNÈS, Economica, 2011.

**TOMASIN (D.)**

- Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile, LGDJ, 1975.

**TRIKI (S.)**

- La coordination des systèmes juridiques en droit international privé de la famille, th. dactyl. Paris 1, 2013.

**VALEMBOIS (A.-L.)**

- La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, Préf. B. MATHIEU, LGDJ, 2004.

**VAN DROOGHENBROECK (S.)**

- La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme,

préf. F. TULKENS, F. OST, Bruylant, PFUSL, 2001.

**VASSAUX (J.)**

- Liberté individuelle et devoirs personnels des époux, th. dactyl. Lille, 1989.

**VERGES (E.)**

- Les principes directeurs du procès judiciaire : étude d'une catégorie juridique, th. dactyl. Aix-Marseille, 2000.

**VERMOTTE (T.)**

- L'unification des filiations, th. dactyl. Pau, 2005.

**VIAL (G.)**

- La preuve en droit extrapatrimonial de la famille, Préf. P. MURAT, Dalloz, 2008.

**VIDAL (J.)**

- Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français, Le principe " fraus omnia corrumpit ", Dalloz, 1957.

**WICKER (G.)**

- Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique, LGDJ, 1997.

**WOODLAND (P.)**

- Le procédé de la fiction dans la pensée juridique, th. dactyl. Paris II, 1981.

**YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS (A.)**

- Les mobiles du délit, LGDJ, 1974.

II- 2. <u>RAPPORTS ET DOCUMENTS OFFICIELS.</u>
--

**BOYER ET ALII**

- Proposition de loi visant à lutter contre le recours à une mère porteuse, ass. nat., n° 2706, 8 avr. 2015 ; Dr. fam. 2015, n° 6, Alerte 46.

#### **CONSEIL D'ÉTAT**

- (Section du rapport et des études) Régler autrement les conflits, La documentation française, 1993.

#### **COULON (J.-M.)**

- (dir.), Réflexions et propositions sur la procédure civile, rapport au garde des Sceaux, La documentation française, 1997.

#### **DELMAS-GOYON (D.)**

- (dir.) Le juge au XXI<sup>e</sup> siècle, un citoyen acteur, une équipe de justice, La documentation française, 2013.

#### **GINCHARD (S.)**

- (dir.), L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, La documentation française, 2008.

#### **HYEST (J.-J.) ET ALII**

- Rapport d'information n° 518, Sénat, S.O. 2010-2011.

#### **JUSTON (M.) ET GARGOULLAUD (S.)**

- (dir.), Médiation familiale et contrat de coparentalité, La documentation française, avr. 2014.

#### **MAGENDIE (J.-C.)**

- (dir.), Médiation familiale et contrat de coparentalité, La documentation française, avr. 2014.

- (dir.), Célérité et qualité de la justice : les conciliateurs de justice, La documentation française, 2010.

#### **MARSHALL (D.)**

- (dir.), Les juridictions du XXI<sup>e</sup> siècle, déc. 2013.

#### **SAUVÉ (J.-M.), MIGAUD (D.), MAGENDIE (J.-C.)**

- (dir.), Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, La Documentation française, 2011.

#### **TASCA (C.), MERCIER (M.)**

- (dir.), Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, Sénat, rapport d'information n° 404, 26 févr. 2014.

#### **VALLINI (A.), HOUILLON (P.)**

- Rapport Ass. nat., n° 3125, 6 juin 2006.

### III- ÉTUDES DOCTRINALES ET ARTICLES

#### **ADAM (A.)**

- « Sur les valeurs juridiques fondamentales », in, Mélanges Slobodan MILACIC, Bruylant 2008, p. 25 et s.

#### **AFROUKH (M.)**

- « La pertinence discutable du critère exclusif du mode de conflit de droits », in, F. SUDRE (dir.), Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Nemesis, Anthemis, 2014, p. 37 et s.

#### **AGOSTINI (E.)**

- « L'équité », D. 1978, chron. 2, p. 7 et s.

#### **AMATO (C.)**

- « Confiance légitime : principe directeur et source autonome de l'obligation » Revue des contrats 2013, n° 1, p. 351 et s.

#### **AMIEL-COSME (L.)**

- « La fonction d'homologation judiciaire », Justices 1997, n° 5, p. 135 et s.

#### **AMRANI MÉKKI (S.)**

- « Liberté, simplicité, efficacité, la nouvelle devise de la prescription ? A propos de la loi du 17 juin 2008 », JCP (G), 2008, I, 160.

**AMSELEK (P.)**

- « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », Revue de droit public et de la science politique, 1982, n° 98, p. 275 et s.

- « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in, C. THIBIERGE et alii, La force normative, naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant 2009, p. 3 et s.

- « Lois juridiques et lois scientifiques », Droits : revue française de théorie juridique, 1987, n° 6, p. 131 et s.

**ANCEL (B.)**

- « L'intérêt supérieur de l'enfant : entre paternalisme et autonomie », LPA 2014, n° 62, p. 6 et s.

**ANDRÉO (G.)**

- « Bigamie et double ménage », RTD civ. 1991, p. 263 et s.

**ARDANT (P.)**

- « Aspects de l'évolution récente du droit de la famille ; rapport français », in, Travaux de l'association Henri CAPITANT, t. XXXIX, 1988, p. 81 et s.

**ATIAS (C.)**

- « La distinction du droit et de la loi en droit privé contemporain », in, La philosophie à l'épreuve du phénomène juridique : Droit et Loi, PUAM, 1987, p. 57, spéc. p. 61.

**ATIAS (C.) ET LINOTTE (D.)**

- « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », chron. XXIV, D. 1977, p. 251 et s.

**AUDÉOUD (C.)**

- « Nature, liberté, égalité dans la famille », in, J.-L. CHABOT, P. DIDIER, J. FERRAND (dir.), Le Code civil et les Droits de l'homme, L'harmattan, 2005, p. 213 et s.

**AYNÈS (L.)**

- « L'imprévision en droit privé », RJ com. 2005, n° 5, p. 397 et s.

- « A propos de la force obligatoire du contrat », Revue des contrats, oct. 2003, p. 323 et s.

**AZZI (T.)**

- « Les relations entre responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », RTD civ. 2007, p. 227 et s.

**BACH (E.-L.)**

- « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », RTD civ. 1969, p. 405 et s.

**BAILLON-WIRTZ (N.)**

- « La déjudiciarisation précipitée du divorce par consentement mutuel », JCP (G) 2016, p. 1114 et s.

**BALENSI (I.)**

- « L'homologation judiciaire des actes juridiques », RTD Civ. 1978, 42, spéc. p. 61, n° 35.

**BATIFFOL (H.)**

- « Existence et spécificité du droit de la famille », APD, t. 20, 1975, p. 7 et s.

**BATTEUR (A.)**

- « L'interdit de l'inceste, principe fondateur du droit de la famille », RTD civ. 2000, p. 759.

- « L'équité a-t-elle sa place dans le droit du divorce ? », in, Mélanges J. SAINTE-ROSE, Bruylant, 2012, p.189 et s.

**BEAUPRUN (M.)**

- « La sécurité des règlements successoraux à l'épreuve de l'établissement de la filiation naturelle par la possession d'état », D. 1997, chron. p. 387.

**BEIGNIER (B.)**

- « Vie privée et vie publique », APD 1997, t. 41, p. 167.

**BELLET (P.)**

- « Le juge et l'équité », in, Etudes offertes à René RODIÈRE, Dalloz, 1981, p. 9 et s., spéc. p. 11.

**BÉNABENT (A.)**

- « L'ordre public en droit de la famille », in, T. REVET (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, p. 27 et s.

- « La liberté individuelle et le mariage », RTD civ. 1973, p. 440.

**BÉNICHOU (M.)**

- « L'accès à la justice, un droit menacé », Gaz. Pal. 2014, n° 256, p. 9 et s.

**BLÉRY (C.)**

- « Les tribulations de la cause et de l'objet au regard de l'autorité de la chose jugée en jurisprudence », Procédures, 2011, alerte 5.

- « Qu'est-ce que l'autorité de la chose jugée ? Une question d'école ? », Procédures, 2007, étude 11.

**BOICHÉ (A.)**

- « La Cour strasbourgeoise a-t-elle décidé d'annihiler la convention de La Haye ? », AJ fam. 2012, p. 97 et s.

**BOLARD (G.)**

- « Les jugements "en l'état" », JCP (G), 1997, I, 4003.

**BONNEAU (P.)**

- « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement », D. 1995, chron., p. 24.

**BONNET (V.)**

- « Réflexions sur la présomption de paternité du XXIe siècle dans ses rapports avec le mariage », D. 2013, p. 107.

**BORÉ (L.)**

- « L'autorité provisoire de la chose jugée », in, L. CADIET, D. LORIFERNE (dir.), L'autorité de la chose jugée, éd. IRJS, 2012, p. 61 et s.

**BOREL (J.-P.)**

- « Aperçu rapide sur le choix et le changement de nom de famille depuis le 1er juillet 2006 », LPA 2012, n° 40, p. 3.

**BORRICAND (J.)**

- « L'adultère cause péremptoire de divorce », JCP (G) 1955, I, 1237.

**BOUCARON-NARDETTO (M.)**

- « La réforme du droit de l'arbitrage par le décret du 13 janvier 2011: Premier bilan d'étape après un an d'application », Cahiers de l'arbitrage 2012, n° 3, p. 735.

**BOULANGER (F.)**

- « Fraude, simulation ou détournement d'institution en droit de la famille ? », JCP (N) 1993, p. 282 et s.

- « Principes généraux du droit et droit positif », in, Études offertes à Georges RIPERT, LGDJ, 1950, t. I, p. 51 et s.

**BOURRIER (C.) ET COUTANT (C.)**

- « Le non-respect de la volonté du défunt quant à la destination de ses cendres », LPA 1999, n° 197, p. 10 et s.

**BOUTY (C.)**

- « Pour une suppression du préalable obligatoire de conciliation en matière de divorce », D. 2008, p. 2728 et s.

**BRAIVE (G.)**

- « L'historien et l'équivocité du concept d'intérêt », in, P. GÉRARD, F. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), Droit et intérêt, vol. 1, PFUSL, 1990, p 27 et s.

**BRETON (A.)**

- « Le nom de l'épouse divorcée », in, Etudes René RODIÈRE, Dalloz, 1981, p. 17 et s.

**BRIAND (L.)**

- « Convention de la Haye : les exceptions au retour des enfants déplacés », AJ. fam. 2012, p. 391.

**BRUGGEMAN (M.)**

- « Crise(s) de la famille : prévention et gestion par le droit », in, J. LARRIEU (dir.) Crise(s) et Droit, LGDJ, 2012, p. 123 et s.

- « La convention de procédure participative, outil procédural au service de l'apaisement des conflits familiaux ? », JCP (G) 2015, dossier 8.

**BRUGGEMAN (M.) ET NEIRINCK (C.)**

- « Les aménagements consensuels que les couples appliquent à leur rupture sont-ils d'essence contractuelle ? », RRJ 2009-1, p. 97.

**BRUGUIÈRE (J.-M.)**

- « Le devoir conjugal, Philosophie du Code et morale du juge », D. 2000, chr., p. 10 et s.

**BRUN (J.-M.)**

- « Les dangers d'une descendance naturelle ignorée », Defrénois 1999, p. 460.

**BRUNETTI-PONS (C.)**

- « Réflexions autour de l'évolution du droit de la famille », 1re partie, Dr. Famille 2003, chron. 15.

- « L'intérêt supérieur de l'enfant : une définition possible ? » RLDC 2011, supplément n° 87, p. 27 et s.

**BUCHER (A.)**

- « La famille en droit international privé », RCADI 2000, t. 283, p. 98.

**CADIET (L.)**

- « L'équité dans l'office du juge civil », Justices 1998, n° 9, p. 87 et s.

- « Le spectre de la société contentieuse », in Mélanges G. CORNU, PUF, 1994, p. 29 et s.

**CARBONNIER (J.)**

- « L'hypothèse du non-droit », APD, n°8, Sirey, 1963, spéc. p. 55 et s.

- « Quelques remarques sur l'esprit de la loi française du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux », Mc Gill Law Journal 1968, vol. 14, n° 4, p. 590 et s.

- « Terre et ciel dans le droit du mariage », in, Etudes offertes à G. RIPERT, Le droit privé français au milieu du XXe siècle, t. 1, LGDJ, 1950, p. 335.

- « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in, Les notions à contenu variable en droit, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruylant 1984, p. 99 et s.

- « La règle contra non valentem agere non currit praescriptio », Revue critique de législation et de jurisprudence, 1937, p. 155 et s.

**CASEY (J.) ET MULON (E.)**

- « L'aléa judiciaire : un peu, mais pas trop... », Gaz. Pal. 28 mai 2011, n° 148, p. 3 et s.

**CATALA (P.)**

- « La métamorphose du droit de la famille », in, *Le Code civil un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 341 et s., spéc. n° 17 et s.

**CHAINAIS (C.) ET FENOUILLET (D.)**

- « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique : présentation et conclusions de la recherche collective », in, C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, 2012, p. XXII.

**CHAMPEIL-DESPLATS (V.)**

- « La notion de droit fondamental et le droit constitutionnel français », D. 1995, chron. p. 323.

**CHANTEPIE (G.)**

- « L'efficacité attendue du contrat », *Revue droit des contrats* 2010, p. 347.

**CHAPELLE (A.)**

- « Les pactes de famille en matière extra-patrimoniale », *RTD civ.* 1984, p. 411.

**CHEDLY (L.)**

- « Arbitrage et médiation », in, F. OSMAN (dir.) *La médiation en matière civile et commerciale*, Bruylant, 2012, p. 93 et s.

**CHESNAUX (J.)**

- « Droit et temps », *Temporalistes*, n° 41, juin 2000, p. 4 et s.

**CHEVALLIER (J.)**

- « L'interprétation des lois », in, G. FAURÉ, G. KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, *Economica*, 2003, p. 140.

**CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.)**

- « Homme et femme il les créa », *Retours sur l'égalité dans le droit de la famille*, Dalloz 2008, n° 18, p. 1216.

**COHEN (D.)**

- « Le droit à... », in, *Mélanges François TERRÉ*, Dalloz, PUF, éd. Jurisclasseur, 1999, p. 393 et s.

**COMMAILLE (J.)**

- « Les métamorphoses de la gestion politique de l'univers privé des individus », in, *Des concubinages, Droit interne droit international droit comparé, mélanges J. RUBELLIN-DEVICHI*, Litec 2002, p. 19 et s.

- « Une sociologie politique du droit de la famille. Des référentiels en tension : émancipation, institution, protection », in, *Mélanges M.-T. MEULDERS-KLEIN*, Bruylant, 1998, p. 83 s.

**CONTAMINE-RAYNAUD (M.)**

- « Le secret de la vie privée », in, P. LAGARDE (dir.), *L'information en droit privé : Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, 1978, p. 432.

**CORDIER-VASSEUR (C.) ET CASSAVETTI (C.)**

- « Clauses de règlement amiable : gare à l'insécurité juridique ! », *JCP (G)* 2012, n° 11, p. 343 et s.

**CORNU (G.)**

- « Regard d'un civiliste », in, *Mélanges Pierre CATALA*, Litec, 2001, p. 21 et s.

- « Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », *Travaux Capitant*, t. XIV, 1965, p. 87 et s.

- « La refonte dans le Code civil du droit des personnes et de la famille », in, *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 371 et s.

- « La réforme des régimes matrimoniaux : le pouvoir de la volonté des époux », *JCP (G)* 1967, I, 2128, n° 23.

- « Les modes alternatifs de règlement des conflits : rapport de synthèse », RIDC 1997, n° 2, p. 313 et s.

#### **CORPART (I.)**

- « Le nom d'usage des époux dans tous ses états », Dr. fam. 2013, étude 13.

- « L'inceste en droit français », Gaz. Pal. 1995, II, doct., p. 888.

#### **COUTURIER (G.)**

- « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in, Mélanges J. FLOUR, Defrénois, 1978, p. 95.

#### **CRESENT (A.) ET ALII.**

- « Fiche pratique : le droit collaboratif de A à Z », AJ fam. 2010, p. 260 et s.

#### **CUIF (P.-F.)**

- « Le conflit d'intérêts : essai sur la détermination d'un principe juridique en droit privé », RTD Com., 2005, p.1.

#### **D'AVOUT (L.)**

- « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in, E. DUBOUT, S. TOUZÉ (dir.), Les droits fondamentaux : Charnières entre ordres et systèmes juridiques, éd. A. Pédone, 2010, p. 165 et s.

#### **DE BÉCHILLON (D.)**

- « De la rétroactivité de la règle jurisprudentielle en matière de responsabilité », Mélanges F. MODERNE, Dalloz 2004, p. 5.

#### **DE BELVAL (B.)**

- « Petite réflexion sur le développement des modes alternatifs de règlement des litiges par rapport au droit », Gaz. Pal. 2012, n° 129, p. 11 et s.

#### **DEJEMEPPE (B.)**

- « La responsabilité civile des juges entre passé et avenir », in, La responsabilité professionnelle des magistrats, Bruylant, 2007, p. 27 et s.

#### **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**

- « Modèles et normes en droit contemporain de la famille », in, Mélanges CHRISTIAN MOULY, Litec 1998, p. 298.

- « Réflexions à verser au dossier du "droit à l'enfant" », Rev. Lamy Droit civil 2010, n° 76, p. 65 et s.

- « Imprécisions de recherche sur les fautes causes de divorce », D. 1985, chr., p. 221.

- « Préface », in, C. DESNOYER, L'évolution de la sanction en droit de la famille, L'Harmattan 2001, p. 9.

- « Divorce et contrat », in, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), La Contractualisation de la famille, Economica, 2001, p. 67 et s.

- « Le lien parental », LPA 2004, n° 131, p. 70.

- « La loi du 16 janvier 2009 sur la filiation : bien plus qu'une simple ratification ! », RLDC 2009, p. 37.

#### **DENQUIN (J.-M.)**

- « Sur les conflits de libertés », in, Mélanges R.-E. CHARLIER, éditions de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, p. 545 et s.

#### **DEPADT-SEBAG (V.)**

- « L'obligation de respect dans l'article 212 du Code civil », RJPF 2014, n° 1, p. 9 et s.

#### **DEROUSSIN (D.)**

- « Éléments pour une histoire de l'identité individuelle », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), L'identité, un singulier au pluriel, Dalloz, 2015, p. 7 et s.

#### **DESDEVISES (Y.)**

- « Remarques sur la conciliation dans les textes récents de procédure civile », D. 1981, Chron. 241.

**DIAKHATÉ-FAYE (M.)**

- « L'obligation de fidélité », Revue de droit des pays d'Afrique 1994, n° 815, p. 162 et s.

**DIENER (P.)**

- « Idée nominaliste et déconstruction du droit », APD, 1983, p. 232.

**DONDERO (B.)**

- « Le traitement juridique des conflits d'intérêts : entre droit commun et dispositifs spéciaux », D. 2012, p. 1686.

- « De la condition potestative licite », RTD civ., 2007, p. 677.

**DONNIER (M.)**

- « L'intérêt de l'enfant », D. 1959, chron. 26, p. 179 et s.

**DORAIS (L.-J.)**

- « La construction de l'identité », in, D. DESHAIES, D. VINCENT (dir.), Discours et constructions identitaires, Presses de l'Université Laval, 2004, p. 1 et s.

**DOUCHY-LOUDOT (M.)**

- « L'office du juge dans le contentieux familial », Procédures 2015, n° 1, dossier 4.

**DREIFUSS-NETTER (F.)**

- « Les autres moyens d'appréhender les contradictions illégitimes en droit patrimonial et extrapatrimonial de la famille », in, M. BEHAR-TOUCHAIS (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Economica 2001, p. 111 et s.

**DROSS (W.)**

- « L'introuvable nullité des conditions potestatives », RTD civ., 2007, p. 701.

**DU PONTAVICE (E.)**

- « Droit de la famille et droit au bonheur », in, Mélanges Pierre Voirin, LGDJ 1967, p. 678 et s.

**DUPRÉ DE BOULOIS (X.)**

- « Les notions de liberté et de droits fondamentaux en droit privé », JCP (G) 2007, I, 211.

**DUTRIEUX (D.)**

- « Liberté des funérailles, crémation et destination des cendres », Droit et patrimoine 2000, n° 79, p. 28 et s.

**ÉGÉA (V.)**

- « L'essor de la médiation familiale, un modèle pour les MARC ? », RLDC 2011, n°88, p. 53 et s.

**ESTOUP (P.)**

- « Études et pratique de la conciliation », D. 1986, Chron. 161.

**FABRE-MAGNAN (M.)**

- « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », D. 2015, p. 224 et s.

**FARGES (A.)**

- « La notion Bergsonienne du Temps », in, Revue néo-scholastique de philosophie, 19e année, n° 75, p. 337 et s.

**FAUVARQUE-COSSON (B.)**

- « Le changement des circonstances », RDC 2004, p. 67 et s.

**FENOUILLET (D.)**

- « Le droit civil de la famille hors le Code civil », LPA 2005, n° 188, p. 3 et s.

- « Les sanctions en droit de la famille », in, C. CHAINAIS, D. FENOUILLET (dir.), Les sanctions en droit contemporain, vol. 1, Dalloz 2012, p. 151 et s.

- « Le lien conjugal », LPA 2004, n° 131, p. 58.

- « Le détournement d'institution familiale », in, Mélanges P. MALAURIE, Defrénois, 2005, p. 237 et s.

#### **FORIERS (P.)**

- « Présomptions et fictions », in, C. PERELMAN, P. FORIERS (dir.), Les présomptions et les fictions en droit, Bruylant, 1974, p. 7 et s.

#### **FORTIER (V.)**

- « La fonction normative des notions floues », RRJ 1991, p. 755 et s.

#### **FOULON (M.) ET STRICKLER (Y.)**

- « Accords et force exécutoire en France », Gaz. Pal. 2013, n° 246, p. 8 et s.

#### **FRAISSINIER-AMIOT (F.)**

- « L'intérêt de la famille, une notion standard à contenu variable » LPA 2007, n° 260, p. 4 et s.

#### **FRANK (R.)**

- « Individualisme et droit de la famille », in, Annales de Droit de Louvain, vol. 59, 1999, p. 175 et s.

#### **FRÉMEAUX (S.)**

- « Les notions indéterminées en droit de la famille », RRJ 1998, n° 3, p. 865

#### **FRICÉRO (N.)**

- « Obligation de tenter un règlement amiable avant toute saisine d'un juge », Revue Procédures 2015, n° 5, p. 14 et s.

- « La convention de procédure participative : un nouveau règlement amiable assisté par avocat », Droit et patrimoine 2011, n° 202, p. 30.

- « Le paradoxe des clauses de règlement amiable », D. 2015, p. 1201.

- « Convention de procédure participative et médiation : des instruments concurrents ? », Droit et patrimoine 2012, n° 214, p. 52 et s.

- « Accord des parties, homologation, octroi de la force exécutoire : quel rôle pour le juge », RJPF 2010, n° 1, p. 8 et s.

#### **FRISON-ROCHE (M.-A.)**

- « L'utilisation de l'outil sociologique dans l'élaboration de la jurisprudence », RRJ 1993, n° 4, p. 1271 et s.

#### **FROMONT (M.)**

- « Le principe de sécurité juridique », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 178.

#### **FULCHIRON (H.)**

- « Mariage, conjugalité ; parenté, parentalité : métamorphose ou rupture ? », in, H. FULCHIRON (dir.), Mariage-conjugalité, Parenté, parentalité, Dalloz 2009, p. I et s.

- « De l'institution aux droits de l'individu : réflexions sur le mariage au début du XXI<sup>e</sup> siècle », in, Mélanges JACQUES FOYER, Economica 2008, p. 395 et s.

- « La Cour de cassation, juge des droits de l'homme ? », D. 2014, p. 153 et s.

- « Droits fondamentaux et règles de droit international privé : conflits de droits, conflits de logiques ? », in, F. Sudre (dir.), Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2002, p. 353 et s.

- « Une nouvelle réforme de l'autorité parentale, Commentaire de la loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 à la lumière de l'application de la loi "Malhuret" », D. 1993, p. 117.

#### **GALLMEISTER (I.)**

- Le principe de coparentalité, AJ famille 2009, p. 148.

**GANANCIA (D.)**

- « Quand la médiation familiale entre dans le Code civil », AJ. Fam. 2003, p. 48.

**GANNAGÉ (L.)**

- « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », Travaux du comité français de droit international privé, 2006-2008, p. 205 et s.

- « A propos de "l'absolutisme" des droits fondamentaux », in, Mélanges Hélène GAUDEMET-TALLON, Dalloz, 2008, p. 265 et s.

- « Droits fondamentaux et droit international privé de la famille : quelques remarques sur une cohabitation difficile », APD, t. 57, Dalloz, 2014, p. 229 et s.

**GASNIER (F.)**

- « Réflexion sur la pratique de l'adoption simple de l'enfant du conjoint », LPA 2011, n° 121, p. 4.

**GAUDEMET (S.)**

- « L'intérêt de la famille, élément d'un ordre public familial », in, Mélanges G. CHAMPENOIS, Defrénois, 2012, p. 287 et s.

**GAUTIER (P.-Y.)**

- « Contre la balance des intérêts : hiérarchie des droits fondamentaux », D. 2015, p. 2189.

- « Éloge du syllogisme », JCP (G) 2015, p. 1494.

**GEBLER (L.)**

- « La coparentalité à l'épreuve de la séparation : aspects pratiques », AJ famille 2009, p. 150.

**GENICOT (G.)**

- « La maîtrise de son corps par la personne : concept et applications. Deuxième partie », in, J.-L. RENCHON (dir.), Les droits de la personnalité, Bruylant, 2009, p. 29 et s.

**GERVAIS (A.)**

- « Quelques réflexions à propos de la distinction des droits et des intérêts », in, Mélanges P. ROUBIER, t. 1, Dalloz-Sirey, 1961, p. 241 et s.

**GHESTIN (J.)**

- « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », in, Les notions à contenu variable en droit, C. PERELMAN, R. VANDER ELST (dir.), Bruylant 1984, p. 77.

- « La notion de condition potestative au sens de l'article 1174 du code civil », in, Mélanges WEILL, Dalloz, 1983, p. 243.

**GOBERT (M.)**

- « Les incidences juridiques des progrès des sciences biologique et médicale sur le droit des personnes », in, Génétique, procréation et droits, Actes Sud, 1985, p. 162 et s.

**GONZALEZ (G.)**

- « Le droit à l'instruction au sens de la Convention européenne des droits de l'homme », RFDA, 2010, n° 5, p. 1003.

- « Le jeu de l'interprétation consensuelle », in, F. SUDRE (dir.), Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Cour européenne des droits de l'homme, Droit et Justice n° 108, Némésis-Anthémis, 2014, p. 117.

**GOUTTENOIRE (A.)**

- « Le contrôle exercé par la Cour de cassation sur l'intérêt supérieur de l'enfant », in, Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, p. 147 et s.

- « La coparentalité imposée : l'interdiction de sortir l'enfant du territoire national », *Lexbase Hebo (G)* 2010, n° 387.

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

- « Le droit européen des droits de l'homme », in, I. MARIA, M. FARGE (dir.), *Le lien familial hors du Code civil de la famille*, Institut universitaire Varenne, 2014, p. 167 et s.

- « Le droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses grands-parents », *AJ fam.* 2008, p. 138.

#### **GRANET-LAMBRECHTS (F.)**

- « La diversité des modes de conjugalité : panorama de droit comparé », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, Parenté-parentalité*, Dalloz 2009, p. 3 et s.

- « La réforme du droit de la filiation », *AJ fam.* 2005, p. 424 et s.

- « La présomption de paternité », *Dr. fam.* 2006, étude 3.

#### **GRANET-LAMBRECHTS (F.) ET HAUSER (J.)**

- « Le nouveau droit de la filiation », *D.* 2006, *chron.* p. 17.

#### **GRANET-LAMBRECHTS (F.) ET HILT (P.)**

- « Mariage, pacs, concubinage ; le guide : Que choisir entre ces trois modes concurrents de conjugalité ? », *AJ fam.* 2014, p. 658.

#### **GRIGNON (P.)**

- « L'obligation de ne pas agir en justice », in, *Mélanges C. MOULY*, Litec, 1998, p. 115 et s.

#### **GROS (M.)**

- « Conflit entre normes constitutionnelles classiques et normes constitutionnelles environnementales : conciliation, prévalence, ignorance ? », in, F. PERALDI-LENEUF, S.

SCHILLER (dir.), *Les conflits de normes*, Rapport de recherche, 2012, p. 335.

#### **GROULIER (C.)**

- « La distinction de la force contraignante et de la force obligatoire des normes juridiques. Pour une approche duale de la force normative » in, C. THIBIERGE et alii, *La force normative, naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant 2009, p. 199 et s.

#### **GUÉVEL (D.)**

- « La famille incestueuse », *Gaz. Pal.* 2004, n° 290, p. 2.

#### **GUIMBELLOT (R.)**

- « La convention définitive de divorce, en cas de divorce sur requête conjointe, peut-elle donner lieu à une action en rescision pour lésion ? », *D.* 1981, *Chron.* 277.

#### **GUINCHARD (S.), FERRAND (F.), MOUSSA (T.)**

- « Une chance pour la France et le droit continental : la technique de cassation, vecteur particulièrement approprié au contrôle de conventionnalité », *D.* 2015, p. 278.

#### **GUYON (Y.)**

- « De l'obligation de sincérité dans le mariage », *RTD civ.* 1964, p. 473.

#### **HAMMJE (P.)**

- « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », in, *Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 365 et s.

#### **HAUSER (J.)**

- « La famille dans l'île d'utopie. Livre 2 du Code civil intitulé "Des familles" », in, *Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ*, Montchrestien, 2012, p. 161 et s.

- « La démocratie dans les rapports familiaux », in, Mélanges en l'honneur de Slobodan MILACIC : démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation, Bruylant 2008, p. 501 et s.
- « L'abstrait et le concret dans la construction du droit européen des personnes et de la famille », in, Mélanges JEAN-CLAUDE GAUTRON, A. Pedone, 2004, p. 116.
- « L'individu, la famille et le droit », in, G. EID (dir.), La famille, le lien et la norme, L'harmattan, 1997, p. 39 et s.
- « Rapport français », in, L'ordre public, Travaux de l'association Henri Capitant, LGDJ, 1998, p. 475 et s.
- « Décadences et grandeur du droit civil français des personnes et de la famille à la fin du XXe siècle », in, Mélanges D. HUET-WEILLER, LGDJ, 1994, p. 241.
- « Dieu nous garde de l'équité des parlements », in, Mélanges M. VIDAL, PUB, 2010, p. 594.
- « L'intérêt supérieur de l'enfant et le fait accompli », RTD civ. 2008, p. 93 et s.
- « Retour sur le sens du temps en droit de la famille », in, H. FULCHIRON, J. SOSSON (dir.), Parenté, Filiations, Origines, Bruylant, 2013, p. 321 et s.
- « L'enfant naturel rétroactif (suite) : relire Roubier, Nerson et Rubellin-Devichi avant de légiférer ! », RTD civ. 2002, p. 278.
- « Les limites d'ordre public », AJ fam. 2011, p. 292.
- « Le juge homologateur en droit de la famille », in, P. ANCEL, M.-C. RIVIER (dir.), Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends, Economica, 2001, p. 114 et s.
- « Le droit de la famille et l'utilitarisme », in, Mélanges F. TERRÉ, Dalloz, 1999, p. 442 et s.

- « Détournements, abus ou fraudes ? », Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, p. 36 et s.
- « Volonté et ordre public dans le nouveau divorce : un divorce entré dans le champ contractuel », Revue Defrénois 2005, n° 5, p. 357.

#### **HÉBRAUD (P.)**

- « Le juge et la jurisprudence », in, Mélanges P. COUZINET, Université des sciences sociales de Toulouse, 1974, p. 329 et s.

#### **HENRIOT (J.)**

- « Note sur la date et le sens de l'application du mot responsabilité », APD 1977, t. 22, p. 61 et s.

#### **HÉRITIER (F.)**

- « La filiation, état social », Le Monde, 19-20 avril 2010, p. 14 et s.

#### **HÉRON (J.)**

- « Étude structurale de l'application de la loi dans le temps », RTD civ. 1985, p. 227 et s.

#### **HOUIN (M.)**

- « Le problème des fictions en droit civil », Travaux de l'association Henri CAPITANT, 1947, t. III, p. 242.

#### **HUET-WEILLER (D.)**

- « Réflexions sur l'indisponibilité des actions relatives à la filiation », D. 1978, chron. p. 233.

#### **HUGLO (J.-G.)**

- « La Cour de cassation et le principe de sécurité juridique », Les Cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, n° 11, p. 82.

#### **HUGON (C.)**

- « Existe-t-il un droit commun de l'homologation judiciaire ? », LPA 2003, n° 247, p. 4 et s.

**IZORCHE (M.) ET DELMAS-MARTY (M.)**

- « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit », RIDC, 2000, n° 4, p. 753 et s.

**JARROSSON (C.)**

- « Le législateur peut-il avoir tort ? », in, Mélanges Bruno OPPETIT, p. 349 et s.

- « La portée des clauses de recours au règlement amiable », in, P. CHEVALIER, Y. DESDEVISES, P. MILBURN (dir.), Les modes alternatifs de règlement des litiges : les voies nouvelles d'une autre justice, La documentation française, 2003, p. 145 et s.

**JEAMMAUD (A.)**

- « La règle de droit comme modèle », D. 1990, chron. 34, p. 199.

**JESTAZ (P.)**

- « Le principe d'égalité des personnes en droit privé », in, La personne humaine, sujet de droit, 4e Journées SAVATIER, 1994, p. 159 et s.

- « L'égalité et l'avenir du droit de la famille », in, Mélanges F. TERRÉ, Dalloz 1999, p. 417 et s.

- « La jurisprudence : réflexions sur un malentendu », D. 1987, chron. III.

- « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, chron. 32, p. 197.

- « La qualification en droit civil », Droits : revue française de théorie juridiques, n°18, PUF, 1994, p. 46.

**JESTAZ (P.), JAMIN (C.), MARGUÉNAUD (J.-P.)**

- « Révolution tranquille à la Cour de cassation », D. 2014, p. 2061 et s.

**JEULAND (E.)**

- « L'énigme du lien de droit », RTD civ. 2003, p. 455 et s.

**JUSTON (M.)**

- « L'aléa dans le contentieux familial est-il une fatalité ? », Dr. fam. 2010, n° 1, Etude 2, p. 15 et s.

- « L'intérêt de la médiation familiale pour l'enfant », Dr. fam. 2008, étude 10.

**KAYSER (P.)**

- « L'évolution de la communauté réduite aux acquêts dans la pratique notariale », in, Mélanges G. RIPERT, t. I, LGDJ, 1950, p. 488.

- « Les droits de la personnalité : aspects théoriques et pratiques », RTD. civ, 1971, p. 445.

**KENFACK (H.)**

- « La reconnaissance des véritables clauses de médiation ou de conciliation obligatoire hors de toute instance », D. 2015, p. 384 et s.

**KINSCH (P.)**

- « L'apport de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in, P. LAGARDE (dir.), Reconnaissance des situations en droit international privé, A. Pedone 2013, p. 44.

**KOVACS (S.)**

- « La Grèce, l'eldorado de la GPA », Le Figaro, 4-5 octobre 2014, p. 19.

**LABBÉE (X.)**

- « La contractualisation du droit familial : et après ? », in, Mélanges C. NEIRINCK, LexisNexis, 2015, p. 264.

- « Les paradoxes de l'inceste », Gaz. Pal. 2012, n° 334, p. 5 et s.

**LABRUSSE-RIOU (C.)**

- « Le juge et la loi : De leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille », in, Etudes René RODIÈRE, Dalloz, 1981, p. 151 et s.

- « Le désinvestissement du législateur : le flou des références légales », in, M.-T. MEULDERS-KLEIN (dir.), Familles et justice : justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé, Bruylant, LGDJ, 1997, p. 28 et s. spéc. pp. 39-42.

#### **LAFOND (J.)**

- « Conventions de divorce sur requête conjointe et rescision pour lésion », JCP (N) 1980. I. 285 et 1988. I. 87.

#### **LAGARDE (P.)**

- « La reconnaissance mode d'emploi », in, Mélanges H. GAUDEMET-TALLON, Dalloz, 2008, p. 481 et s.

- « Introduction au thème de la reconnaissance des situations : rappel des points les plus discutés », in P. LAGARDE (dir.), Reconnaissance des situations en droit international privé, A. Pedone 2013, p. 19 et s.

#### **LAGARDE (X.)**

- « Jurisprudence et insécurité juridique », D. 2006, n° 10, p. 681.

- « L'efficacité des clauses de conciliation ou de médiation », Revue de l'arbitrage 2000, n° 3, p. 377 et s.

#### **LAMARCHE (M.)**

- « Ordre public et droit des personnes et de la famille demeurent consubstantiels », Dr. fam. 2014, alerte 29.

#### **LAMBERT (P.)**

- « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in, F. SUDRE (dir.), L'interprétation de la Convention européenne

des droits de l'homme, Bruylant, 1998, p. 63 et s.

#### **LAPOYADE-DESCHAMPS (A.)**

- « Les renonciations en droit de la famille », D. 1993, p. 259 et s.

#### **LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**

- « La réception des principes de liberté et d'égalité, du code civil à aujourd'hui : un tableau impressionniste », Mélanges CATALA, Litec, 2001, p. 83 et s.

- « L'intérêt de l'enfant comme critère d'attribution du droit au bail du logement après divorce », Dr. fam. 2008, comm. 68.

- « Nouvel essor pour les modes alternatifs et collaboratifs de règlement des litiges en matière familiale ? » Dr. fam. 2012, n° 5, étude 12.

- « Les conventions de rupture : état des lieux », Dr. fam. 2015, dossier 4.

- « Le mythe du sang en droit de la filiation », LPA, 1994, n° 32, p. 141 et s.

#### **LASBATS (M.)**

- « Les grands parents dans notre société », AJ fam. 2008, p. 147 et s.

#### **LATOURNERIE (D.)**

- « La qualité de la règle de droit », Revue administrative 1981, p. 593.

#### **LE BARS (T.)**

- « Autorité positive et négative de la chose jugée », Procédures, 2007, étude 12.

#### **LE BOURSICOT (M.-C.)**

- « Le droit de connaître son ascendance - et celui de le faire reconnaître - et le dispositif français de l'accès aux origines personnelles », in, Mélanges F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, Montchrestien, Lextenso, 2012, p. 175, spéc. p. 190 et s.

**LE BRIS (R.-F.)**

- « L'effet du divorce sur le nom des époux », D. 1965, chron. 141.

**LE BORGNE (A.)**

- « Plaidoyer en faveur de la médiation familiale pour une justice familiale apaisée », RJPF 2015, n° 5, p. 7 et s.

- « La médiation familiale : une voie d'apaisement des conflits familiaux », RLDC 2005, n° 132, p. 63 et s.

- « Le rôle du ministère public dans le contentieux familial », in, L. WEILLER (dir.), Les transformations du contentieux familial, PUAM, 2012, p. 41 et s.

- « Réflexion sur la diversité des modes de conjugalité », in, Mélanges Jerry SAINTE-ROSE, Bruylant, 2012, p. 675.

**LEFORT (C.)**

- « La dissolution des repères et l'enjeu démocratique », in, P. BUHLER et alii, Humain à l'image de Dieu, éd. Labor et Fides 1989, p. 89.

**LEFRANC-HAMONIAUX (C.)**

- « L'entraide entre époux à l'épreuve du temps », Dr. famille, 1999, n° 7-8, p. 4.

**LEMOULAND (J.-J.)**

- « La diversité du droit contemporain de la famille : un trompe-l'œil », in, Mélanges J. SAINTE-ROSE, Bruylant, 2012, p. 729 et s.

**LEMOULAND (J.-J.) ET MURAT (P.)**

- « Détournements, abus et Cie en droit des personnes et de la famille. Aspects de droit civil extrapatrimonial », Rev. Droit & Patrimoine 2011, n° 209, p. 52 et s.

**LEQUETTE (Y.)**

- « Quelques remarques sur le pluralisme en droit de la famille », in, Mélanges en l'honneur

du professeur Gérard CHAMPENOIS, Defrénois 2012, p. 550.

- « D'une célébration à l'autre (1904-2004) », in, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 9 et s.

- « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), Libertés et droits fondamentaux, Dalloz, 2011, n° 213.

**LEROYER (A.-M.)**

- « Autorité parentale et contrat », in, D. FENOUILLET, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (dir.), La Contractualisation de la famille, Economica, 2001, p. 153 et s.

- « La notion d'état des personnes », in, Mélanges M. GOBERT, Economica, 2004, p. 247 et s.

- « Interdiction de sortie du territoire », RTD civ. 2012, p. 783.

**LEROYER (A.-M.) ET NICOD (M.)**

- « La contrainte en droit de la famille », in, L. GRYNBAUM (dir.), La contrainte, Economica, 2007, p. 106.

**LEVINET (M.)**

- « La conciliation du droit à l'instruction de l'enfant et de l'obligation de respecter les convictions religieuses des parents, à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », in, E. PUTMAN, C. SIFFREIN-BLANC, J.-P. AGRESTI (dir.), Les rapports parents-enfants en quête de repères, PUAM, 2011, p. 71 et s.

**LOISEAU (G.)**

- « L'identité... finitude ou infinitude », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), L'identité, un singulier au pluriel, Dalloz, 2015, p. 29 et s.

**LOUVEL (B.)**

- « Pour une juridiction à l'écoute de son temps », D. 2014, p. 1632.
- « Réflexions à la Cour de cassation », D. 2015, p. 1326.
- « Pour exercer pleinement son office de Cour de suprême, la Cour de cassation doit adapter ses modes de contrôle », JCP (G) 2015, p. 1906.

**MACHEFERT (T.)**

- « Peut-on fonder une éthique sur la liberté ? Les apories de l'individualisme dans la philosophie morale contemporaine », in, J.-M. LARRALDE (dir.), La libre disposition de son corps, Bruylant, 2009, p. 19 et s.

**MADIOT (Y.)**

- « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in Mélanges Jean SAVATIER, PUF, 1992, p. 353 et s.

**MALAUURIE (P.)**

- « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », JCP (G) 2002. I. 143, n° 22.
- « Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le judge made law à la manière européenne », JCP (G) 2016, n° 12, p. 318.
- « Notre droit est-il inspiré ? », Defrénois 2002, art. 37545, p. 638 et s.
- « L'effet prophylactique du droit civil », in, Mélanges Jean CALAIS-AULOY, Dalloz, 2004, p. 669 et s.
- « Rapport de synthèse », in, T. REVET (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996, p. 105 et s.

**MALAUURIE (P.) ET FULCHIRON (H.)**

- « Évolutions du droit français de la famille », Defrénois 2009, n° 13, p. 1347.

**MARCHAL (P.)**

- « L'individu, devenu valeur suprême ? », R.T.D.F 2008, n° 3, p. 673.

**MARINESE (V.)**

- « Légistique et effectivité », in, V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme, PUPO, 2008, p. 89 et s.

**MARTENS (P.)**

- « Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen », in, Dialogues entre juges, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 2008, p. 55 et s.

**MARTIN (L.)**

- « Le secret de la vie privée », RTD. civ., 1959, p. 227.

**MARTIN (X.)**

- « De l'incapacité des rédacteurs du Code civil à concevoir le désintéressement », in, L. RICHER (dir.), L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?, Economica, 1983, p. 35 et s.

**MARTIN-HOCQUENGHEM (E.)**

- « L'obligation de tenter une résolution amiable du litige préalablement à l'exercice d'une action en justice contentieuse : un encombrant tigre de papier », LPA 2015, n° 129, p. 5 et s.

**MASSIP (J.)**

- « Liberté et égalité dans le droit contemporain de la famille », Defrénois 1990, n° 3, p. 149 et s.
- « Le nouveau droit de la filiation », Défrénois 2006, art. 38324.

- « Les incidences de la loi sur le mariage en matière de nom de famille », Defrénois 2013, n° 13-14, p. 737.

- « La loi du 16 janvier 2009 ratifiant l'ordonnance du 4 juillet 2005 réformant le droit de la filiation », Defrénois, 2009, p. 591.

#### **MASSON (A.)**

- « Le bonheur est dans le Code civil », RLDC 2004, n° 11, p. 53 et s.

#### **MATHIEU (B.)**

- « La sécurité juridique, un principe clandestin, mais efficient », in, Mélanges Patrice GÉLARD, Montchrestien 2000, p. 301.

#### **MAYER (P.)**

- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in, Mélanges P. LAGARDE, Dalloz, 2005, p. 547 et s.

- « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », RCADI, 2007, t. 327, p. 23 et s.

#### **MAZEAUD (D.)**

- « La cause », in, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir, Dalloz, 2004, p. 452.

#### **MAZEAUD (H.)**

- « L'enfant adultérin et la " super-rétroactivité " des lois », D. 1977, Chron. p. 1.

#### **MAZEAUD (L.)**

- « De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droits », RTD civ. 1929, p. 17 et s.

#### **MEGDICHE (C.)**

- « Essai sur la notion de besoin », Sociétés, revue des sciences humaines et sociales, 2002, n° 75, p. 85-90.

#### **MELIN (P.)**

- « Reconnaissance d'enfant naturel et responsabilité civile », Gaz. Pal. 2002, 1, Doctr. p. 645 et s.

#### **MÉLIN-SOUCRAMANIEN (B.)**

- « L'homologation judiciaire en droit de la famille », in, Mélanges J. HAUSER, LexisNexis et Dalloz, 2012, p. 373 et s.

#### **MELLERAY (F.)**

- « La revanche d'Emmanuel Lévy ? L'introduction du principe de protection de la confiance légitime en droit public français », Droit et Société 2004, n° 56-57, p. 143 et s.

#### **MESTRE (J.)**

- « L'ordre public dans les relations économiques », in, T. REVET (dir.), L'ordre public à la fin du XXe siècle, Dalloz, 1996.

#### **MEULDERS-KLEIN (M.-T.)**

- « Conclusions générales », in, J.-L. RENCHON (dir.), L'enfant et les relations familiales internationales, Bruylant, 2003, p. 410.

#### **MIGNOT (M.)**

- « L'accès à la preuve scientifique dans le droit de la filiation », RRJ 2003, p. 667 et s.

#### **MILLET (F.-X.)**

- « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », RFDA, 2012, p. 307 et s.

#### **MIMIN (P.)**

- « L'intention et le mobile », in, La Chambre criminelle et sa jurisprudence, mélanges M. PATIN, éd. Cujas, 1965, p. 113 et s.

#### **MOLFESSIS (N.)**

- « Conflits d'intérêts : vers un changement de culture », JCP (G), supplément au numéro 52, p. 1.

- « Discontinuité du droit et sécurité juridique », *Louisiana Law Review* 2003, vol. 63, n° 4, p. 1309 et s.

**MONÉGER (F.) ET PLUYETTE (G.)**

- « Exequatur et principes essentiels du droit français », in, *Mélanges Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 447 et s.

**MOQUET-ANGER (M.-L.)**

- « Intérêt général et droit à la santé publique », in, *Mélanges Didier TRUCHET*, Dalloz 2015, p. 387 et s.

**MORAND (C.-A.)**

- « La sanction », *APD* 1990, p. 304.

- « Éléments de légistique formelle et matérielle », in, C.-A. MORAND (dir.), *Légistique formelle et matérielle*, PUAM, 1999, p. 18.

- « Vers une méthodologie de la pesée des valeurs constitutionnelles », in, *Mélanges J.-F. AUBERT*, Helbing & Lichtenhahn, 1996, p. 57.

**MORAND-DEVILLER (J.)**

- « Plaidoyer pour les docteurs angéliques », *Conseil d'État, Etudes et documents, La Documentation française*, 1996, n° 47, p. 522.

**MOREAU (M.)**

- « Le droit qui passe... », in, *Mélanges J. SAINTE-ROSE*, Bruylant, 2012, p. 1071 et s.

**MOTULSKY (H.)**

- « Pour une délimitation plus précise de l'autorité de la chose jugée en matière civile », *D.* 1968, chron. I

- « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge », *D.* 1964, chron., p. 235.

**MOULY (C.)**

- « Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisibles ? », *LPA*, 1994, n° 33, p. 15.

**MOURY (J.)**

- « De quelques aspects de l'évolution de la jurisdictio en droit judiciaire privé », in, *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs*, *Mélanges R. PERROT*, Dalloz 1996, p. 299 et s.

**MOUTARDIER (H.)**

- « Plaidoyer pour une nouvelle lecture de la procédure participative », *Gaz. Pal.* 2015, n° 83, p. 7 et s.

**MULON (E.)**

- « Dommages-intérêts en matière de divorce : pour une suppression de l'article 266 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2014, n° 21, p. 6 et s.

**MURAT (P.)**

- « Individualisme, libéralisme, légistique », in, H. FULCHIRON (dir.), *Mariage-conjugalité, parenté-parentalité*, Dalloz, 2009, p. 239 et s.

- « Indisponibilité de la filiation et perspectives d'avenir (variations libres sur un thème controversé) », in, *Mélanges D. HUET-WEILLER*, LGDJ, 1994, p. 341.

- « L'identité imposée par le droit et le droit à connaître son identité », in, B. MALLET-BRICOUT, T. FAVARIO (dir.), *L'identité, un singulier au pluriel*, Dalloz, 2015, p. 51 et s.

- « L'effectivité du droit de l'enfant à connaître ses parents et à être élevé par eux en droit positif », *LPA* 2010, n° 200, p. 17 et s.

**NEIRINCK (C.)**

- « Le couple et la contractualisation de la rupture », *RRJ* 2009-1, p. 107 et s.

**NOREAU (P.)**

- « De la force symbolique du droit », in, C. THIBIERGE et alii, *La force normative*,

naissance d'un concept, LGDJ, Bruylant 2009, p. 137 et s.

**NORMAND (J.)**

- « La portée de la chose jugée : un renouvellement des critères ? », RTD civ. 1995, p. 177.

**OLINGA (A.-D.) ET PICHERAL (C.)**

- « La théorie de la marge d'appréciation dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme », R.T.D.H. 1995, p. 567 et s.

**OPPETIT (B.)**

- « Les principes généraux en droit international privé », APD 1987, vol. 32, p. 179 et s.

**OST (F.)**

- « L'herméneutique juridique entre hermétisme et dogmatisme. Le jeu de l'interprétation en droit », Revue internationale de sémiotique juridique, 1993, Vol. VI, n° 18, p.227 et s.

- « Le temps virtuel des lois post-modernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », in, J. CLAM, G. MARTIN (dir.), Les transformations de la régulation juridique, LGDJ, 1998, p. 428.

**OST (F.) ET LENOBLE (J.)**

- « Les implicites de la théorie du juge raisonnable », Annales de droit de Louvain, 1976, p. 321 et s.

**LOUDIN (F.)**

- « Indemnités entre époux divorcés : faut-il abroger le nouvel article 266 du Code civil ? », RJPF 2006, n°2, p. 12.

**PACTEAU (B.)**

- « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », AJDA, 20 juin 1995, n° spécial, p. 151.

**PAMBOUKIS (C.)**

- « La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance », Rev. crit. DIP 2008, p. 513 et s.

**PASCAL (A.) ET TRAPERO (M.)**

- « Vérité biologique et filiation dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation », in, La vérité, Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, La documentation française, 2005, p. 101 et s.

**PASTRE-BELDA (B.)**

- « Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle ? », RTDH 2015 n° 101, p. 92.

**PAVIA (M.-L.)**

« Eléments de réflexions sur la notion de droit fondamental », LPA 1994, n° 54, p. 6 et s.

**PENA (M.)**

- « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », RRJ 1992, p. 499.

**PERELMAN (C.)**

- « L'usage et l'abus des notions confuses », in, Le raisonnable et le déraisonnable en droit, C. PERELMAN (dir.), LGDJ, 1984, p. 153.

**PERI (A.)**

- « Le statut des cendres funéraires : un vide juridique comblé ? », LPA, 31 août 2007, n° 175, p. 3 et s.

**PERREAU-SOSSINE (L.) ET ALII**

- « Les prenuptial agreement et les contrats de mariage », Dr. fam. 2015, dossiers 29, 30, 31, 32.

**PETEV (V.)**

- « Temps et transmutation des valeurs en droit », in, F. OST, M. VAN HOECKE (dir.), Temps et Droit : le droit a-t-il pour vocation de durer ?, Bruylant 1998, p. 179.

- « Réflexions sur la postmodernité et les limites du législateur », in, C.-A. Morand (dir.), Légistique formelle et matérielle, PUAM, 1999, p. 299 et s.

- « Jurisprudence et philosophie du droit », RRJ 1993, n° 4, p. 1265.

**PIGACHE (C.)**

- « La clause de conciliation préalable », Gaz. Pal. 2015, n° 225, p. 12 et s.

**PIOTRAUT (J.-L.)**

- « La notion de gravité dans le Code civil », Gaz. Pal. 2000, n° 263, p. 4.

**POIVEY-LECLERC (H.)**

- « La convention de procédure participative : un pacte de non-agression à durée déterminée », JCP (G) 2011, actu. 70.

**POMART (C.)**

- « Les techniques législatives de résolution des conflits familiaux », in, S. DAUCHY, V. DEMARS-SION, A. DEPERCHIN, T. LE MARC'HADOUR (dir.), La résolution des conflits. Justice publique et justice privée : une frontière mouvante, Rapport de recherche, Lille 2008, p. 183 et s.

- « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », Dr. fam. 2010, n° 9, Etude 20.

**PONCELA (P.)**

- « Introduction à une approche philosophique de la sanction », in, Archives de politique criminelle, 1984, n° 7, p. 58.

**POPU (H.)**

- « La destination des cendres funéraires », Defrénois, 15 septembre 2007, n° 17, p. 1209 et s.

**PORTALIS (J.-E.-M.)**

- « Discours préliminaire sur le projet de Code civil » in, Le discours et le Code, Litec 2004, p. LVI.

**POUSSON-PETIT (J.)**

- « Chronique de droit belge : le droit de l'enfance ou le droit à l'enfant », Dr. famille 2010, n° 7, p. 20 et s.

**PRIEUR (M.)**

- « Incertitude juridique, incertitude scientifique et protection de l'environnement », in, *Incertitude juridique, Incertitude scientifique* (Actes du Séminaire de l'Institut Fédératif Environnement et Eau. Limoges, 5 avril 2000), PULIM, 2001, p. 9 et s.

**RACINE (J.-B.)**

- « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits ? (Contribution à la définition du terme alternatif) », LPA 2001, n° 105, p. 16 et s.

**RADBRUCH (G.)**

- « Le relativisme dans la philosophie du droit », APD 1934, p. 106.

**RAYNAUD (P.)**

- « La distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs », in, Etudes de droit contemporain, contributions françaises aux IIIe et IVe congrès internationaux de Droit Comparé, Sirey, 1959, p. 377 et s.

**REBEYROL (V.)**

- « Une réforme à la Cour de cassation ? », JCP (G) 2015, p. 1583.

**REBOURG (M.)**

- « Les conventions homologuées en matière d'autorité parentale et de contribution à l'entretien de l'enfant », Dr. fam. 2004, étude 17.

**RÈMOND-GUILLOUD (M.)**

- « La possession d'état d'enfants », RTD civ. 1975, p. 459.

**RENCHON (J.-L.)**

- « Considérations en forme de conclusions à propos de l'œuvre politique et/ou idéologique de la Cour européenne des droits de l'homme », in, F. KRENC, M. PUÉCHAVY (dir.), Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, 2008, p. 145 et s.

- « Indisponibilité, ordre public et autonomie de la volonté dans le droit des personnes et de la famille », in, A. WIFFELS (dir.), Le Code civil entre ius commune et le droit privé européen, Bruylant 2005, p. 269 et s.

- « Les causes des mutations de l'ordre public », Dr. fam. 2015, dossier 46.

- « Peut-on déterminer l'intérêt de l'enfant ? », LPA 2010, n° 200, p. 29 et s.

- « Le droit au respect de la vie privée dans les relations familiales », in, J.-L. RENCHON (dir.), Les droits de la personnalité, Bruylant, 2009, p. 131 et s.

**RIALS (S.)**

- « Ouverture : L'office du juge », Droits, 1989, n° 9, p. 3 et s.

**RIGAUX (F.)**

- « Les situations juridiques dans un système de relativité générale. Cours de droit international privé », RCADI 1989, t. 213, p. 9 et s.

**RITLENG (D.)**

- « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », RTD eur., 2013, p. 267 et s.

**RIVERO (J.)**

- « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », D. 1951, Chron., p. 99.

- « Sur la rétroactivité de la règle jurisprudentielle », AJDA, 1968, p. 15.

- « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in Mélanges Pierre RAYNAUD, Dalloz-Sirey, p. 675 et s.

- « Synthèse », in, L. RICHER (dir.), L'activité désintéressée, réalité ou fiction juridique ?, Economica, 1983, p. 137 et s.

**RODIÈRE (R.)**

- « L'écoulement du temps et la recevabilité de l'action en responsabilité contre le transporteur aérien », D. 1976, chron. p. 265.

- « La notion de cause péremptoire en matière de divorce », JCP (G) 1937, I, p. 12.

- « Les principes généraux du droit privé français », RIDC 1980, n° spéc., vol. II, p. 309 et s.

**ROGUE (F.)**

- « Le nom de famille dans la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe », LPA 2013, n° 133, p. 44.

**ROMAIN (J.-F.)**

- « L'ordre public (notion générale) et les droits de l'homme », in, Les conférences du centre de droit privé et de droit économique, vol. 3, L'ordre public ; concept et applications, Bruylant, 1995, p. 8 et s.

**ROPERS (C.)**

- « Reste-t-il un ordre public familial ? », in, Les évolutions du droit (contractualisation et

procéduralisation), Publications de l'université de Rouen 2004, p. 89 et s.

**ROUVIÈRE (F.)**

- « La distinction des délais de prescription, butoir et de forclusion », LPA 2009, n° 152, p. 7.

**RUBELLIN-DEVICHI (J.)**

- « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », JCP, G, 1994, I, 3739, p. 87 et s.

- « Les grandes réformes en cours dans le droit de la famille en France », in, Mélanges Marie-Thérèse MEULDERS-KLEIN, Bruylant, 1998, p. 661 et s.

- « Du caractère " définitif " de la convention dans le divorce sur requête conjointe », RTD civ. 1987, p. 287.

**SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**

- « La sexualité dans le droit civil contemporain », Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 23, 1985, p. 7 et s.

**SAINT-PAU (J.-C.)**

- « La distinction des droits de la personnalité et l'action en responsabilité civile », in, Mélanges H. GROUDEL, Litec 2006, p. 405 et s.

**SAUPHANOR (S.)**

- « La convention de procédure participative : aspects pratiques », Gaz. Pal. 2011, n° 18, p. 10.

**SCHMIDT (D.)**

- « Essai de systématisation des conflits d'intérêts », D. 2013, p. 446.

**SERRA (G.)**

- « De quelques paradoxes du divorce et de la responsabilité civile », RLDC 2007, n° 42, p. 38 et s.

**SIFFREIN-BLANC (C.)**

- « Le lien de filiation à l'épreuve de la sécurité juridique », in, E. PUTMAN, J.-P. AGRESTI, C. SIFFREIN-BLANC (dir.), Le lien familial, lien obligationnel, lien social, t. II, PUAM 2014, p. 133 et s.

**SILANCE (L.)**

- « Un moyen de combler les lacunes en droit : l'induction amplifiante », in, C. PERELMAN (dir.) Le problème des lacunes en droit, Bruylant, 1968, p. 489 et s.

**SPITZ (J.-F.)**

- « L'État et la famille », Droits, 1993, n° 16, p. 59 et s.

**STOETZEL (J.)**

- « Les changements dans les fonctions familiales », in, R. PRIGENT (dir.), Renouveau des idées sur la famille, Travaux et documents, Cahier n° 8, PUF 1954, p. 343.

**SUDRE (F.)**

- « La mystification du consensus européen », JCP (G) 2015, I, 1369.

**SURREL (H.)**

- « La détermination prétorienne du cadre d'examen des conflits de droits », in, F. SUDRE (dir.), Les conflits de droits dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, Droit et Justice n° 109, Némésis-Anthémis, 2015, p. 184.

**TALARICO (L.)**

- « L'interdiction de sortie du territoire de l'enfant sans l'accord des deux parents :

exigence légale ou pouvoir du juge ? », Dr. fam. 2011, Etude 11.

**TERRÉ (F.)**

- « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in, R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE, T. REVET (dir.), Libertés et droits fondamentaux, 16e éd. Dalloz, 2010, p. 3.

- « La crise de la loi », APD 1980, t. 25, p. 17 et s.

- « Temps sociologiques et temps juridiques », Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, 1996, p. 160 et s.

- « Propos introductifs théoriques sur les conflits de normes », in, F. PERALDI-LENEUF, S. SCHILLER (dir.), Les conflits de normes, Rapport de recherche, 2012, p. 8 et s.

**THÉRON (S.)**

- « L'effet déclaratif d'un acte ou d'un jugement », AJDA 2011, p. 2100.

**THÉRY (R.)**

- « L'intérêt de la famille » JCP (G) 1972, I, 2485.

**THIBIERGE (C.)**

- « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », RTD Civ. 2003, p. 599 et s.

**TISSERAND (A.)**

- « L'indésirable indivisibilité dans le divorce sur requête conjointe », in, Mélanges D. HUET-WEILLER, 1994, LGDJ, p. 497 s.

**TISSERAND-MARTIN (A.)**

- « Devoir de loyauté et obligation d'information entre époux divorçant », in Mélanges P. SIMLER, Litec-Dalloz, 2006, p. 207 et s.

**TOPORKOFF (M.)**

- « Les droits reposant sur la common law permettent-ils une meilleure prévision judiciaire que ceux reposant sur le droit écrit ? », Les Annonces de la Seine, supplément au n° 35 du 18 mai 2000, n° 6.1.1.3.

**TRESCASES (A.)**

- « Les délais préfix », LPA 2008, n° 22, p. 6.

**TRIANAFYLLOU (D.)**

- « La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire », RFDA 2000, p. 246.

**TULKENS (F.)**

- « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ? », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2006, p. 3 et s.

**TUNC (A.)**

- « Aux frontières du droit et du non-droit : l'équité », in, L'hypothèse du non-droit : XXXe séminaire organisé à Liège les 21 et 22 octobre 1977, Liège, 1978, p. 284 et s.

**VALEEMBOIS (A.-L.)**

- « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », Cahiers du Conseil constitutionnel, 2005, n° 17, p. 127 et s.

**VAN BOGAERT (E.)**

- « Le sens de la clause "rebus sic stantibus" dans le droit des gens actuel », RGDI, 1966, p. 49 et s.

**VAN GYSEL (A.-C.)**

- « L'intérêt de l'enfant, principe général de droit », Revue générale de droit civil belge, 1988-2, p. 186 et s.

- « Quelle prohibition de l'inceste pour la société actuelle ? », in, N. GALLUS (dir.), Droit des familles, genre et sexualité, LGDJ, 2012, p. 261 et s.

**VERNIÈRES (C.)**

- « Conditions du changement de régime matrimonial », in, M. GRIMALDI (dir.), Droit patrimonial de la famille, Dalloz-action, 2014, n° 123.50 et s.

**VIAL (G.)**

- « La recevabilité des actions relatives à la filiation dans la loi n° 2009-61 du 16 janvier 2009 », Dr. fam. 2009, étude 18.

**VIDAL (D.)**

- « L'actualité des clauses encadrant la réalisation du risque », Journal des sociétés 2013, n° 105, p. 48 et s.

**VIER (C.-L.)**

- « La notion de conflit d'intérêts », AJDA 2012 p. 869.

**VILLA-NYS (M.-C.)**

- « Réflexions sur le devenir de l'obligation de fidélité dans le droit civil de la famille », Revue Droit et Patrimoine 2000, n° 85, p. 96 et s.

**VILLEY (M.)**

- « Esquisse historique sur le mot responsable », APD 1977, t. 22, p. 45 et s.

**WACHSMANN (P.)**

- « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », RUDH 2004, n° 1-4, p. 40 et s.

- « Une certaine marge d'appréciation. Considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression »,

in, Mélanges P. LAMBERT, Bruylant, 2000, p. 1017 et s.

**WALTER (J.-B.)**

- « La vie privée et familiale : refuge européen de l'illégalité ou réceptacle de la tragédie humaine ? », Dr. fam. 2015, étude 11.

**WEILLER (L.)**

- « La médiation familiale », in, L. WEILLER (dir.), Les transformations du contentieux familial, PUAM, 2012, p. 59 et s.

**WIEDERKEHR (G.)**

- « L'accélération des procédures et les mesures provisoires », R.I.D.C. 1998-2, p. 449 et s.

- « L'évolution de la justice gracieuse », in, Mélanges Pierre DRAI, Dalloz, 2010, p. 483 et s.

**WITZ (C.)**

- « Force obligatoire et durée du contrat », in, Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats, Dalloz, 2004, p. 175 et s.

**WOEHLING (J.-M.)**

- « La France peut-elle se passer du principe de confiance légitime ? » in, Mélanges Jean WALINE, Dalloz, 2002, p. 749.

**WYLLEMAN (A.)**

- « L'homme et la création des valeurs », Revue Philosophique de Louvain 1960, t.58, n° 57, p. 88 et s.

**ZAKI (M.-S.)**

- « Définir l'équité », A.P.D., t. 35, 1990, p. 87 et s.

**ZEIDENBERG (S.)**

- « Le droit de la famille face à la contrariété d'intérêts », RRJ, 2003, p. 631 et s.

**ZÉNATI (F.)**

- « La jurisprudence », Dalloz, 1991, p. 155.

IV- NOTES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS ET  
RAPPORTS

**AGOSTINI (E.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, D. 1999, p. 671.

**AMRANI MÉKKI (S.)**

- Obs. sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Dr. et patrimoine, févr. 2007, p. 113.

**ANCEL (B.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, Rev. crit. DIP 2007, p. 420.

- Note sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 1998, Rev. crit. DIP, 1998, p. 659.

**AUDIT (M.)**

- Obs. sous, CE, 24 nov. 2006, Dr. adm. 2007, comm. 60.

- Note sous, CJCE, 2 oct. 2003, Garcia Avello, C-148/02, D. 2004, p. 1476.

**AVENAT-ROBARDET (V.)**

- Obs. sous, Cass. Com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383, D. 2011, n° 40, p. 2235.

**BAHUREL (C.)**

- Note sous, Cass. 1re civ, 4 déc. 2013, n° 12-26066, Defrénois 2014, n° 3, p. 140.

**BARBIER (H.)**

- Obs. sous, Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, RTD civ. 2014 p. 655.

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 25 janv. 1978, Gaz. Pal. 1978, 2, 505.

**BARRIÈRE-BROUSSE (I.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, JDI (Clunet) 2011, p. 124.

**BATIFFOL (H.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 7 janv. 1964, Rev. crit. DIP 1964, p. 344.

**BEIGNIER (B.)**

- Obs. sous, Cass., Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, JCP (G) 2007, I, 210.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 2 déc. 2000, n° 98-19.147, Dr. fam. 2001, comm. 32.

- Obs. sous, CA Paris, 1er ch., 27 mars 1998, Cts X c/ Madame Y et autres, Dr. fam. 1998, n° 6, pp. 23-25.

**BELLET (P.)**

- Note sous, CA Paris, 7 nov. 1957, J.-B. ; Rev. crit. DIP, 1959, p. 319.

**BÉNABENT (A.)**

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 27 juin 1985, n° 84-14663, D. 1986, IR. 112.

**BÉNOÎT-ROHMER (F.)**

- Note sous, CEDH, gr. ch., 18 janv. 2001, Chapman c. Royaume-Uni, n° 27238/95, RTDH 2002, p. 999.

**BERTHIAU (D.) ET BRUNET (L.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), D. 2011, p. 1522.

**BICHERON (F.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2004, AJ fam. 2004, p. 241.

**BINET (J.-R.)**

- Note sous, CE, 31 mai 2016, n° 396848, Dr. fam. 2016, n° 9, étude 15.

- Note sous, CA Orléans, 22 mars 2016, n° 15/03281, JurisData n° 2016-004932, Dr. fam. 2016, étude 8.

- Note sous, Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002, Dr. fam. 2015, repère 8.

- Note sous, CEDH, 21 juill. 2015, Oliari et autres c. Italie, n° 18766/11 et 36030/11, Dr. fam. 2015, repère 11.

- Note sous, CA Rennes, 28 sept. 2015, n° 14/07321, JurisData n° 2015-021767 et n° 14/05537, JurisData n° 2015-021765, Dr. fam. 2015, comm. 201.

- Note sous, Cass. 1re civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296, Dr. fam. 2016, comm. 20.

- Obs. sous, CA Aix-en-Provence, 2 déc. 2014, n° 13/17939, Dr. fam. 2015, n° 3, comm. 44.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041, Dr. fam. 2013, comm. 148.

#### **BLAY-GRABARCZYK (K.)**

- Obs. sous, CEDH, 25 sept. 2012, Godelli c. Italie, n° 33783/09, JCP (G) 2012, p. 1083.

#### **BOICHÉ (A.)**

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 26 nov. 2013, X c. Lettonie, n° 27853/09, AJ fam. 2014, p. 58.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 13 févr. 2013, n° 11-28424, AJ fam. 2013, p. 185.

- Obs. sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, AJ fam. 2012, p. 546.

- Obs. sous, Cass. civ., 1re, 8 juill. 2010, n° 09-66.406, AJ fam. 2010, p. 482.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, n° 41615/07, AJ famille 2012, p. 97.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, AJ fam. 2008. 401.

- Obs. sous, CEDH, 6 déc. 2007, Maumousseau et Washington c. France, n° 39388/05, AJ fam. 2008 p. 83.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 déc. 2006, n° 06-13.177, AJ fam. 2006, p. 180.

- Obs. sous, Cass. civ., 1re, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, AJ fam. 2006, p. 252.

#### **BOMHOFF (J.) ET ZUCCA (L.)**

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni, n° 6339/05, European Constitutional Law Review, 2006, p. 424.

#### **BONFILS (P.) ET GOUTTENOIRE (A.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 08-11033, D. 2009, p. 1918.

#### **BORGHETTI (J.-B.)**

- Obs. sous, CEDH, 11 mars 2014, Howald Moor et autres c. Suisse, n° 52067/10 et 41072/11, D. 2014, p. 1019.

#### **BOULANGER (F.)**

- Obs. sous, Cass. civ., 1re, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, JCP (G) 2008, II, 10001.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 oct. 2001, D. 2002, p. 1097.

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 juill. 1995, D. 1996, p. 233.

#### **BOURRIER (C.) ET COUTANT (C.)**

- Note sous, CA Paris, 1er ch., 27 mars 1998, Cts X c/ Madame Y et autres, LPA 1999, n° 197, p. 10.

#### **BRUGGEMAN (M.)**

- Obs. sous, CEDH, 14 déc. 2010, O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni, n° 34848/07, Dr. fam. 2011, alerte 8.

#### **BRUNET (L.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 juin 1996, D. 1998, p. 453.

#### **BRUSORIO-AILLAUD (M.)**

- Note sous Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 07-14849, JCP (G) 2009, II, 10076.

**CASEY (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, Gaz. Pal. 10-11 sept. 2010, p. 43.
- Note sous, CA Bordeaux, 14 janv. 2003, n° 99/03465, RJPF 2003, n° 9, p. 27.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 2 déc. 2000, n° 98-19.147, JCP (G) 2001, II, 10478.

**CATALA (P.)**

- Note sous, CA Paris, 6 nov. 1997, n° 1997-023051, Dr. fam. 1997, chron. 12.

**CHAMPENOIS (G.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, Defrénois 2011, n° 4, p. 375.
- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-22914, Defrénois 1999, art. 37017.
- Note sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, Defrénois 1997, p. 420.

**CHÉNEDÉ (F.)**

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, D. 2014, p. 1797.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, AJ fam. 2015, p. 54.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, AJ. fam. 2013, p. 663.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, D. 2014, p. 179
- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, AJ fam. 2011, p. 429.
- Obs., sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2008, n° 06-11294, AJ fam. 2008, p. 431.
- Note sous, CEDH, 10 janv. 2008, Kearns c. France, n° 35991/04, AJ. Fam. 2008, p. 78.
- Note sous, Cass. 1re civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, AJ fam. 2007, p. 398.

**CHEVALIER (P.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), Rev. crit. DIP 2014, p. 1.

**CHEYNET DE BEAUPRÉ (A.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, RJPF 2014/2, p. 23.

**CHRISTIANS (L.-L.)**

- Note sous, CEDH, 20 juill. 2001, Pellegrini c. Italie, n° 30882/96, Rev. crit. DIP 2004, p. 106.

**CLAY (T.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2014 p. 2004, et 2541.
- Obs. sous, Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2014 p. 1044 et 2541.
- Obs. sous, Cass. 3e civ., 28 mars 2007, Bull. civ. III, n° 43, p. 37, JCP (G) 2007, I, 200.
- Obs. sous, Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, JCP (G) 2005, I, 183.

**CORNU (G.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 9 juin 1976, JCP (G) 1976, II, 18494.

**CORPART (I.)**

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, RJPF 2015, n° 4, p. 11.
- Obs. sous, CEDH, 5 déc. 2013, Henry Kismoun c. France, n° 32265/10, RJPF 2014 - 2, p. 10.
- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), RJPF 2013, n° 10, p. 20.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 17 mars 2010, RJPF 2010, n° 9, p. 12.

**COUARD (J.)**

- Note sous, CEDH, 21 juill. 2015, Oliari et autres c. Italie, n° 18766/11 et 36030/11, Dr. fam. 2015, alerte 68.

- Obs. sous, CEDH, 25 juin 2015, C. Canonne c. France, n° 22037/13, Dr. fam. 2015, Alerte 62.

#### **COURBE (P.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), D. 2004, p. 815.

#### **COURBE (P.) ET JAULT-SESEKE (F.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 oct. 2005, D. 2006, pan. 1503.

#### **COURTIN (C.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 févr. 2000, D. 2001, p. 422.

#### **COUSTET (C.)**

- Obs. sous, TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07499, Dalloz actualité, 8 juin 2015.

#### **DAVID (S.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, AJ. fam. 2012, p. 47.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, AJ. fam. 2008, p. 476.4

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 10 mars 2005, n° 02-14268, AJ. fam. 2005, p. 143.

- Obs. sous, Cass. 3e civ., 3 févr. 2004, n° 01-17.094, AJ. fam. 2004, p. 101.

#### **D'AVOUT (L.)**

- Note sous, CEDH, 6 juill. 2010, Green et Farhat c. Malte, n° 38797/07, Rev. crit. DIP 2011, p. 665.

- Note sous, CJCE, 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, JDI 2009, p. 203.

- Note sous, CEDH, 28 juin 2007, Wagner c. Luxembourg, n° 76240/01, JDI 2008, p. 183.

- Note sous, Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, D. 2007, p. 115.

#### **DE LA MARNIÈRE (E.-S.)**

- Note sous, Cass. crim. 8 mars 1988, D. 1989, p. 528.

- Note sous, Cass. 1re civ., 10 juill. 1973, JCP (G) 1974, II, 17689 (5e esp.).

#### **DE LAMY (B.)**

- Obs. sous, CA Paris, 9 nov. 2000, D. 2001, Somm. 2345.

#### **DE VREGILLE (A.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n° 08-70214, Gaz. Pal. 2010, n° 141, p. 30.

#### **DEKEUWER (A.)**

- Note sous, Cons. Const., 19 et 20 janv. 1981 ; D. 1982, p. 441.

#### **DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.)**

- Obs. sous, CEDH, 10 oct. 2006, Paulík c. Slovaquie, n° 10699/05, RJPf 2007, p. 41.

#### **DEVERS (A.)**

- Note sous, CJCE, 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, JCP (G) 2009, II, 10071.

- Note sous, Cass. 2e civ., 10 juill. 2008, n° 07-15390, Dr. fam. 2008, comm. 149.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, Dr. fam. 2007, comm. 160.

#### **DIONISI-PEYRUSSE (A.)**

- Note sous, CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, Negrepointis-Giannisis c. Grèce, JDI 2012, comm. 7, p. 215.

#### **DOMINO (X.)**

- Concl. sous, CE, 12 déc. 2014, n° 365779, RFDA 2015, p. 163.

#### **DOUBLEIN (C.)**

- Obs. sous, CEDH, 5 déc. 2013, Henry Kismoun c. France, n° 32265/10, AJ. fam. 2014, p. 194.

#### **DOUCHY-LOUDOT (M.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, D. 2015 p. 649.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-19839, D. 2012, p. 1033.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, D. 2011, p. 1107.

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 6 mai 2004, n° 02-13689, D. 2005, p. 1821.

#### **DOURIS (M.)**

- Note sous, CA d'Aix-en-Provence du 28 octobre 2011, LPA 2012, n° 195, p. 5 et s.

#### **DOUVILLE (T.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, Dalloz actualité 02 mai 2014.

#### **DUBARRY (J.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, RJPF 2015, n° 2, p. 20.

#### **DUPIN (A.)**

- Concl. sous, Cass. civ., 28 févr. 1860, Bulkley c. Defresne, S. 1860, 1, p. 210.

#### **ÉGÉA (V.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296, Dr. fam. 2016, chron. 1, n° 10.

- Obs. sous, CEDH, 25 févr. 2014, Ostace c. Roumanie, n° 12547/06, Dr. fam. 2014, alerte 15.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041, RJPF 2013, n° 12, p. 24.

- Note sous Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 07-14849, D. 2009, AJ, p. 811.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, D. 2008, p. 2078.

- Note sous, Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 02-20613, D. 2005, p. 1909.

#### **EUDIER (F.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, RJPF 2008-11, p. 29.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 déc. 2006, n° 06-13.177, RJPF 2007-3, p. 38.

#### **FARGE (M.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2014, n° 13-21.751, Dr. fam. 2014, comm. 174.

- Note sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, Dr. fam. 2012 p. 187.

- Note sous, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, Dr. fam. 2012, comm. 19.

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 08-11033, Dr. fam. 2009, comm. 82.

#### **FAVIER (Y.)**

- Obs. sous, CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, JCP (G) 2003, I, 101, n° 1.

#### **FERGANI**

- Note sous, CA Paris, 16 févr. 1972, D. 1972, p. 449.

#### **FERRAND (F.) ET MOUSSA (T.)**

- Note sous, Cass. 3e civ., 27 mars 1991, Gaz. Pal. 1992, somm., p. 281.

#### **FLAUSS (J.-L.)**

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande*, n° 45036/98, AJDA 2005, p. 1886.

- Note sous, CEDH, 20 juill. 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96, LPA 18 avr. 2002, n° 78, p. 11.

- Obs. sous, CEDH, 8 sept. 1993, *Bernard et autres c. Luxembourg*, n° 17187/90, AJDA 1994, p. 30.

#### **FOHRER-DEDEURWAERDER (E.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 20 juin 2012, n° 11-30120, JDI 2013, p. 3.

#### **FRICÉRO (N.)**

- Obs. sous, Cass. ch. mixte, 12 déc. 2014, n° 13-19.684, D. 2015, p. 287.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 1er oct. 2014, n° 13-17.920, D. 2015, p. 287.
- Obs. sous, Cass. com., 29 avr. 2014, n° 12-27.004, D. 2015, p. 287.
- Obs. sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Dr. et proc. 2006, p. 348.
- Note sous, CEDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, n° 18357/91, D. 1997, n° 6, p. 74.

#### **FULCHIRON (H.)**

- Note sous, CEDH, 21 juill. 2016, *Foulon et Bouvet c. France*, n° 9063/14 et n° 10410/14, Dr. fam. 2016, comm. 201.
- Note sous, CE, 31 mai 2016, n° 396848, D. 2016, p. 1472
- Note sous, CEDH, 21 juill. 2015, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, D. 2015, p. 2160.
- Note sous, Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, D. 2015, p. 1070.
- Note sous, Cass. 1re civ, 4 déc. 2013, n° 12-26066, D. 2014, p. 153.
- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), JCP (G) 2004, p. 1481.

#### **FULCHIRON (H.) ET GOUTTENOIRE (A.)**

- Obs. sous, CEDH, 25 janv. 2000, *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, n° 31679/96, Dr. fam. 2000, chron. 26.

#### **GALLANT (E.)**

- Note sous, Cass. civ., 1re, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, Rev. crit. DIP 2007. p. 96.

#### **GALLMEISTER (I.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, D. 2015, p. 464.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, n° 16574/08, D. 2013, p. 434.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, n° 41615/07, D. 2010, p. 2062.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, D. 2006, p. 1065.

#### **GALLOIS (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, RLDC 2011, n° 78, p. 46.

#### **GANNAGÉ (L.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, JCP (G) 2015, p. 525.

#### **GARRAUD (E.)**

- Note sous, CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, RJPF 2002, n° 7 et 8, p. 11.

#### **GARCIN (K.)**

- Obs. sous, CEDH, 12 févr. 2013, *Vojnity c. Hongrie*, n° 29617/07, Dr. fam. 2013, comm. 70.

#### **GARÉ (T.)**

- Note sous, CEDH, 4 oct. 2012, *Harroudj c. France*, n° 43631/09, RJPF 2012/11, p. 41.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, RJPF 2012, n° 1, p. 22.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, RJPF 2009, n° 2, p. 18.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 10 mars 2005, n° 02-14268, RJPF 2005-6, p. 20.
- Note sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2002, JCP (G) 2003, II, 10053.
- Note sous, Cass. 1re civ., 5 févr. 2002, RJPF 2002, n° 5, p. 38.
- Note sous, Cass. 1re civ, 12 déc. 2000, n° 98-19.147, D. 2001, p. 1496.
- Note sous, Cass. 1re civ., 28 mars 2000, D. 2000, p. 731.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, n° 95-13029, JCP (G) 1997, II, 22820.
- Note sous, CA Bordeaux, 19 nov. 1996, n° 95-2280, D. 1997, p. 523.
- Note sous, Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, JCP (G) 1991, II, 21752.

#### **GAUDEMET-TALLON (H.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 20 juin 2012, n° 11-30120, Rev. crit. DIP 2012, p. 900.
- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, D. 2012, p. 1228.

#### **GAUDEMET-TALLON (H.) ET JAULT-SESEKE (F.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), D. 2014, p. 1059.
- Note sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), D. 2012, p. 1228.

#### **GHESTIN (J.) ET ALII**

- Note sous, Cass. 3e civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272, JCP (G) 2010, n° 18, p. 966 et s.

#### **GOBERT (M.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 nov. 1981, JCP (G) 1982, II, 19842.

#### **GOMAA (N.)**

- Note sous, Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, D. 1970, chron. p. 145.

#### **GONZALEZ (G.)**

- Note sous, CEDH, 6 déc. 2011, Iyilik c. Turquie, n° 2899/05, JCP (G) 2011, p. 1424.

#### **GONZALEZ (G.) ET GOUTTENOIRE (A.)**

- Note sous, CEDH, 6 déc. 2011, Iyilik c. Turquie, n° 2899/05, JCP (G) 2012, p. 296.

#### **GOUTTENOIRE (A.)**

- Note sous, Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002, JCP (G) 2015, p. 965.

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, Dr. fam. 2015, chron. 2.

- Obs. sous, CE, 12 déc. 2014, n° 365779, JCP (G) 2015, p. 32.

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, JCP (G) 2014, p. 877.

- Obs. sous, CEDH, 25 févr. 2014, Ostace c. Roumanie, n° 12547/06, Dr. fam. 2014, étude 12, n° 3.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, Fabris c. France, n° 16574/08, Dr. fam. 2014, étude 12, spéc. n° 5.

- Obs. sous, CEDH, 27 nov. 2012, V. K. c. Croatie, n° 38380/08, Dr. fam. 2013, étude 3.

- Note sous, CEDH, gr. ch., 3 nov. 2011, S. H. et a. c. Autriche, n° 57813/00, Dr. fam. 2012, étude 6.

- Obs. sous, CEDH, 3 mai 2011, n° 56759/08, Negreponitis-Giannis c. Grèce, Dr. fam. 2012, étude n° 8.

- Note sous, Cass. 1re civ., 25 févr. 2009, n° 08-11033, JCP (G) 2009, II, 10072.

- Obs. sous, CEDH, 13 juill. 2006, Jaggi c. Suisse, n° 58757/00, Dr. fam. 2008, étude 14.

- Note sous, Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n° 02-20613, Dr. fam. 2005, comm. n° 156.

- Obs. sous, CEDH, 2 sept. 2003, Guichard c. France, n° 56838/00, Dr. fam. 2004, comm. 98.

- Note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, JCP (G), 2003, II, 10049.

#### **GOUTTENOIRE (A.) ET BONFILS (P.)**

- Cass. 1re civ, 6 avril 2011, arrêts n° 09-66486, n° 09-17130 et n° 10-19053, D. 2011, p. 1995 (Panorama Droits de l'enfant).

**GOUTTENOIRE (A.) ET LAMARCHE (M.)**

- Note sous, CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, Dr. fam. 2006, comm. 234.

**GOUTTENOIRE (A.) ET SUDRE (F.)**

- Obs. sous, CEDH, 16 déc. 2003, Palau-Martinez c. France, n° 64927/01, JCP (G) 2004, II, 10071.

- Note sous, CEDH, 1er févr. 2000, Mazurek c. France, n° 34406/97, JCP (G) 2000, II, 10286.

**GRANET-LAMBRECHTS (F.)**

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, D. 2015, p. 702.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, D. 2014, p. 1171.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, Fabris c. France, n° 16574/08, D. 2013, Pan. 1436

- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, D. 2012, p. 1432.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264, D. 2010, pp. 1442-1449.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 3 déc. 2008, n° 07-12.042, D. 2009, p. 773 et s.

- Note sous, Cass. 1re civ., 19 sept. 2007, n° 06-21061, D. 2008, p. 1371.

- Obs. sous, CA Nancy, 23 févr. 2004, n° 03/01484, D. 2004, Somm. p. 1422.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, D. 2004, p. 1419.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 99-14644, D. 2002, p. 2019.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 juin 1998, D. 1998, somm., p. 355.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, D. 1997, somm., p. 157.

- Obs. sous, CA Dijon, 19 avr. 1994, D. 1995, somm. p. 223.

- Obs. sous, CA Paris, 13 mars 1992, D. 1993, p. 43.

- Obs. sous, TGI Paris, 26 mars 1991, D. 1993, Somm. 326.

**GRANET-LAMBRECHTS (F.) ET STRICKLER (Y.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 18 mai 2005, n°02-20613 JCP (G) 2005, p. 1183.

**GRIDEL (J.-P.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 01-12.574, D. 2004, p. 21.

**GRIMALDI (M.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 14 nov. 2007, n° 06-13.806, RTD civ., 2008, p. 333.

**GUILLAUMÉ (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), JDI 2014, p. 134.

- Note sous, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 09-71.369, JDI 2012, p. 176.

**GUTMANN (D.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 juin 1998, JCP (G) 1998, II, 10157.

**HAMMJE (P.)**

- Note sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, D. 2012, p. 2947.

- Note sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), Rev. crit. DIP 2011, p. 722

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2004 (2 arrêts), Rev. crit. DIP 2004, p. 423.

**HAUSER (J.)**

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, RTD civ. 2014, p. 616.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 2 avr. 2014, n° 13-12480, RTD civ 2014, p. 353.

- Obs. sous, CEDH, 5 déc. 2013, Henry Kismoun c. France, n° 32265/10, RTD civ. 2014, p. 332.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 4 déc. 2013, n° 12-26066, RTD civ. 2014, p. 88.
- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), RTD civ. 2013, p. 816.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027, RTD civ. 2013, p. 590.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, n° 11-25.205, RTD civ., 2012, p. 520.
- Obs. sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, RTD civ. 2013, p. 105.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-19839, RTD civ. 2012, p. 101.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, RTD civ. 2012, p. 98.
- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19538/08, RTD civ. 2011 p. 526.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 10-25285, RTD civ. 2012, p. 94.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 17 mars 2010, RTD civ. 2010, p. 521.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 30 sept. 2009, Dr. fam. 2009, RTD civ. 2009, p. 703.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 1er juill. 2009, n° 08-17825, RTD civ. 2009, p. 705.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264, RTD civ., 2009, p. 518.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 3 déc. 2008, n° 07-12.042, RTD civ. 2009, p. 105.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 nov. 2007, n° 06-13.806, RTD civ., 2008, p. 90.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 mai 2007, n° 05-18582, RTD civ. 2007, p. 756.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 mars 2007, n° 05-21882, RTD civ. 2007, p. 762.
- Obs. sous, CA Reims, 12 déc. 2006, RTD civ. 2007, p. 558.
- Obs. sous, CEDH, 13 juill. 2006, Jaggi c. Suisse, n° 58757/00, RTD civ. 2007, p. 99.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, RTD civ. 2006, p. 292.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, RTD civ. 2006, p. 297.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, RTD civ. 2005, p. 769.
- Obs. sous, CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, RTD civ. 2005, p. 758.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 11 janv. 2005, n° 02-19016, RTD civ 2005, p. 375.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 mai 2004, n° 02-17.441, RTD civ. 2004, p. 494.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2004, RTD civ. 2004, p. 496.
- Obs. sous, CA Nancy, 23 févr. 2004, n° 03/01484, RTD civ. 2004, p. 275.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, RTD civ. 2004, p. 76.
- Obs. sous, sous, Cass. 1re civ., 23 avr. 2003, RTD civ. 2003, p. 693.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, RTD civ. 2003, p. 276.
- Obs. sous, CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, RTD civ. 2002, p. 782.
- Obs. sous, Cass. 2e civ., 11 avr. 2002, n° 00-15819, RTD civ. 2002, p. 800.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 19 févr. 2002, n° 99-18928, RTD civ. 2002, p. 489.
- Obs. sous, Cass. soc. 15 févr. 2001, n° 99-17199, RTD civ. 2001, p. 563.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 déc. 2000, n° 98-19.147, RTD civ 2001, p. 120.
- Obs. sous, Cass. 2e civ., 13 juill. 2000, n° 98-13673, RTD civ. 2000, p. 822.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 févr. 2000, RTD civ. 2000, p. 558.

- Obs. sous, CEDH, 1er févr. 2000, Mazurek c. France, n° 34406/97, RTD civ. 2000, p. 311.

- Obs. sous, CA Paris, 1er ch., 27 mars 1998, Cts X c/ Madame Y et autres, RTD Civ. 1998, p. 655

- Note, sous, CA Bourges, 24 février, 1998, RTD civ. 1998, p. 654.

- Note sous, Bordeaux, 21 janv. 1988, D. 1988, p. 453.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 1996, RTD civ., 1997, p. 111.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 20 févr. 1996, RTD civ. 1996, p. 356.

- Cass. 1re civ., 4 juill. 1995, RTD civ 1995, p. 866.

- Obs. sous, CA Pau, 13 févr. 1995, RTD civ., 1996, p. 376.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823, RTD civ. 1995, p.337.

- Obs. sous, CEDH, 23 juin 1993, Hoffmann c. Autriche, n° 12875/87, D. 1994, p. 327.

#### **HILT (P.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 13 mai 2015, n° 14-10501, AJ. fam. 2015, p. 350.

#### **HOLLEAUX (D.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 19 déc. 1972, Rev. crit. DIP, 1975, p. 83.

- Note sous, Cass. 1re civ., 29 avril 1960, D. 1960, p. 429.

#### **HUET (A.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 6 févr. 1985, Simitch c. Fairhurst, JDI 1985, p. 460.

#### **HUET-WEILLER (D.)**

- Note sous, CA Toulouse 21 sept. 1987, D. 1988, p. 184.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 29 juin 1977, D. 1977, IR 436.

#### **ISSA (F.)**

- Obs. sous, CEDH, 6 mai 2013, Garnaga c. Ukraine, n° 20390/07, JDI (Clunet) 2014, n° 3, chron. 6.

#### **J.M.**

- Note sous, Cass. 1re civ, 14 avr. 1982, n° 80-80014 et n° 80-80015, D. 1983, p. 294.

#### **JACQUÉ (J.-P.)**

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 30 juin 2005, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande, n° 45036/98, RTD eur. 2005, p. 749.

#### **JAULT-SESEKE (F.)**

- Obs. sous, CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, Negreponitis-Giannisis c. Grèce, D. 2012, p. 1239.

- Obs. sous, Cass. civ., 1re, 8 juill. 2010, n° 09-66.406, D. 2011, p. 1374.

#### **JEANDIDIER (W.)**

- Note sous, Cass. crim. 8 mars 1988, JCP (G) 1989, II, 21162.

#### **JEULAND (E.)**

- Note sous, Cass. 3e civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272, JCP (G) 2010, n° 43, p. 1993 et s.

#### **JOLY**

- Note sous, Cass. 1re civ, 19 mars 1985, JCP (G) 1986, II, 20665.

#### **JOSEPH-PARMENTIER (M.)**

- Note sous, CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, JCP (G) 2016, p. 594.

#### **KESSLER (G.) ET SALAMÉ (G.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 10 mai 2006, n° 05-10299, D. 2006, p. 2890.

**KINSCH (P.)**

- Note sous, CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08, Negrepontis-Giannisis c. Grèce, Rev. crit. DIP 2011, p. 817.
- Note sous, CEDH, 29 avril 2008, n°18648/04, Rev. crit. DIP 2008, p. 830.
- Note sous, CEDH, 28 juin 2007, Wagner c. Luxembourg, n° 76240/01, Rev. crit. DIP 2007, p. 807.

**LABRUSSE-RIOU (C.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, JCP (G) 2004, II, 10064.

**LAGARDE (P.)**

- Note sous, CJCE, 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, Rev. crit. DIP 2009, p. 80.
- Note sous, CJCE, 2 oct. 2003, Garcia Avello, C-148/02, Rev. crit. DIP 2004, p. 192.

**LAMARCHE (M.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 25 sept. 2013, n° 12-26041, JCP (G) 2014, p. 43.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 7 févr. 2013, Fabris c. France, n° 16574/08, Dr. fam. 2013, focus 11.
- Note sous, Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, n° 02-15.586, D. 2006, p. 207.

**LARRALDE (J.-M.)**

- Obs. sous, CEDH, 25 juin 2015, C. Canonne c. France, n° 22037/13, EDFP (L'essentiel du droit de la famille et des personnes) 2015, n° 8, p. 2.

**LARRIBAU-TERNEYRE (V.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, Dr. fam. 2012, n° 1, p. 28.
- Note sous, Cass. 1re civ., 26 oct. 2011, n° 10-25285, Dr. fam. 2012, comm. 2.

- Obs. sous, CEDH, 5 janv. 2010, Frasik c. Pologne, n° 22933/02, Dr. fam. 2010, comm. 37.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 30 sept. 2009, Dr. fam. 2009, comm. n° 150.

- Note sous, Cass. 1re civ., 1er juill. 2009, n° 08-17825, Dr. fam. 2009, comm. 103.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, Dr. fam. 2008, n° 11, comm. 153.

- Note sous, Cass. 2e civ., 10 juill. 2008, n° 07-15390, Dr. fam. 2008, comm. 137.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 19 juin 2007, n° 05-18735, Dr. fam. 2007, comm. 168.

- Obs. sous, CA Rennes, 6 mars 2007, n° 06/07971, Dr. fam. 2008, comm. 8.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 21.

- Note sous, Cass. 1re civ., 28 oct. 2003, n° 01-12.574, Dr. fam. 2004, comm. 15.

**LEBORGNE (A.)**

- Obs. sous, CEDH, 11 juill. 2002, *C. Goodwin c. Royaume-Uni*, n° 28957/95, RJPF 2002, n° 11, p. 14 et s.

**LE BOURSICOT (M.-C.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 6 avr. 2011 (3 arrêts n° 09-17.130, n° 10-19.053, et n° 09-66.486), RJPF 2011, n°6, p. 14.

- Note sous, CA Nancy, 23 févr. 2004, n° 03/01484, RJPF 2004, n° 4, p. 21.

**LE GAC-PECH (S.)**

- Obs. sous, CEDH, 25 juin 2015, C. Canonne c. France, n° 22037/13, AJ fam. 2015, p. 499.

**LE GUIDEC (R.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027, JCP (N) 2013, n° 38, p. 34.

**LECUCQ (O.)**

- Note sous, CE, 24 nov. 2006, AJDA 2007, p. 638.

#### **LÉCUYER (H.)**

- Note sous, CA Rouen, 29 janv. 2003, Dr. fam. 2003, n° 6, comm. 69.

- Note sous Cass. 2e civ., 28 mars 2002, n° 00-18.050, Dr. fam. 2002, comm. 113.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 26 juin 2001, n° 98-16490, Dr. fam. 2002, comm. n° 28.

- Note sous, Cass. 2e civ., 24 févr. 2000, n° 98-19177, Dr. fam. 2000, comm. 57.

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 nov. 1999, n° 97-17541, Dr. fam. 2000, comm. n° 19.

- Note sous, Cass. 2e civ., 2 déc. 1998, n° 96.22313, Dr. fam. comm. 28.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 11 févr. 1997, n° 95-13029, Dr. fam. 1997, comm. n° 56.

#### **LEGRAND (V.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 sept. 2013 (2 arrêts n° 12-18.315 et n° 12-30.138), LPA 2013, n° 196, p. 7.

#### **LEMOULAND (J.-J.)**

- Obs., sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2008, n° 06-11294, D. 2008, p. 140.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 nov. 2005, D. 2006. Pan. 1421.

- Obs. sous, CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, D. 2006, p. 1418.

- Obs. sous, CA Paris, 14 févr. 2003, D. 2003, Somm. p. 1939.

#### **LEPAGE (A.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 22 févr. 2000, D. 2000, p. 273.

#### **LESBATS (C.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 23 nov. 2011, n° 10-26.802, JCP (N) 2013, n° 21, p. 42.

#### **LEVINET (M.)**

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, A, B et C c. Irlande, n° 25579/05, JCP (G) 2011, n° 3, act. 58.

#### **LINDON**

- Concl. sous, Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, JCP (G) 1970, II, 16305.

#### **MAHINGA (J.-G.)**

- Note sous, Cass. 1re civ. 28 janv. 2015, n° 13-50059, LPA 2015, n° 37, p. 6.

#### **MALAURIE (P.)**

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, JCP (G), 2003, I, 120.

#### **MALLET-BRICOUT (B.)**

- Note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, D. 2003. chron. 1240.

#### **MARCHADIER (F.)**

- Note sous, CEDH, 13 oct. 2009, Selin Asli Östürk c. Turquie, n° 39523/03, Rev. crit. DIP 2010, p. 498.

- Note sous, CEDH, 28 juin 2007, Wagner c. Luxembourg, n° 76240/01, D. 2007, p. 2700.

#### **MARGUÉNAUD (J.-P.)**

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, RTD civ. 2015, p. 325.

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, RTD civ. 2014, p. 835.

- Obs. sous, CEDH, 4 oct. 2012, Harroudj c. France, n° 43631/09, RTD civ. 2012 p. 705.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, n° 41615/07, RTD civ. 2010, p. 735.

- Obs. sous, CEDH, 5 mai 2009, Menendez Garcia c. Espagne, n° 21046/07, RTD civ. 2009, p. 679.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni, n° 6339/05, RTD civ. 2007, p. 295.
- Obs. sous, CEDH, 13 juill. 2006, Jaggi c. Suisse, n° 58757/00, RTD civ. 2006, p. 727.
- Obs. sous, CEDH, 13 sept. 2005, B. et L. c. Royaume-Uni, n° 36536/02, RTD civ. 2005, p. 735.
- Obs. sous, CEDH, 5 sept. 2005, Boso c. Italie, n° 50490/99, RTD civ. 2003, p. 371 et s.
- Obs. sous, CEDH, 16 nov. 2004, Unal Tekeli c. Turquie, n° 29865/96, RTD civ. 2005, p. 343.
- Note sous, CEDH, 7 févr. 2002, Mikulic c. Croatie, n° 53176/99, RTD civ. 2002, p. 866.
- Note sous, CEDH, gr. ch., 18 janv. 2001, Chapman c. Royaume-Uni, n° 27238/95, RTD civ. 2001, p. 448.
- Obs. sous, CEDH, 1er févr. 2000, Mazurek c. France, n° 34406/97, RTD civ. 2000, p. 429.
- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 28 oct. 1999, Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c. France, n° 24846/94, 34165/96, 34173/96, RTD civ. 2000, p. 436.
- Obs. sous, CEDH, S. W. c/ Royaume-Uni, 22 nov. 1995, RTD Civ. 1996, p. 512, spéc. n° 4.

#### **MASSIP (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n° 08-70214, JCP (N) 2010, p. 1250.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 5 nov. 2008, n° 07-14.439, Defrénois 2009, p. 547
- Note sous, Cass. 1re civ., 19 sept. 2007, n° 06-21061, Defrénois 2007, n° 22, p. 1637.
- Obs. sous, CA Reims, 12 déc. 2006, Defrénois 2007, p. 795.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 11 janv. 2005, n° 02-19016, Gaz. Pal. 2005, n° 149, p. 2.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 janv. 2004, n° 01-01600, Defrénois 2004, p. 594.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 99-14644, Defrénois 2002, p. 188
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 18 oct. 1994, n° 92-21823, Defrénois 1995, p. 723.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 20 mars 1989, n° 87-15818, Gaz. Pal., 1989.2.765.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 déc. 1988, D. 1989, p. 317.
- Note sous, Cass. 2e civ., 21 mars 1988, Bull. civ. II, n° 74, Defrénois 1988, art. 34309, n° 76.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 21 juill. 1987, D. 1988, p. 225.
- Obs. sous, Cass. 2e civ., 6 mai 1987, n° 86-10107, Defrénois 1987, p. 1069.
- Obs. sous, Cass. 1re civ., 19 mars 1985, n° 83-16.858, D. 1986, p. 34.
- Note sous, Cass. 1re civ, 13 févr. 1985, D. 1985, p. 462.
- Obs. sous, Cass. 1re civ, 1er févr. 1984, D. 1984, p. 388.

#### **MAYER (M.) ET PINON (R.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 9 déc. 1986, Gaz. Pal. 1987, I, 187.

#### **MAZEAUD (H.)**

- Note sous, Cass. 1re civ, 9 déc. 1980, n° 79-12236, D. 1981, Jurisprudence, p. 136.

#### **MBALA MBALA (F.)**

- Note sous, Cass. 1re civ, 3 mars 2010, n° 08-21059, AJ fam. 2010, p. 326.

#### **MEYZEAUD-GARAUD (M.-C.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, RJPF 2011, n° 1, p. 23.

#### **MILANO (L.)**

- Obs. sous, CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19535/08, JCP (G) 2011, act. 797.

#### **MORON-PUECH (B.)**

- Obs. sous, CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, D. 2016, p. 904.

**MORY (B.) LABBÉE (X.)**

- Note sous TGI Lille 23 septembre 1997, LPA, 27 janvier 1999, n° 19, pp. 17-21.

**MUIR WATT (H.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-15.402, Rev. crit. DIP 2008, p. 841.

**MURAT (P.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 17 mars 2010, Dr. fam. 2010, Comm. 102.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 3 déc. 2008, n° 07-12.042, Dr. fam. 2009, comm. 28.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 6 mars 2007, n° 05-21882, Dr. fam. 2007, comm. 141.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 04-14.185 ; Dr. fam. 2006, comm. 203.

- Note sous trois arrêts, Cass. 1re civ., 7 juin 2006, 25 avr. 2006, 4 juill. 2006, Dr. fam. 2006, comm. n° 185

- Note sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, Dr. fam. 2006, comm. 124.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 févr. 2006, n° 05-13.738, Dr. fam. 2006, comm. 87.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 21 sept. 2005, Dr. fam. 2005, comm. 239.

- Note sous 6 arrêts, Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 04-13901, n° 03-12641, n° 04-15.445, n° 02-18.654, n° 03-19.582, n° 03-19.325, Dr. fam. 2005, comm. 182.

- Obs. sous, CA Caen, 8 janv. 2005, Dr. fam. 2004, comm. 198.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 mai 2004, n° 02-17.441, Dr. fam. 2004, comm. 143.

- Note sous, Cass. 1re civ., 23 avr. 2003, Dr. fam. 2003, comm. 143.

- Note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, Dr. fam. 2003, comm. 58.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 24 sept. 2002, Dr. fam. 2003, comm. 25.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 12 juill. 2001, n° 99-14644, Dr. fam. 2002, comm. 56.

- Note sous, Cass. 1re civ., 12 juin 2001, Dr. fam. 2002, comm. 2.

- Note sous, Cass. 1re civ., 28 mars 2000, Dr. fam. 2000, comm. n° 72.

**NEIRINCK (C.)**

- Note sous, Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n° 14-21323 et n° 15-50002, Dr. fam. 2015, comm. 166.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 10 juin 2015, n° 14-20790, Dr. fam. 2015, comm. 163.

- Obs. sous, CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384, Dr. fam. 2015, comm. 8.

- Note sous, Cass. 1re civ., 13 nov. 2014, n° 13-21018, Dr. fam. 2015, comm. 9.

- Note sous, CEDH, 26 juin 2014, Mennesson c. France, n° 65192/11, Dr. fam. 2014, comm. 128.

- Note sous, CEDH, 10 janv. 2008, Kearns c. France, n° 35991/04, RDSS 2008, p. 353.

**NERSON (R.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 9 juin 1976, RTD civ., 1976, p. 340.

**NIBOYET (J.-P.)**

- Note sous, Cass., req., 3 mars 1930, Hainard, Rev. crit. DIP 1931, p. 329.

**NIBOYET (M.-L.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 11 mars 1997, D. 1997, p. 400.

**PAILLET (M.-S.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, JCP (G) 1997, II, 22912.

**PARLANGE**

- Note sous, Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, JCP (G) 1970, II, 16305.

**PATUREAU (N.) ET PERROT-REBOUL (C.)**

- Note sous, Cass. Com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671, Revue des procédures collectives, 2011, n° 1, p. 40.

**PELLETIER (C.)**

- Obs. sous, Cass. com. 20 janv. 2015, n° 13-12127, RDC 2015, n° 2, p. 311.

- Obs. sous, CA Rouen, 21 oct. 2008, RDC 2009, p. 1160.

**PERROT (R.)**

- Obs. sous, Cass. 3e civ., 14 nov. 2012, n° 11-21.901 ; RTD civ. 2013, p. 175.

- Obs. sous, Cass. 2e civ., 16 déc. 2010, n° 09-71.575, RTD civ. 2011, p. 170.

- Note sous, Cass. Com., 6 juill. 2010, n° 09-15.671, Procédures, 2010, n° 10, p. 10.

- Note sous, Cass. 3e civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272, Procédures, 2010, n° 3, p. 11.

- Obs. sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, RTD civ. 2006, p. 825.

- Obs. sous, Cass. com., 22 févr. 2005, n° 02-11519, RTD civ. 2005, p. 450.

**PICHERAL (C.)**

- Obs. sous, CEDH, 14 déc. 2010, O'Donoghue et autres c. Royaume-Uni, n° 34848/07, JCP (G) 2010, p. 1321.

**POILLOT-PERUZZETTO (S.)**

Note sous, CJCE, 2 oct. 2003, Garcia Avello, C-148/02, JDI 2004, p. 1225.

**PRÉTOT (X.)**

- Obs. sous, Cass. soc. 15 févr. 2001, n° 99-17199, D. 2001, p. 2451.

**QUÉZEL-AMBRUNAZ (C.)**

- Note sous, Cass. 1re civ, 18 janv. 2012, n° 11-10959, Gaz. Pal. 2012, n° 75, p. 10.

**RAYNAUD (P.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 9 juin 1976, D. 1976, Jur. p. 593.

**RENOUX (T.)**

- Note sous, Cons. Const., 18 janv. 1985, D. 1986, p. 425.

**ROLLAND (B.)**

- Note sous, Cass. Com., 25 oct. 2011, n° 10-21.383, Procédures, 2012, n° 1, p. 22.

**ROLLAND (P.)**

- Obs. sous, CEDH, 28 mai 1985, Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni, n° 9214/80 ; 9473/81 ; 9474/81, JDI 1986, p. 1084.

- Note sous, CEDH, 13 juin 1979, Marckx c. Belgique, n° 6833/74, JDI 1982, p. 183.

**ROMAN (D.)**

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 10 avril 2007, Evans c. Royaume-Uni, n° 6339/05, RDSS 2007, n° 5, p. 810.

**ROUSSEAU (E.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027, Defrénois 2014, p. 14.

**RUBELLIN-DEVICHI (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, JDI 2001, p. 1293.

- Note sous, Cass. 1re civ., 19 juill. 1989, RTD civ., 1990, p. 260.

- Obs. sous, CA Bordeaux, 21 janv. 1988, RTD civ. 1988, p. 713.

- Note sous, CA Toulouse 21 sept. 1987, RTD civ. 1987, p. 726.

- Cass. 1re civ, 1er févr. 1984, RTD civ. 1984, p. 700.

#### **RUET (L.)**

- Note sous, CA Bourges, 24 février, 1998, JCP (G) 1998, II, 10072.

- Note sous, TGI Châteauroux, 26 Sept. 1995, JCP (G) 1996, II, 22605.

#### **SAINTE-ROSE (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ, 6 janv. 2004, n° 01-01600, D. 2004, p. 362.

#### **SALVAGE-GEREST (P.)**

- Obs. sous, CA Rennes, 25 nov. 2014, n° 14/04384, Dr. fam. 2015, AJ fam. 2014, p. 693.

- Note sous, Cass. 1re civ., 7 avr. 2006, n° 05-11.285 et n° 05-11.286, D. 2007, p. 879.

- Note sous, Cass. 1re civ., 19 juill. 1989, JCP (G) 1990, II, 21443.

#### **SAVATIER (X.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, D. 1997, p. 273.

#### **SIALELLI (J.-B.)**

- Obs. sous, CA Paris, 7 nov. 1957, JDI (Clunet) 1960, p. 170.

#### **SOMMER (J.-M.) ET ALII**

- Note sous, Cass. 3e civ, 20 janv. 2010, n° 09-65.272, D. 2011, n° 9, p. 632 et s.

#### **SOUHAMI (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 29 mai. 2013, n° 12-10027, D. 2013, p. 2088.

#### **SUDRE (F.)**

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, JCP (G) 2015, act. 194.

- Obs. sous, CEDH, 7 janv. 2014, Cusan et Fazzo c. Italie, n° 77/07, JCP (G) 2014, doctr. 832.

- Note sous, CEDH, 5 déc. 2013, Henry Kismoun c. France, n° 32265/10, JCP (G) 2014, n° 3, p. 106.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 16 déc. 2010, A, B et C c. Irlande, n° 25579/05, JCP (G) 2011, n° 4, act. 94.

- Obs. sous, CEDH, gr. ch., 6 juill. 2010, Neulinger et Shuruk c. Suisse, n° 41615/07, JCP (G) 2011, p. 94.

- Obs. sous, CEDH, 28 juin 2007, Wagner c. Luxembourg, n° 76240/01, JCP (G) 2007, I, 182.

- Note sous, CEDH, gr. ch., 13 févr. 2003, Odièvre c. France, n° 42326-98, JCP (G), 2003, II, 10049.

- Obs. sous, CEDH, 29 avr. 2002, Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, JCP (G), 2002, I, n° 153 et 157.

- Obs. sous, CEDH, 22 févr. 1994, Burghartz c. Suisse, n° 16213/90, JCP (G) 1995, I, 3823, n° 31.

#### **SURREL (H.)**

- Obs. sous, CEDH, 7 janv. 2014, Cusan et Fazzo c. Italie, n° 77/07, JCP (G) 2014, act. 108.

#### **TAVERNIER (P.)**

- Obs. sous, CEDH, 24 mars 1988, Olsson c. Suède, n° 10465/83, JDI 1989, p. 789.

#### **THÉRY (P.)**

- Note sous, Cass., Ass. Plén., 21 déc. 2006, n° 00-20.493, RTD civ., 2007, p. 168.

#### **THIERRY (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-22914, D. 1999, p. 242.

**THOURET (S.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 16 déc. 2015, n° 14-28.296, AJ. fam. 2016 p. 160.

**THOUVENIN (D.)**

- Note sous, Cass. ass. plén., 31 mai 1991, n° 90-20105, D. 1991, p. 417.

**VAREILLE (B.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, RTD civ. 1997, p. 985.

**VASSAUX-BARÈGE (J.)**

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, n° 08-14.441, JCP (N) 2010, n° 23, p. 28.

**VAUVILLÉ (F.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, RJPF 2010, n° 9, p. 28.

- Note sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, n° 08-14.441, RJPF 2010, n° 7, p. 16.

- Obs. sous, CA Paris, 10 nov. 1995, D. 1997, somm. 278.

**VIALLA (F.)**

- note sous, CA Orléans, 22 mars 2016, n° RG 15/03281, JCP (G) 2016, p. 492.

**VIANGALLI (F.)**

- Note sous, CJCE, 14 oct. 2008, Grunkin et Paul, C-353/06, Dr. fam. 2009, comm. 50.

**VIDAL (J.)**

- Note sous, Cass. Ch. Mixte 27 févr. 1970, JCP (G) 1971, I, 2390.

**VIGANOTTI (E.)**

- Note sous, CEDH, 27 janv. 2015, Paradiso et Campanelli c. Italie, n° 25358/12, AJ. fam. 2015, p. 165.

- Obs. sous, CEDH, 25 févr. 2014, Ostace c. Roumanie, n° 12547/06, AJ. Fam. 2014, p. 246.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15.302, Dr. fam. 2011, comm. 47.

**VITU (A.)**

- Obs. sous, Cass. crim. 7 nov. 1974, RSC 1975, p. 689.

**VOISIN (V.)**

- Note sous, Cass. 1re civ, 6 janv. 2004, n° 01-01600, LPA 2004, n° 71, p. 13.

**WEILLER (L.)**

- Note sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, D. 2006, p. 2135.

**WIEDERKEHR (G.)**

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-11218, JCP (G) 2010, doct. 1220, n° 7.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, n° 08-14.441, JCP (G) 2010, p. 906.

- Note sous, Cass., Ass. Plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, JCP (G) 2007, II, 10070.

- Note sous, Cass. 1re civ., 5 janv. 1999, n° 96-22914, JCP (G) 1999, I, 154.

- Obs. sous, Cass. 1re civ., 14 janv. 1997, n° 94-20276, JCP (G) 1997, I, 4047.

V- ARRÊTS, DÉCISIONS ET JUGEMENTS  
RÉFÉRENCÉS SANS COMMENTAIRE DOCTRINAL

**2015**

- CA Saint-Denis de la Réunion, 8 juill. 2015, n° 15/515, JurisData n° 2015-020779.

- TGI Nantes, 13 mai 2015, n° 14/07497, Jurisdata n° 2015-011138.

- CEDH, 5 févr. 2015, Phostira Efthymiou et Ribeiro Fernandes c. Portugal, n° 66775/11.

- CA Lyon, 27 janv. 2015, RG n° 13/09995 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).

**2014**

- CEDH, 9 oct. 2014, Marinis c. Grèce, n° 3004/10.
- Cass. 1re civ., 14 mai 2014, n° 13-11.711.
- Cass. 1re civ., 14 mai 2014, n° 13-17.124.
- CEDH, 3 avr. 2014, Konstantinidis c. Grèce, n° 58809/09.
- CEDH, 18 févr. 2014, A.L. c. Pologne, n° 28609/08.

**2013**

- Cass. 1re civ., 18 déc. 2013, n° 12-28.891.
- Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 11-25.307 et n° 12-17.283.
- Cass. 1re civ., 20 mars 2013, n° 12-11.799.
- CEDH, 29 janv. 2013, Rõman c. Finlande, n° 13072/05.

**2012**

- Cass. 1re civ., 21 nov. 2012, n° 11-22.719.
- Cass. 1re civ., 12 avr. 2012, n° 11-17.002.
- Cass. 1re civ., 15 févr. 2012, n° 11-10344.

**2011**

- CEDH, 26 mai 2011, Legrand c. France, n° 23228/08.

**2010**

- Cass. 1re civ., 4 nov. 2010, n° 09-15165.
- CA Bordeaux, 29 sept. 2010, n° 09/06489 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).
- CA Nancy, 24 sept. 2010, arrêt n° 10-02317, RG n° 09/00509 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).
- CA Paris, 9 sept. 2010, n° 08/20954, Jurisdata n° 2010-016447.
- CA Paris, 9 sept. 2010, n° 09/00628, Jurisdata n° 2010-016323.
- CEDH, 24 août 2010, I.L.V. c. Roumanie, n° 4901/04.
- CEDH, 6 juill. 2010, Grönmark c. Finlande, n° 17038/04.
- Cass. 1re civ., 27 mai 2010, n° 09-65838.

- Cass. 2e civ., 6 mai 2010, n° 09-14.737, Bull. civ. II, n° 88.

- Cass. 1re civ., 14 avr. 2010, n° 09-13689.
- Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n° 08-70214 et n° 08-12395.
- Cass. 1re civ., 3 mars 2010, n° 08-13500.
- Cass. 1re civ., 17 févr. 2010, n° 08-70385.

**2009**

- CA Douai, 8 oct. 2009, RG n° 08/07313 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).
- Civ. 1re, 6 mai 2009, n° 08-10.936.
- Cass. 1re civ., 6 mai 2009, n° 07-21.264.
- Cass. 1re civ., 28 janv. 2009, n° 07-15.243.
- Cass. 2e civ., 8 janv. 2009, n° 17-15390.

**2008**

- CA Paris, 5 nov. 2008, arrêt n° 08/01871, RG n° 04/03702 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).
- CEDH, 4 nov. 2008, Dinu c. Roumanie, n° 6152/02
- Cass. 1re civ., 9 juill. 2008, n° 07-19217 et n° 07-19218.
- CEDH, 29 avril 2008, Mc Donald c. France, n°18648/04.
- Cass. 1re civ., 16 avr. 2008, n° 06-21405.
- Cass. civ. 1re, 27 mars 2008, n° 07-14.301, Inédit.

**2007**

- CEDH, 20 déc. 2007, Phinikaridou c. Chypre, n° 23890/02.
- Cass. 1re civ., 30 oct. 2007, n° 06-13.366.
- CA Besançon, 18 oct. 2007, n° 03/00651 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).
- Cass. 3e civ., 19 sept. 2007, n° 06-11.962.
- Cass. 1re civ., 19 juin 2007, n° 06-18904.
- Cass. com., 12 juin 2007, n° 05-14.548, Bull. civ. IV, n° 158.

- Cass. 3e civ., 25 avr. 2007, n° 06-10.662, Bull. civ. III, n° 59.
- Cass. com., 3 avr. 2007, n° 05-12.781.
- Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 06-17869.
- Cass. 1re civ., 13 mars 2007, n° 05-16.627.
- Cass. soc., 7 mars 2007, n° 05-45157.

### **2006**

- Cass. 2e civ. 9 nov. 2006, n° 05-19.443.
- Civ. 1re, 11 juillet 2006, n° 05-17.814, Bull. 2006, I, n° 385.
- Cass. 1re civ., 4 juill. 2006, n° 05-17883.
- Cass. 1re civ., 11 juill. 2006, n° 05-19080.
- Cass. 2e civ., 28 juin 2006, n° 04-20.140.
- CA Paris, 28 juin 2006, CT0183, RG n° 110.

URL:

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.d?idTexte=JURITEXT000006950807>

- CEDH, 22 juin 2006, Bianchi c. Suisse, n° 7548/04.
- Civ. 1re, 7 juin 2006, n° 03-16.204, Bull. 2006, I, n° 291.
- CEDH, 30 mai 2006, Ebru et Tayfun Engin Çolak c. Turquie, n° 60176/00.
- CEDH, 23 mai 2006, Grant c. Royaume-Uni, n° 32570/03.
- CA Paris, 5 avr. 2006, arrêt n° 05-16219, RG n° 04/36382 (version numérique disponible uniquement sur Lextenso).
- CEDH, 12 janv. 2006, Mizzi c. Malte, n° 26111/02, RJPF 2006, n° 4, p. 36.
- Cass. 1re civ., 3 janv. 2006, n° 04-14904.

### **2005**

- CEDH, 6 déc. 2005, E. et C. c. Turquie, n° 14600/05.
- CEDH, 24 nov. 2005, Shofman c. Russie, n° 74826/01.
- CEDH, 8 nov. 2005, D. D. c. France, n° 3/02.
- CEDH, gr. ch., 6 oct. 2005, Maurice c. France, n° 11810/03.

- CEDH, 28 juin 2005, Fourchon c. France, n° 60145/00.

- Cass. 1re civ., 14 juin 2005, n° 03-19325.
- Cass. 1re civ., 19 avr. 2005, n° 02-13.070.
- CEDH, 17 févr. 2005, K.A. et A.D. c. Belgique, n° 42758/98 et 45558/99.

### **2004**

- Cass. 2e civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426.
- Cass. 2e civ., 3 juin 2004, n° 03-14.204.
- CEDH, 6 mai 2004, Hussin c. Belgique, n° 70807/01.

### **2003**

- Cass. 2e civ., 4 déc. 2003, n° 02-10010, Bull. civ. II, n° 365.
- Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.170.
- CEDH, gr. ch., 8 juill. 2003, Sahin c. Allemagne, n° 30943/96.
- Cass. com., 17 juin 2003, n° 99-16.001.
- Cass. 2e civ., 20 mars 2003, n° 01-03.849.
- Cass. 1re civ., 14 févr. 2003, n° 00-19.423 et 00-19.424.
- Cass. 2e civ., 13 févr. 2003, n° 01-03272.
- CEDH, 30 janv. 2003, Freimanis et Lidums c. Lettonie, n° 73443/01.

### **2002**

- Cass. 1re civ., 22 oct. 2002, n° 00-14.035, Bull. civ. I, n° 234.

### **2001**

- Cons. const., 18 déc. 2001, DC n° 2001-453.
- Cass. 2e civ., 23 mai 2001, n° 99-15.459.
- Cass. 1re civ., 3 avr. 2001, n° 99-19143.

### **2000**

- CEDH, gr. ch., 5 janv. 2000, Beyeler c. Italie, n° 33202/96.

### **1999**

- Cass. 2e civ., 25 nov. 1999, n° 97-16488.
- Cass. 2e civ., 10 juin 1999, n° 97-14812.
- Cass. 1re civ., 2 mars 1999, n° 97-12026.

### **1998**

- Cons. const., 18 déc. 1998, DC n° 98-404.

- Cass. 1re civ., 7 avr. 1998, n° 96-10.581.
- Cass. 1re civ., 10 févr. 1998, n° 96-11845.

### **1997**

- Cass. 1re civ., 13 mai 1997, n° 94-21.674.
- Cass. 2e civ., 15 janv. 1997, n° 94-15332.

### **1996**

- Cass. 2e civ. 26 juin. 1996, n° 94-17991, Bull. civ. II, n° 184.

### **1995**

- Cons. const., 28 déc. 1995, DC n° 95-369.
- Cass. 1re civ., 20 juin 1995, n° 93-19196, Bull. civ., I, n° 264.

### **1994**

- CEDH, 27 oct. 1994, Kroon et autres c. Pays-Bas, n° 18535/91.
- Cass. 1re civ, 12 juill. 1994, n° 92-17.461.
- Cass., Ass. Plén., 3 juin 1994, n° 92-12.157, Bull. civ., Ass. Plén., n° 4.

### **1993**

- CEDH, 4 oct. 1993, Vermeire c. Belgique, n° 12849/87.
- CEDH, 23 juin 1993, Hoffmann c. Autriche, n° 12875/87.
- CEDH, 30 juin 1993, Nilsson c. Suède, n° 17678/91.
- Cass. 1re civ., 10 févr. 1993, n° 89-21997, Bull. 1993, I, n° 64.

### **1992**

- CEDH, 9 sept. 1992, Herman Sluijs c. Belgique, n° 17568/90.
- Cass. 1re civ., 16 juill. 1992, n° 91-10.475.
- CEDH, 19 mai 1992, H. c. Norvège, n° 17004/90.
- CEDH, 25 mars 1992, B c. France, n° 13343/87.

### **1991**

- Cass. 2e civ., 13 nov. 1991, n° 90-17840, Bull. civ. II, n° 303.
- CEDH, 30 oct. 1991, Borgers c. Belgique, n° 12005/86.

- Cass. Soc., 27 févr. 1991, n° 88-42705, Bull. civ. V, n° 102.

### **1990**

- Cass. 1re civ., 23 oct. 1990, n° 88-15.774.
- Cass. 1re civ., 12 juin 1990, n° 88-12622 ; Bull. civ. 1990, I, n° 157.

### **1989**

- CEDH, 7 juill. 1989, Gaskin c. Royaume-Uni, n° 10454/83.
- Cass. 2e civ., 21 juin 1989, n° 88-14.013.

### **Avant 1988**

- Cass. 1re civ., 28 juin 1988, 86-15400, Bull. civ. I, n° 206.
- Cass. 2e civ., 27 juin 1985, n° 84-12.673.
- Cass. 1re civ., 2 mars 1982, n° 80-16238, Bull. civ. I, n° 94.
- CE, 8e et 9e ss-sect., 9 déc. 1981, req. n° 22440.
- Cass. 1re civ., 16 déc. 1980, Bull. civ., I, n° 334.
- Cass. 1re civ., 18 déc. 1979, n° 78-15619, Bull. civ. I, n° 324.
- CEDH, 9 oct. 1979, Airey c. Irlande, n° 6289/73.
- Cass. 2e civ., 14 févr. 1979, n° 77-13.121.
- Cass. 1re civ., 16 nov. 1978, D. 1979, I.R. 199.
- Cass. 1re civ., 16 déc. 1975, n° 73-10615.
- CE, 8e et 9e ss-sect., 23 avr. 1975, req. n° 92621.
- Civ. 2e, 2 févr. 1972, Dallier c. dame Dallier, D. 1972, p. 295.
- Cass. 1re civ., 11 janv. 1972, Bull. civ. 1972, I, n° 14.
- Cass. req. 28 mars 1938, S. 1938, 1, 179.
- Civ. 9 mai 1900, Prince de Wrède c/Dame Maldaner, JDI, 1900, p. 613 ; GAJFDIP, 5e éd., n° 10.

VI- AUTRES SOURCES
--------------------

**COLLOQUES ET ÉTUDES**

- Les conciliateurs de justice, Les Annonces de la Seine 15 avr. 2010, n° 19.
- La responsabilité des gens de justice, in, Justices, Revue générale de droit processuel, Dalloz, 1997.
- La légistique ou l'art de rédiger le droit, Courrier juridique des finances et de l'industrie, juin 2008, numéro spécial.

- Le droit au bonheur (Actes du colloque organisé les 3 et 4 décembre 2014 à la Faculté de droit de Limoges), Institut Universitaire Varenne, 2016.

**KERRY (J.)**

- Le droit à la stupidité (allocution) : [http://www.lemonde.fr/europe/video/2013/02/26/john-kerry-defend-le-droit-a-la-stupidite\\_1839207\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/video/2013/02/26/john-kerry-defend-le-droit-a-la-stupidite_1839207_3214.html)

## TABLE DES MATIÈRES

<b>Avertissement .....</b>	<b>II</b>
<b>Remerciements .....</b>	<b>III</b>
<b>Sommaire .....</b>	<b>IV</b>
<b>Table des principales abréviations .....</b>	<b>V</b>
<b>Introduction .....</b>	<b>1</b>
<b>Partie I : Les causes d'une incertitude juridique .....</b>	<b>22</b>
<b>Titre I : La perturbation de la méthode de traitement.....</b>	<b>25</b>
Chapitre I.    La contestation des arbitrages législatifs .....	29
Section I :    Le rejet des valeurs traditionnelles du droit de la famille.....	32
§-1 :        L'identification des valeurs traditionnelles .....	32
§-2 :        La contestation des valeurs traditionnelles .....	39
A — Une contestation portant sur la légitimité des finalités poursuivies .....	40
1) L'appréhension des finalités .....	40
2) La délégitimation des valeurs traditionnelles .....	42
B — Une contestation portant sur la légitimité de l'autorité étatique .....	45
1) La promotion de l'individu par le truchement de valeurs nouvelles .....	45
2) La consécration d'un relativisme des valeurs .....	47
Section II :    Le rejet d'une régulation contraignante des rapports familiaux .....	49
§-1 : L'essoufflement de la contrainte juridique .....	50
A — Identification des techniques juridiques de contrainte .....	50
1) La prophylaxie juridique .....	51
2) La sanction juridique .....	54
B — L'inflexion des techniques juridiques de contrainte .....	55
§-2 : Le renouvellement de la contrainte juridique.....	59
A — L'émergence d'une contrainte juridique acceptée .....	59
1) L'adhésion générale à la contrainte juridique .....	59
2) L'individualisation de la contrainte juridique .....	61
B — La survivance d'une contrainte juridique imposée .....	62
Conclusion du chapitre .....	65
Chapitre II :    L'expansion des traitements en équité .....	67
Section I :    La preuve d'une prépondérance des traitements en équité .....	70
§-1 : Le recours à l'équité familiale sur renvoi de la loi .....	70
A — Le constat d'un renvoi implicite à l'équité en droit extrapatrimonial de la famille.....	70
B — Les illustrations du recours à l'équité en raison de l'imprécision des règles de conflit .....	73

1) Le recours à l'équité dans les rapports conflictuels au sein du couple .....	73
a) L'équité et le principe de la rupture .....	73
b) L'équité et les effets de la rupture.....	77
2) Le recours à l'équité dans les rapports conflictuels concernant l'enfant .....	79
a) L'équité dans le traitement des conflits d'intérêts relatifs à la filiation .....	79
α) L'équité dans les contentieux relatifs à l'existence du lien de filiation .....	80
β) L'équité et les conséquences de l'anéantissement du lien de filiation.....	86
b) L'équité dans le traitement des conflits d'intérêts relatifs au gouvernement de la personne de l'enfant.....	87
§-2 : Le recours à l'équité familiale sans renvoi de la loi.....	89
A — Le recours à l'équité en l'absence de règles de conflit .....	89
B — Le recours à l'équité en présence de règles de conflit.....	92
1) L'équité invisible .....	92
2) L'équité subversive .....	93
Section II : L'impact d'une prépondérance des traitements en équité .....	98
§-1 : Une incertitude juridique incontestable .....	98
§-2 : Une incertitude juridique raisonnable .....	101
A — Une incertitude juridique compatible avec le besoin de sécurité juridique .....	102
B — Une incertitude juridique atténuée par l'existence de précédents .....	104
Conclusion du chapitre .....	107
Conclusion du premier titre .....	109
<b>Titre II : La perturbation du résultat issu du traitement .....</b>	<b>111</b>
Chapitre I : Une instabilité du traitement dans le temps .....	112
Section I : Une instabilité provoquée par la modification des circonstances de fait.....	115
§-1 : L'admission d'une révision pour survenance de faits nouveaux .....	116
A — La révision pour survenance de faits nouveaux prévue par la loi.....	116
B — L'hypothèse d'une révision pour survenance de faits nouveaux dans le silence de la loi ...	118
1) La validité juridique de l'hypothèse.....	119
2) L'utilité discutable de l'hypothèse en droit contemporain de la famille .....	122
§-2 : L'encadrement des révisions pour changement de circonstances .....	124
A — Une révision conditionnée.....	124
1) L'exigence d'une pertinence du fait présenté comme nouveau .....	124
2) L'exigence d'un changement substantiel dans la situation des parties.....	127
B — Une révision aux effets limités.....	128
Section II : Une instabilité provoquée par la modification de la règle de droit .....	130
§-1 : La stabilité des traitements préservée en théorie .....	131
A — La stabilité des traitements préservée en cas de survenance d'une loi nouvelle.....	131
1) La stabilité des traitements préservée par la théorie générale du droit transitoire .....	131
2) La stabilité des traitements préservée par le droit transitoire de la famille .....	133
B — La stabilité des traitements préservée en cas de survenance d'une jurisprudence nouvelle .....	136

§-2 :	La stabilité des traitements malmenée en pratique .....	139
A —	La stabilité des traitements malmenée par le truchement d'artifices d'interprétation .....	140
1)	Les techniques d'interprétation mobilisées par la jurisprudence .....	140
a)	L'interprétation extensive des dispositions transitoires .....	140
b)	L'interprétation restrictive de la portée de la chose jugée.....	142
2)	La portée des solutions issues de la mobilisation des techniques d'interprétation.....	146
B —	La stabilité des traitements malmenée par l'invocation des droits fondamentaux .....	148
1)	La potentialité d'un conflit entre les droits fondamentaux et l'objectif de sécurité juridique .....	149
a)	La conformité de l'objectif de sécurité juridique avec les droits fondamentaux.....	149
b)	La contrariété entre l'objectif de sécurité juridique et certains droits fondamentaux .	151
2)	La résolution des conflits entre les droits fondamentaux et l'objectif de sécurité juridique .....	152
a)	La nécessaire pesée des impératifs contradictoires .....	152
b)	L'appréhension des critères déterminant l'issue de la pesée.....	156
	Conclusion du chapitre .....	159
Chapitre II :	Une instabilité du traitement dans l'espace .....	161
Section I :	Le cantonnement du risque d'instabilité par les droits fondamentaux.....	166
§-1 :	Un risque d'instabilité engendré par les règles nationales de coordination des ordres juridiques .....	166
A —	L'exigence de conditions d'efficacité des jugements étrangers .....	167
B —	Les conséquences sur le traitement des conflits d'intérêts.....	170
§-2 :	Un risque endigué par l'application des droits fondamentaux.....	173
A —	L'identification des droits fondamentaux mobilisables au profit du besoin de continuité .	175
B —	L'évaluation de l'impact des droits fondamentaux sur le droit positif .....	177
1)	L'émergence d'un droit à la continuité internationale du traitement des conflits d'intérêts .....	177
a)	La légitimité des prévisions, fondement du droit à la continuité .....	178
b)	L'intérêt supérieur de l'enfant, fondement du droit à la continuité .....	183
2)	Les limites d'un droit à la continuité du traitement des conflits d'intérêts .....	184
a)	Un droit limité par l'existence d'une marge nationale d'appréciation .....	185
b)	Un droit limité par la preuve de son absence de légitimité.....	187
Section II :	Le renouvellement du risque d'instabilité au contact des droits fondamentaux .....	189
§-1 :	Un risque d'instabilité engendré par l'ambivalence fonctionnelle des droits fondamentaux.....	189
A —	Le refus d'exécution des traitements étrangers rendus en méconnaissance des garanties processuelles .....	190
B —	Le refus d'exécution des traitements étrangers rendus en méconnaissance des garanties substantielles.....	192
§-2 :	Un risque d'instabilité exacerbé par la généralisation du recours aux droits fondamentaux.....	194

A — La crainte d’une déconstruction des espaces de continuité issus du droit international privé .....	195
B — L’effort d’une articulation entre les droits fondamentaux et les normes issues du droit international privé .....	199
Conclusion du chapitre .....	204
Conclusion du second titre .....	206
Conclusion de la première partie .....	208
<b>Partie II : Les remèdes à l’incertitude juridique .....</b>	<b>210</b>
<b>Titre I : Les remèdes de lege lata .....</b>	<b>211</b>
Chapitre I : L’incitation à la gestion consensuelle .....	212
Section I : L’admission d’une gestion consensuelle des conflits d’intérêts en droit de la famille .....	215
§-1 : Le domaine de la gestion consensuelle .....	215
A — Un domaine d’application d’apparence restreint .....	215
B — Un domaine d’application en réalité étendu .....	222
§-2 : Le moment de la gestion consensuelle .....	227
A — La gestion consensuelle d’un présent conflictuel .....	227
B — La gestion consensuelle d’un futur conflictuel .....	230
Section II : La contribution de la gestion consensuelle à la certitude juridique .....	237
§-1 : La prévision du traitement des conflits d’intérêts .....	237
A — La gestion consensuelle, outil d’élaboration d’un traitement négocié .....	238
B — La gestion consensuelle, outil de maîtrise du traitement judiciaire éventuel .....	240
§-2 : La sécurisation du traitement négocié .....	243
A — L’effectivité du traitement négocié .....	244
B — La stabilité du traitement négocié .....	250
1) L’hétérogénéité des réponses du droit positif .....	251
2) L’interprétation des réponses du droit positif .....	258
Conclusion du chapitre .....	262
Chapitre II : La rationalisation de la gestion juridictionnelle .....	265
Section I : L’identification des techniques législatives de rationalisation .....	266
§-1 : Les techniques processuelles de hiérarchisation des intérêts familiaux .....	266
A — L’exigence de conditions subjectives de recevabilité de l’action .....	267
1) L’exigence d’un intérêt à agir .....	267
2) L’exigence d’une qualité pour agir .....	269
B — L’exigence de conditions objectives de recevabilité de l’action .....	272
1) Les causes objectives de recevabilité transposées au droit de la famille .....	272
a) La chose jugée .....	272
b) Le respect du temps imparti à l’action .....	276
2) Les causes objectives de recevabilité spécifiques au droit de la famille .....	278
§-2 : Les techniques substantielles de hiérarchisation des intérêts familiaux .....	279
A — La hiérarchisation explicite des intérêts familiaux .....	280

1) L'interdiction comme technique de hiérarchisation des intérêts familiaux .....	280
2) La chronologie comme technique de hiérarchisation des intérêts familiaux.....	280
B — La hiérarchisation implicite des intérêts familiaux .....	282
1) Le recours aux présomptions légales .....	283
2) Le recours aux fictions juridiques .....	286
Section II : L'efficacité des techniques législatives de rationalisation .....	288
§-1 : L'efficacité des techniques processuelles de hiérarchisation des intérêts familiaux...	288
A — Une efficacité renforcée par les pouvoirs du juge .....	288
1) Les garanties d'effectivité des techniques processuelles de rationalisation .....	288
2) Le contournement des fins de non-recevoir, frein à l'effectivité des techniques processuelles .....	291
B — Une efficacité tempérée par les droits fondamentaux .....	292
1) Les causes génériques d'incompatibilité .....	293
a) La convergence des intérêts des parties.....	293
b) La disparition du besoin de protection justifiant l'obstacle à l'action .....	295
2) La règle « <i>contra non valentem (...)</i> », cause spécifique d'incompatibilité.....	297
§-2 : L'efficacité des techniques substantielles de hiérarchisation des intérêts familiaux ..	300
Conclusion du chapitre .....	306
Conclusion du premier titre .....	308
<b>Titre II : Les remèdes <i>de lege ferenda</i> .....</b>	<b>309</b>
Chapitre I : La généralisation de la gestion préventive .....	310
Section I : La faiblesse de la gestion préventive des conflits d'intérêts <i>de lege lata</i> .....	311
§-1 : La prévention des conflits d'intérêts engendrés par le lien conjugal.....	312
A — La prévention des conflits d'intérêts par la prohibition du lien conjugal .....	312
1) L'interdiction de la polygamie justifiée par la prévention de la concurrence des statuts conjugaux.....	312
2) L'interdiction de l'inceste justifiée par la prévention des conflits d'intérêts au sein de la famille .....	314
B — La prévention des conflits d'intérêts par la limitation des effets du lien conjugal : l'exemple du mariage posthume .....	317
§-2 : La prévention des conflits d'intérêts engendrés par le lien parental.....	318
A — La prévention des conflits d'intérêts en matière de filiation .....	319
B — La prévention des conflits d'intérêts en matière d'autorité parentale.....	322
Section II : L'amélioration de la gestion préventive des conflits d'intérêts <i>de lege ferenda</i> .....	324
§-1 : La prévention des conflits d'intérêts par la légistique .....	325
A — La nécessité d'une meilleure agrégation des prérogatives nouvelles .....	325
B — La limitation du recours aux fictions juridiques : l'exemple de la rétroactivité en matière de filiation .....	329
1) La rétroactivité en matière de filiation, source de conflits d'intérêts .....	330
2) La rétroactivité en matière de filiation, une fiction inutile.....	332
§-2 : La prévention des conflits d'intérêts par la dissuasion des comportements individuels.....	335

A — La dissuasion des comportements portant atteinte à l'intérêt général .....	335
1) La dissuasion de l'instrumentalisation du droit.....	336
a) Les comportements relevant de l'instrumentalisation du droit .....	336
b) La sanction de l'instrumentalisation du droit .....	341
2) L'efficacité du dispositif de dissuasion de l'instrumentalisation du droit .....	343
a) Une inefficacité de la fonction dissuasive des sanctions constatée .....	343
b) Une efficacité de la fonction dissuasive des sanctions à restaurer .....	345
B — La dissuasion des comportements portant atteinte aux intérêts privés .....	348
1) L'état des lieux.....	350
a) Le refus de mettre en œuvre la sanction-liquidation en dépit de l'atteinte aux intérêts privés.....	350
b) Le refus de mettre en œuvre la sanction-réparation en dépit de l'atteinte aux intérêts privés.....	352
α) L'exemple des prétentions aux dommages et intérêts à la suite d'un divorce.....	352
β) L'exemple des prétentions aux dommages et intérêts à la suite d'une reconnaissance mensongère .....	355
2) L'état des vœux .....	357
Conclusion du chapitre .....	361
Chapitre II : La systématisation de la gestion curative .....	363
Section I : La modélisation conceptuelle, une méthode de systématisation inadaptée.....	364
§-1 : L'élaboration d'un modèle conceptuel de traitement des conflits d'intérêts .....	365
A — Un modèle reposant sur l'attribution d'un poids théorique aux intérêts en conflit .....	366
B — Un modèle impliquant l'adoption d'une logique de traitement pour sa pratique .....	369
1) La hiérarchisation, méthode de traitement des conflits entre intérêts de rangs différents .....	369
2) La conciliation, méthode de traitement des conflits entre intérêts de même rang.....	370
§-2 : L'évaluation du modèle conceptuel de traitement des conflits d'intérêts .....	373
A — Un modèle susceptible d'aboutir à des résultats imprévisibles .....	373
1) La subjectivité dans la qualification des prérogatives juridiques .....	373
2) La subjectivité dans l'élaboration concrète du traitement.....	376
B — Un modèle incompatible avec les exigences du droit contemporain de la famille .....	378
Section II : La modélisation fonctionnelle, une méthode de systématisation privilégiée.....	380
§-1 : L'élaboration d'un modèle fonctionnel de traitement des conflits d'intérêts.....	381
A — L'identification des principes de traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille ..	381
1) Les principes directeurs du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille .....	382
a) Le principe de primauté des besoins de l'enfant .....	382
b) Le principe de liberté dans les relations familiales .....	387
c) Le principe d'égalité dans les relations familiales .....	391
d) Le principe de protection de la confiance légitime.....	394
2) Les principes correcteurs du traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille.....	396
a) Le principe de l'intérêt de l'enfant.....	396
b) Le principe de proportionnalité .....	397

c) Le principe de responsabilité .....	400
B — L’articulation des principes en système opérationnel de traitement des conflits d’intérêts .....	401
1) L’articulation des principes en présence d’une configuration conflictuelle idéale .....	401
a) La sélection du principe directeur applicable .....	401
b) L’évaluation du besoin de correction de la solution projetée .....	402
$\alpha$ — La nécessaire recherche de la solution optimale pour l’enfant.....	403
$\beta$ — La nécessaire prise en compte d’un besoin social « impérieux » antagoniste .....	404
2) L’articulation des principes en présence d’une configuration conflictuelle complexe.....	406
a) L’articulation des principes en présence d’un conflit négatif de principes directeurs ..	406
b) L’articulation des principes en présence d’un conflit positif de principes directeurs ...	408
§-2 : L’expérimentation du modèle fonctionnel de traitement des conflits d’intérêts.....	411
Conclusion du chapitre .....	419
Conclusion du second titre .....	425
Conclusion de la seconde Partie .....	426
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</b>	<b>428</b>
<b>Index thématique.....</b>	<b>433</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>437</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>496</b>
<b>Résumé .....</b>	<b>503</b>

## RÉSUMÉ

### Résumé en français : Les conflits d'intérêts en droit extrapatrimonial de la famille

En raison de la montée de l'individualisme, on constate que le droit de la famille se résume de plus en plus à une collection de prérogatives individuelles au détriment de l'idée d'un droit de groupe.

Or, en fixant sur la tête de chaque membre de la famille des valeurs par le canal des droits subjectifs et des libertés civiles, le législateur semble oublier que les membres d'une même famille vivent aussi, les uns pour les autres, les uns avec les autres. Partant, lorsque dans le cadre familial les individus poursuivent des intérêts divergents, chacun invoque les prérogatives individuelles, que le droit met à sa disposition, pour obtenir gain de cause.

Face à ces conflits d'intérêts en droit de la famille, notre droit contemporain s'épuise dans leur régulation et peine à proposer une vision d'ensemble surtout à une époque où la logique des droits fondamentaux tend de plus en plus à brouiller les arbitrages clairs arrêtés par le législateur.

Partant de cette absence de vision globale dans le traitement des conflits d'intérêts en droit de la famille, il sera principalement question, dans le cadre de cette étude, de s'interroger sur la possibilité de restaurer une vision d'ensemble à une régulation de plus en plus empirique des conflits d'intérêts en droit de la famille ; en d'autres termes, il convient de se demander si au sein du désordre qui règne en la matière, il est possible d'apporter un peu de sécurité juridique à travers l'identification de critères d'arbitrage clairs et pertinents.

### Résumé en anglais : Conflict of interest in non-property family law

Due to the rise of individualism, we observe that family law sums increasingly up to a collection of individual prerogatives to the detriment of a group right.

However, by assigning some values to each member of the family through subjective rights and civil liberties, the legislator seems to forget that members of the same family also live for each other, with each other. Accordingly, when individuals of the same family pursue antagonist interests, each relies on individual prerogatives, which the law makes available, to win the case.

Faced with these conflicts of interest in family law, our contemporary law runs out to regulate them and hardly offers an overview, especially at a time when the logic of human rights tends more and more to blur the clear arbitration agreed by the legislature.

Based on this lack of overall vision for the regulation of conflicts of interest in family law, we will mainly consider the possibility of restoring an overview of an increasingly empirical regulation of conflicts of interest in family law; in other words, it is necessary to try and find some legal security, in this messy situation, by identifying clear and relevant arbitration.